



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO**

MARCO ANTONIO CHAVES DA SILVA

**A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA E
AÇÃO SIGNIFICATIVA**

Salvador
2019

MARCO ANTONIO CHAVES DA SILVA

**A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA E
AÇÃO SIGNIFICATIVA**

Tese apresentada ao Programa de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sebastián Borges de A. Mello

Salvador
2019

FICHA CATALOGRÁFICA

S586

Silva, Marco Antonio Chaves da

A responsabilização penal da pessoa jurídica e ação significativa / por Marco Antonio Chaves da Silva. – 2019.

135 f.

Orientador: Prof. Dr. Sebastián Borges de Albuquerque Mello.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2019.

1. Vives Antón, Tomás Salvador. 2. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 3. Direito penal econômico. I. Mello, Sebastián Borges de Albuquerque Mello. II. Universidade Federal da Bahia – Faculdade de Direito. III. Título.

CDD – 345.04

MARCO ANTONIO CHAVES DA SILVA

**A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA E
AÇÃO SIGNIFICATIVA**

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia.

Aprovada em 09 de agosto de 2019.

Banca examinadora

Sebastião Borges de Albuquerque Mello – Orientador _____
Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia

Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado _____
Doutora em Direito pela PUC – SP

Paulo Cesar Busato _____
Doutor em Direito pela Universidade Pablo de Olavide, Sevilha, Espanha

Mariângela Gama de Magalhães Gomes _____
Doutora em Direito pela USP

Fernando Antônio Nogueira Galvão da Rocha _____
Doutor em Direito pela UFMG

Aos meus filhos, irmãs e sobrinhas pelo amor e carinho que nutrimos uns pelos outros como base familiar. Aos Drs. Sebastian Borges, Paulo Busato, Heron Gordilho, Alessandra Prado, Jose Gomes Cussac e Nicolas Oxman pelos exemplos de dedicação à pesquisa e pelo apoio recebidos para o desenvolvimento dos estudos. Aos amigos que estiveram incentivando e contribuindo para que concluíssemos o doutorado.

Existe relação biunívoca entre as palavras e as coisas. As proposições que encadeiam as palavras constituem “imagens” da realidade. (Ludwig Wittgenstein. Tractatus Logico: Philosophicus, 1921).

Existe uma concepção mais restrita e concreta da realidade, qualificada de “jogo da linguagem” em que se realça o aspecto humano da linguagem, isto é, impreciso e variável conforme as situações. (Ludwig Wittgenstein. Investigações Filosóficas, 1953).

SILVA, Marco Antonio Chaves da. *A responsabilização penal da pessoa jurídica e ação significativa*. 168 f. 2019. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

RESUMO

A pesquisa visa analisar a responsabilização penal da pessoa jurídica dentro do contexto que envolve o estabelecimento de regras de conduta no convívio social. Estabelecida a premissa na abordagem de preservação dos postulados garantistas alcançados pela humanidade com muita luta e sacrifício, firmou-se o propósito de evitar uma preponderância nas valorações de política criminal sobre a função sistemática de construção de conceitos. Para não haver a ruptura de princípios dogmáticos inalienáveis, delimitou-se neste estudo a análise acerca do axioma *societas delinquere non potest*. Restou evidenciado que este princípio não mais subsiste na realidade contemporânea. A ocorrência de delitos econômicos tem demonstrado uma irresponsabilidade organizada, ao mesmo tempo em que vem crescendo a conscientização coletiva sobre as constantes ameaças da denominada sociedade de risco que amplia o nível de insegurança e de cobrança por uma regulação estatal mais efetiva. A ideia de liberdade de atuação na economia vem sucumbindo aos anseios por intervenções estatais, em prol do restabelecimento do equilíbrio no mercado e da constatação de que o poder político passou a ser exercido por grandes conglomerados econômicos. Outrossim a capacidade de ação da pessoa jurídica com a contribuição da teoria da ação significativa apontou maiores possibilidades de rendimento para a construção de uma autorresponsabilidade da empresa. Assim a tese visa demonstrar de forma indutiva que a valorização do sentido do substrato da ofensa à norma penal evidencia na perspectiva do agir comunicativo, uma atuação da pessoa jurídica como autora em delitos econômicos.

Palavras-chave : Responsabilidade penal. Pessoa jurídica. Direito penal econômico. Ação significativa.

SILVA, Marco Antonio Chaves da. *A responsabilização penal da pessoa jurídica e ação significativa*. 168 f. 2019. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

ABSTRACT

The research deals with the criminal liability of the legal entity within the context that involves the establishment of rules of conduct in social life. With the premise in the preservation of the guarantor postulates, reached after a long process, the purpose of avoiding a preponderance in the valuations of criminal policy over the systematic function of constructing concepts was established. In order not to break the dogmatic principles, the analysis of the axiom *societas delinquere non potest* was delimited in this study. It remains to be shown that this principle no longer subsists in contemporary reality. The occurrence of economic offenses has shown an organized irresponsibility, while growing collective awareness of the constant threats of the so-called risk society that increases the level of insecurity and demand for more effective state regulation. The idea of freedom of action in the economy has been succumbing to the yearning for state intervention in favor of the reestablishment of market equilibrium and the realization that political power is now exercised by large economic conglomerates. Moreover, the ability of the legal entity to act with the contribution of the significant action theory pointed to greater income possibilities for the construction of a self-responsibility of the company. Thus, the thesis aims to demonstrate, inductively, that the appreciation of the meaning of the substratum of the offense to the criminal norm evidences in the perspective of communicative action an action of the legal entity as an author in economic crimes.

Keywords : Legal responsibility. Legal person. Economic criminal law. Meaningful action.

SILVA, Marco Antonio Chaves da. *A responsabilização penal da pessoa jurídica e ação significativa*. 168 f. 2019. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

RESUMEN

La investigación tiene como objetivo analizar la responsabilidad penal de la persona jurídica dentro del contexto que involucra el establecimiento de reglas de conducta en la convivencia social. Por esta razón, se demostró en el enfoque del tema la preocupación por el mantenimiento de los postulados garantizados logrados con mucha lucha y sacrificio por la humanidad. Así que, con la finalidad de evitar una ruptura de principios dogmáticos inalienables, el estudio fue delimitado en el análisis del axioma *societas delinquere non potest*. Se quedó evidenciado que ese principio ya no subsiste en la realidad contemporánea. La ocurrencia de delitos económicos que muestren una irresponsabilidad organizada, junto con el proceso de sensibilización de las denominadas situaciones de riesgo, lo que aumenta el nivel de inseguridad y de cobranza por una regulación estatal más efectiva. La idea de libertad de actuación en el ámbito económico viene sucumbiendo a los deseos de intervenciones estatales, con el objetivo de restablecer el equilibrio en el mercado, frente a la constatación del poder político haber pasado a ser ejercido por grandes conglomerados económicos. Además, la capacidad de la persona jurídica para actuar junto a la contribución de la teoría de la acción significativa he apuntado a mayores posibilidades de ingresos para la construcción de la responsabilidad propia de una empresa. Así que, la investigación tiene por objetivo demostrar inductivamente que la valorización del sentido del substrato de la ofensa a norma penal muestra desde la perspectiva del acción comunicativa, una actuación de la persona jurídica como actora de los delitos económicos.

Palabras clave : Responsabilidad penal. Persona jurídica. Derecho penal económico. Acción significativa.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2	INFLUÊNCIA DA POLÍTICA CRIMINAL SOBRE A DOGMÁTICA	15
2.1	OS DESAFIOS DA TUTELA PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO	19
2.2	IMPACTOS DA GLOBALIZAÇÃO SOBRE O DIREITO PENAL	23
2.3	A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL E SUA PREVISÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL	29
2.4	A APLICAÇÃO DA LEI 9.605/98 E A REFORMA DO CÓDIGO PENAL	38
3	A CONCEPÇÃO DOGMÁTICA ATUAL SOBRE PRINCIPAIS ENTRAVES	50
3.1	A COMPLEXA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DA PESSOA JURÍDICA	56
3.2	A CAPACIDADE DE AÇÃO E A ADOÇÃO DA AÇÃO SIGNIFICATIVA	62
3.3	O ATUAR DAS EMPRESAS CONFORME AS REGRAS DO DIREITO	69
3.4	A CULPABILIDADE DIFUNDIDA NUMA AUTORIA COLETIVA	75
3.5	A AUTORREGULAÇÃO DAS EMPRESAS E OS PROGRAMAS DE CUMPRIMENTO	89
4	OS MODELOS DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA	96
4.1	A RESPONSABILIZAÇÃO INDIVIDUAL DOS REPRESENTANTES LEGAIS	96
4.2	A HETERORRESPONSABILIDADE OU RESPONSABILIDADE POR ATRIBUIÇÃO	99
4.3	A AUTORRESPONSABILIDADE	106
4.4	O MODELO MISTO OU ECLÉTICO	117
5	AS CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DA AÇÃO SIGNIFICATIVA	124
5.1	A SUPERAÇÃO DO CONCEITO ONTOLÓGICO FINALISTA	128
5.2	O AGIR COMUNICATIVO COMO BASE	133

5.3	A CONCEPÇÃO DO DOLO E DA CULPA	137
5.4	A OMISSÃO IMPRÓPRIA	144
5.5	A AUTORIA E A RESPONSABILIZAÇÃO	150
6	CONCLUSÃO	157
	REFERÊNCIAS	163

1 INTRODUÇÃO

A escolha deste tema para pesquisa procurou conciliar o interesse iniciado na fase do mestrado, como principal elemento interno e o real propulsor da vontade, com o desafio de promover uma análise acerca dos problemas dogmáticos que ainda persistem.

Conquanto não se trate de assunto cuja originalidade seja seu ponto principal, a discussão sobre sua admissibilidade no sistema penal, ainda fica longe de pacificação na doutrina.

Nesse contexto, faz-se a escolha por considerar plausível a observação de que o acúmulo das experiências adquiridas pelo pesquisador em trabalhos acadêmicos anteriores, produz a expectativa de que o amadurecimento das ideias até então produzidas lhe possibilite agregar, no transcurso da pesquisa, novas contribuições para o entendimento da questão debatida.

Importante ressaltar, no entanto, em virtude de ter havido um forte hiato entre a exposição do trabalho anterior e a pesquisa ora empreendida, que a compreensão dos fatos novos poderia também vir a demonstrar uma inviabilidade da defesa do ponto de vista anterior.

Assim, quando foi sustentado na dissertação de mestrado defendida em 2003, mas somente publicada em 2008, uma responsabilização penal da pessoa jurídica nos delitos tributários, o cenário perante a doutrina nacional era de perfilhar uma corrente minoritária.

Esse posicionamento derivou da compreensão dos preceitos vigentes desde 1988 na Constituição Federal do Brasil, assim como da percepção da existência de certa ineficácia da tutela penal naquela seara.

A defesa desse ponto de vista decorreu do diagnóstico realizado em face do número preponderante de entes coletivos como sujeitos ativos nos delitos tributários, fruto de uma observação empírica, decorrente da atuação como membro do Ministério Público do Estado da Bahia, com atribuições na persecução penal de delitos econômicos.

Atualmente, o cenário é diverso, pois há uma perspectiva favorável à responsabilização penal do ente coletivo de forma crescente no mundo globalizado, o que certamente reforçou nosso interesse pelo tema, em face da necessidade de apontar alternativas doutrinárias para que o direito penal se preserve ou venha a se adequar a essa nova dinâmica

socioeconômica, levando em conta as iniciativas que já foram adotadas, assim como os inúmeros obstáculos que se revelam intransponíveis.

Adotou-se nesta pesquisa a metodologia de revisão de literatura da doutrina brasileira e do direito comparado, utilizando o método dedutivo, com a exposição de argumentos que contestam o axioma de *societas delinquere non potest*, até então defendido pela corrente doutrinária do direito penal tradicional.

Nessa trilha, ao reconhecer como necessária a atualização do direito penal, visando uma constante adequação com a realidade socioeconômica, compreende-se que a modernização do direito penal revela-se como premissa indispensável no enfrentamento desse debate.

Verifica-se o antagonismo dos posicionamentos dessas correntes doutrinárias, observando-se suas principais linhas de pensamento:

1) na corrente mais tradicional, atualmente conhecida como da resistência admite-se que: a) o direito penal é construído para ser aplicado somente às pessoas humanas, pois somente estas são capazes de atos volitivos e de consciência sobre suas condutas; b) a proteção jurídico-penal deve recair apenas sobre bens jurídicos; c) o direito penal como *ultima ratio* não pode ter uma utilização meramente simbólica.

2) na corrente adotada nesta pesquisa, defende-se a modernização do direito penal considerando que: a) na realidade social hodierna, a denominada sociedade de riscos evidencia um fenômeno criminal que envolve organizações coletivas e complexas que inviabilizam a individualização das condutas; b) com a globalização, a força das empresas transnacionais supera o poder político das nações e uma eficaz proteção jurídico-penal aos bens jurídicos transindividuais torna-se uma necessidade c) a intervenção estatal com o direito penal supre a exigência ético-política da realidade social como limite ao poderio econômico sem fronteiras geográficas.

Assim, ao se conceber a responsabilização penal das pessoas jurídicas no sistema penal brasileiro como uma previsão constitucional, como é possível atribuir ao próprio ente coletivo as consequências penais pelos atos que tenham sido praticados em proveito da empresa?

Esse desafio será enfrentado, apontando-se as opções doutrinárias aplicáveis, numa análise do contexto global atual, com as seguintes hipóteses:

1) Havendo a identificação do(s) autor(es) e de que a conduta fora praticada em virtude de uma deliberação da administração do ente coletivo, apenas o(s) indivíduo(s) deve(m) ser responsabilizado(s) penalmente, cabendo aplicação de medidas administrativas para a empresa como efeitos da condenação.

2) Havendo ou não a identificação do(s) autor(es), mas sendo a conduta praticada em virtude de deliberação da administração do ente coletivo, deve-se atribuir apenas a responsabilidade penal à própria pessoa jurídica, a partir de critérios definidos na lei.

A pesquisa inicialmente será desenvolvida numa visão dos fundamentos político-criminais que vêm influenciando de forma decisiva a adoção da responsabilidade penal das pessoas jurídicas na maioria dos países, com repercussão na dogmática penal, e ênfase num aprofundamento dos aspectos relacionados à modernização do direito penal.

A política criminal com essa diretriz em relação ao tema da pesquisa, suscita uma análise dos impactos a serem sopesados no sistema penal edificado para uma responsabilização individual. Entretanto, com esse novo viés, revela-se coerência no enfrentamento dos desafios que a sociedade de risco apresenta ao estado de direito, assim como uma reação aos impactos que a globalização trouxe na relação entre as empresas e o poder político.

Assim, na análise dos aspectos constitucionais sobre a responsabilização penal das pessoas jurídicas, pretendemos identificar a questão na Carta Magna de 1988, as discussões surgidas na doutrina e o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

Em sequência, considerando a tramitação no Congresso Nacional de um projeto de reforma do Código Penal do Brasil, será realizada uma abordagem de sua tratativa e da aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica na Lei 9.605/98 - crimes contra o meio ambiente.

Assim, com o enfrentamento dos entraves dogmáticos ao processo de modernização do direito penal, pretende-se analisar a perspectiva de como a adaptação doutrinária vem sendo debatida no ambiente jurídico-penal.

Outrossim, considerando a oportunidade que tivemos nos meses de setembro e outubro de 2018, de empreender uma instância investigativa na Universidade de Valência na Espanha, com o apoio do Professor Dr. José Luiz González Cussac, um dos especialistas

européus no assunto, podemos obter valiosas contribuições para o desenvolvimento desse trabalho com a visão da teoria da ação significativa.

Realizou-se nesse período uma análise dos modelos de responsabilização penal da pessoa jurídica até então desenvolvidos, visando explorar o arcabouço teórico, num aprofundamento das principais críticas da doutrina contrárias à sua adoção.

Considerando, contudo, a abrangência do tema proposto neste estudo, tornou-se necessária uma limitação da abordagem, com adequação às possíveis soluções sistêmicas, do ponto de vista jurídico-penal, que estariam atualmente passíveis de aplicação, numa perspectiva, conforme o relatado, de análise da prática delituosa empresarial, numa ótica de condutas realizadas em seu proveito.

A proposição do tema na ótica de responsabilização penal, não significa que toda a pesquisa se desenvolve nessa única trilha, pois mesmo que seja de uma forma tangencial, não se pode deixar de considerar outras hipóteses de responsabilização administrativa, empresarial ou civil, em observância ao consagrado princípio da *ultima ratio*.

Essa também é uma premissa natural a ser observada no método dedutivo, pois decorre da visão sistêmica do direito, na medida em que não se comporta, num estudo científico, uma análise meramente apartada do fenômeno social, pois sua compreensão precisa estar inserida em contexto mais amplo, para que se obtenha conclusão plausível.

Nesse prisma, é fato que um possível reforço ao direito administrativo sancionador revela uma dinâmica de aplicação e de utilização muito mais célere que o direito penal.

Entretanto, também nessa trilha, observa-se que as garantias penais, que seriam asseguradas com a aplicação do direito penal ao investigado, são bem menores, além de que a intervenção estatal ficaria restrita aos órgãos do poder executivo que são mais suscetíveis à influência do poder político e econômico.

Por isso, nesta abordagem, de uma forma objetiva, será levada em consideração a densa doutrina existente sobre o tema, adotando a linha de delimitação do problema diagnosticado, com as possíveis respostas ou soluções apresentadas atualmente nos diversos sistemas jurídicos.

Ressalte-se que na pesquisa sobre os modelos de responsabilização revelou-se que na Europa continental houve a adoção do modelo anglo-saxão como referência, considerando o nível de aperfeiçoamento alcançado naquele sistema.

Com esse arcabouço, faz-se uma análise da visão dogmática de uma responsabilização penal e a contribuição da ação significativa. Esta teoria foi desenvolvida pelo jurista espanhol Tomás S. Vives Antón e demonstra a importância da filosofia da linguagem como fator indispensável para uma melhor compreensão do direito penal.

Destarte, a responsabilização penal do ente coletivo pela concepção da ação significativa, mesmo que sobre esse enfoque Vives Antón ainda não tenha se manifestado, poderia ser relacionada ao próprio desempenho de suas atividades que exponham a risco bens jurídicos penalmente tutelados, compreendidos como uma expressão de vontade da empresa cujo desvalor da ação e do resultado na violação de tipos penais que prevejam a empresa como autora e que podem vir a ser plenamente compreendidos como ações significativas.

Convém considerar que, no âmbito interno dos entes coletivos, as deliberações empresariais envolvem pessoas, departamentos, setores, princípios e valores de gestão, visando a consecução de iniciativas a curto, médio e longo prazo.

Inexistindo compreensão do caminho dessas decisões internas e de suas consequências para o ente coletivo, no que se refere à concepção econômica de viabilidade do negócio, toda essa engrenagem atuante na prática delituosa empresarial se transforma em emaranhado complexo, cuja identificação individualizada não pode ser sintetizada na famosa expressão das “dificuldades investigativas” para a delimitação das condutas.

Essa expressão é utilizada, repetidas vezes, o que passa a se constituir em mais um dogma inquebrantável para o direito penal e processual penal.

Por seu turno, a atuação na persecução criminal por muitos anos revelou uma razoável quantidade de delitos praticados individualmente ou em concurso eventual de pessoas em proveito das empresas que resultavam em absolvições por ausência de provas.

Do mesmo molde, o argumento de dificuldades investigativas representa o mesmo dogma utilizado para refutar a responsabilidade penal do próprio ente coletivo.

Evidencia-se então que o pretexto dessa assertiva não se sustenta nem como causa, nem como óbice para o estudo da responsabilidade do ente coletivo, pois as bases teóricas do sistema jurídico, aplicáveis numa responsabilidade individual, mesmo bem desenvolvidas, ainda revelam pouca efetividade na aplicação.

Não se pretende adentrar na análise de todas as possibilidades de responsabilização penal das pessoas jurídicas, entretanto, nas questões aqui tratadas, haverá uma análise pontual

do dever legal que era exigível das empresas para que atuassem com zelo e proteção ao bem jurídico, com a devida observância das normas estabelecidas ao exercício da atividade empresarial.

2 A INFLUÊNCIA DA POLÍTICA CRIMINAL SOBRE A DOGMÁTICA

A política criminal passou a ter importância maior para a dogmática, quando no debate científico surgiu a reflexão de Claus Roxin¹ de que os avanços ou retrocessos, do ponto de vista humanitário, que pudessem vir a ocorrer com o direito penal, derivam das “finalidades político-criminais que podem ser transferidas para o modo de vigência jurídica”.

Essa assertiva configurou um novo marco divisor para a história do direito penal no Estado de direito contemporâneo, pois o contexto desse axioma, quando analisado dentro do estágio de aceitação e de consagração dos postulados causais – finalistas da década de setenta do século XX, repercutiu em mudança de paradigma na compreensão dogmática.

Essa vira-face ocorreu, uma vez que não bastaria apenas estabelecer os limites do quê, porquê e como punir no texto da lei, mas sim, perquirir acerca da base motriz desencadeadora de sua produção, investigar os princípios fundamentais que lhe asseguram a coerência e uma conexão sistêmica com os valores que foram selecionados para a tutela penal.

Na atualidade, em virtude da pluralidade de valores e da diversidade norteadora do convívio social, o ideal em matéria de política criminal seria a observância dessa premissa, qual seja: a seleção do objeto de proteção penal sendo fruto de um profícuo debate com os destinatários.

Entretanto, a adoção de formas de participação mais democráticas que pudessem influenciar numa melhor aceitação e no respeito aos postulados penais a serem aplicados pela maioria dos cidadãos, nunca foi uma prioridade no contexto global.

No que diz respeito ao sistema penal, Roxin², ao citar o pensamento de Von Liszt, cujos textos foram publicados inicialmente em 1905, mas republicados em 1970, destacou que: “a ciência jurídica deve ser e permanecer uma ciência definitivamente sistemática: pois só a organização dos conhecimentos num sistema, garante um domínio claro e sempre manuseável de todos os detalhes, domínio sem o qual a aplicação jurídica nunca passará de diletantismo, entregue ao acaso e ao arbítrio”.

¹ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 82.

² *Ibid.*, p. 5.

Ao enfatizar que essa assertiva de Von Liszt precisa ser compreendida e respeitada, Roxin³ também advertiu que ela deve ser observada de forma crítica, quando se analisa o trabalho sistemático da dogmática, com um rigor excessivo em suas precisões conceituais, provocando desproporção entre os esforços empreendidos pelos estudiosos e suas consequências práticas.

Além disso, a ocorrência de verdadeira dicotomia entre a política criminal e o direito penal, defendida pela corrente dogmática lisztiana, também foi criticada por Roxin.

Para ele, as soluções advindas apenas com a observância sistêmica possuem o condão de criar uniformidade e coerência, mas, em compensação, podem não ser adequáveis ao caso concreto, quando se considera a política criminal implantada.

Entretanto, Von Liszt, por seu turno, reconhecia a importância da política criminal, mas de forma nitidamente empírica e preventiva, inclusive estabelecendo que seu limite irrenunciável seria o direito penal.

Na visão de Roxin⁴, a importância da política criminal passa a ter caráter científico, trazendo como aporte desse novo status uma necessária valoração pela dogmática penal das garantias individuais.

O dilema que surge a partir dessa compreensão é que, caso haja preponderância das valorações de política criminal sobre a função sistemática para a construção de conceitos, essa tendência poderá provocar temerária ruptura de princípios dogmáticos, prejudicando a homogeneidade sistêmica e a aplicação imparcial do direito.

Por outro lado, a resolução diretamente valorativa do problema pode também levar à compreensão de não ser ofensiva à segurança jurídica, mas, em compensação, pode gerar o surgimento de um preocupante questionamento acerca da necessidade de um pensamento sistemático.

Essa questão encontra-se em aberto há décadas, pois o direito, enquanto ciência social, recebe a sobrecarga de anseios sociais, que desperta o interesse dos juristas em fomentar a edição de regras, fórmulas, procedimentos ou diretrizes para todos os conflitos advindos, seja de cunho individual, seja coletivo ou difuso, como se as soluções surgidas estivessem harmonicamente compatibilizadas.

³ ROXIN, *op. cit.*, p. 6.

⁴ *Ibid.*, p. 9.

Por outro lado, quando a doutrina penal se especializa, desenvolvendo-se em cima de casos concretos e, por isso, aprofundando o conhecimento, passa a exercer seu papel de iniciativa política, possibilitando que haja também atualização legislativa, atingindo os setores das camadas sociais mais elevadas, considerados no âmbito criminológico, como naquele dos delinquentes de colarinho branco.

Quando se identificam esses pontos de complementariedade, começa-se a perceber a real importância dos dois ramos, sem que haja qualquer preponderância de um sobre o outro, nem qualquer pretensão de que se deixe ao desprezo a dogmática, nem tampouco que se minimize a importância das alterações no dinamismo da vida em sociedade.

Nessa perspectiva se insere a discussão acerca dos rumos que a política criminal da atualidade tem influenciado a intervenção penal na economia, em face dos enormes desafios que se apresentam.

Apesar disso, como bem observa Tomás Vives Antón⁵, o resultado que a dogmática vem produzindo, ao longo do processo evolutivo da teoria da ação delitiva, não tem gerado conhecimento científico “porque não trata de como temos que conceber o mundo, mas de como temos de atuar nele.”

O jurista espanhol⁶ prossegue em sua conclusão, asseverando com muita precisão que: “o resultado da dogmática não reside em nenhuma classe de aperfeiçoamento científico, mas numa forma de adequação que melhor serve à função da Carta Magna que Von Liszt atribuíra ao direito penal”.

Por isso, a preocupação revelada por Santiago Mir Puig⁷ sobre a importância que a política criminal vem alcançando precisa ser vista com ressalva.

A mudança de paradigma proposta por Roxin é natural e inevitável ao sistema penal, pois a separação total entre esses dois núcleos de produção e de aperfeiçoamento da doutrina não revelam ser melhor opção.

O despertar desse papel provocador da dogmática realça a necessidade de que ela desempenhe sua função de forma proativa, visando a uma adequação das normas legais vigentes

⁵ VIVES ANTÓN, Tomás. *Fundamentos del sistema penal*. 2. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011. p. 495.

⁶ *Ibid.*, p. 496.

⁷ MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal em el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994. p. 11.

aos preceitos constitucionais, proporcionando a percepção real da importância da política criminal no impulso aos novos campos da pesquisa científica.

Assim, a dogmática que se atualiza e que não se prende nas amarras do tempo em que assimilou seus fundamentos, procura identificar os necessários ajustes a serem produzidos no sistema jurídico-penal, conforme as diretrizes adotadas em política criminal, a partir do texto constitucional vigente.

Nesse atuar com um olhar atento, acompanha-se a mudança de interesses, desejos, preferências, opções de vida, como sendo características cada vez mais frequentes na sociedade atual, sem limitações de espaço e tempo, tornando-se muito mais questionadora dos modelos herméticos e rígidos, tanto no campo da economia, da política e do direito.

Esses três vetores, a economia, a política e o direito, são os que se encarregam de conduzir o processo histórico das regulações ou da ausência de regulações no estado de direito, influenciando, há muito tempo, na escolha do caminho a seguir pela doutrina penal.

Quando ocorre um movimento regulador nos mais diversos rincões do mundo globalizado, essa tendência repercute sobre todas as nações como uma nova via de direcionamento para a político-criminal, principalmente pela sua natureza econômica, como ocorreu nas decisões colegiadas da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a Recomendação 18/88 do Conselho de Ministros dos Estados Membros do Conselho da Europa, o Convênio de combate aos crimes cibernéticos do Conselho da Europa de 2001, o Convênio de proteção aos interesses financeiros da União Européia de 1995, dentre outros.

Nos países em que os ordenamentos jurídicos ainda não permitem a responsabilização criminal de pessoas jurídicas, a Convenção da OCDE ressalta que os Estados deverão assegurar que elas estejam sujeitas a sanções não-criminais, incluindo sanções de natureza pecuniária.

Entretanto, as objeções apontadas por Mir Puig⁸ para aquilo que denominou de uma dogmática reativa, merecem reflexão a partir dos dois tópicos em que foram agrupadas, além de suas conclusões:

⁸ MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal em el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994. p. 24.

A dogmática ao submeter-se unicamente ao direito positivado fecha as suas portas a uma visão crítica do sistema jurídico, consagrando o poder político como única força para estabelecer as normas;
A dogmática fica isolada da realidade social, permanecendo enclausurada num mundo particular e estritamente formal das normas jurídicas, deixando de ser concebida como um instrumento de configuração da vida em sociedade.

Defendeu Mir Puig⁹, acertadamente, a adoção de dogmática proativa, fomentadora de alterações legislativas e que possa exercer crítica da norma vigente e que se apoie na política criminal, complementando a tarefa de aperfeiçoamento do sistema penal.

Por isso, entendemos que a melhor alternativa a ser seguida pela dogmática, é prosseguir na tarefa de identificação dos melhores caminhos a serem trilhados no processo de adaptação do sistema jurídico vigente quando se adota nova diretriz de política criminal.

Portanto, consideramos que essa atuação proativa e complementar da dogmática não deve ser compreendida como forma necessária de simplesmente referendar os novos modelos propostos, mas sim de atuar na construção de mecanismos indispensáveis à adaptação do sistema jurídico ou de demonstrar a incompatibilidade do *jus puniendi* em face de uma nova realidade do contexto socioeconômico contemporâneo, com a percepção da existência de novos desafios.

2.1 DESAFIOS DA TUTELA PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO

A denominada sociedade de risco, segundo Ulrich Beck¹⁰ tem como peculiaridade a cultura de uma constante ameaça genérica e difusa quanto à destruição das bases naturais da vida e de uma dificuldade em estabelecer mecanismos de controle e de proteção para a população.

Na tentativa de traçar uma analogia entre as inquietudes advindas no século XIX pela revolução industrial e as que surgiram com a sociedade de risco, Ulrich Beck¹¹ destaca a ocorrência do fenômeno da pauperização, claramente decorrente das transformações do fim do

⁹ MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal em el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994. p. 25.

¹⁰ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2013. p. 25.

¹¹ *Ibid.*, p. 25.

século passado, mas também ressalta que, na sociedade de risco, exige-se grande esforço de reflexão para poder identificar sua ocorrência.

Outrora, os manifestos contrários aos avanços da mecanização tinham como bandeira: a) a perda de postos de trabalho; b) a queda de renda das classes mais baixas e c) as precárias condições de habitação.

Esses fatores podiam ser devidamente quantificados e identificados em termos estatísticos, até com uma certa facilidade, em qualquer estudo técnico que visasse identificar as consequências da revolução industrial.

Na sociedade de risco, os sinais são invisíveis e, mesmo quando se recorre ao conhecimento especializado, fica difícil a mensuração acerca dos indivíduos que venham a ser atingidos, e do grau do risco provável de uma tragédia.

Ao realizar uma comparação na realidade alemã, Ulrich Beck assevera que agora não se pode falar de uma pauperização material, até porque, na contemporaneidade, tem ocorrido aumento no consumo, cuja alternativa de solução tem sido o acréscimo da produção de bens e serviços, apesar dessa alternativa gerar ou manter as desigualdades.

Ocorre, também, em compensação, que as pessoas são bem formadas e informadas, mas têm medo, sentem-se ameaçadas e mobilizam-se para não permitir, para deliberadamente impedir que chegue a ocorrer a única verificação possível de suas visões de futuro realístico-pessimistas.¹²

As ameaças atuais são universais e inespecíficas. Despertam comentários sobre elas. Muitos alertas são emitidos e alcançam, pela facilidade e velocidade de acesso à informação, as camadas sociais mais bem informadas, onde normalmente as pessoas possuem boas condições de salvaguarda e mobilização.

Mesmo havendo casos em que as experiências pessoais identifiquem alguns sinais, como, por exemplo, acidente com lixo tóxico, instalação de usina nuclear, etc, não há como se verificar unidade social do grupo que esteja pleiteando a tutela estatal.

Identificando que esse processo reforça uma necessidade de intervenção penal, assevera Alessandra Prado:¹³

¹² BECK, Ulrich. *Sociedade de risco. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2013. p. 63.*

¹³ PRADO, Alessandra R. Mascarenhas. Sobre a tipificação da poluição em face do princípio da legalidade. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, [S.l.]*, v.3, n.5, p. 162, 2006.

com o risco de continuidade da vida, desperta-se a consciência sobre a necessidade de se proteger o meio de sobrevivência da espécie humana; clama-se pelo reconhecimento de um direito do ser humano, enquanto integrante do meio – o direito a viver em um ambiente sadio, para que sua dignidade seja respeitada e sua personalidade desenvolva-se em plenitude.

Inverte-se a lógica da racionalidade, pois, enquanto nas relações humanas, as questões sociais são debatidas de acordo com o ser e a sua consciência de vida, nas situações de risco, ocorre o inverso, na medida em que será a consciência (conhecimento de vida) que irá determinar o ser humano, como esclarece Ulrich Beck:¹⁴

Todas as decisões tomadas no quadro da produção de conhecimentos sobre riscos e ameaças civilizacionais jamais consistem em meras decisões sobre o conteúdo do conhecimento (questionamentos, hipóteses, medições, métodos, limites máximos, etc) mas, também, concomitantemente, em decisões sobre suscetibilidades: sobre alcance, tipo, e teor da ameaça, círculo de pessoas afetadas, efeitos retardados, medidas a tomar, responsáveis e demandas de reparação.

Com a dificuldade de utilização de bases científicas para definir o objeto da tutela e os limites de exercício da livre iniciativa econômica no mercado, cada vez mais competitivo, as ações políticas precisam ser muito mais abrangentes do que meras iniciativas de política criminal.

Assim, a *ultima ratio* deveria, segundo uma parte significativa da doutrina, ficar alijada de qualquer atuação no direito econômico, preservando os sistemas de garantias e os princípios humanitários para a atuação na proteção de bens jurídicos identificáveis, com a responsabilização individual dos autores dos delitos e a aplicação das sanções penais.

Ao se constatar uma atuação política de forma diferente, para Cláudio Prado Amaral,¹⁵ revela-se um nítido retorno ao pensamento de Liszt acerca da política criminal, com uma intervenção mais pragmática, com um viés intimidativo, inocuidador, oportunista e populista.

¹⁴ BECK, U. *Sociedade de risco*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2013. p.65.

¹⁵ AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea: São Paulo*: IBCCRIM, 2007. p. 210.

Assevera esse autor como retrocesso uma intervenção penal, pois considera que os avanços obtidos com a contribuição trazida nos estudos desenvolvidos por Roxin não devem ser utilizados numa atuação sobre esse novo fenômeno, que afirma ser: “fruto da sociedade de risco que provoca um temor excessivo e tem o poder de desestabilizar um sistema, como é o caso do subsistema do direito penal.”

Entretanto, entendemos que essa avaliação de que o pensamento preventivo da política criminal é um retrocesso, em face de ter sido a linha de argumentação defendida por Liszt, no século XIX, deve ser observada, levando-se em conta o contexto em que surgiu o pensamento lisztiano e os avanços metodológicos posteriores, advindos com Roxin.

O papel da política, num contexto geral, sempre deverá ser o de planejar o desenvolvimento socioeconômico, não havendo como ela agir de forma reativa aos problemas surgidos com a falta de prevenção.

A própria concepção do princípio da legalidade estrita consagrado no axioma *nullum crimen sine praevia lege*, reforça a necessidade de se estabelecerem diretrizes de intervenção penal com previdência, com tempo necessário para a identificação da necessidade de continuidade das iniciativas ou de recuos naquelas medidas, até então adotadas.

A tendência ao enfrentamento dessa nova espécie de criminalidade na denominada sociedade de risco, desde a publicação do substancial trabalho de Cláudio Prado Amaral, vencedor do 11º Concurso de Monografias Jurídicas do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), já apresentava também outro viés de política criminal, sem o rótulo de retrocesso, como serve de exemplo o trabalho de Marta Rodriguez Machado¹⁶ que:

é importante ressaltar que a percepção dos fenômenos do risco e do Estado preventivo e a gama de pressão que exercem sobre o sistema penal emergem justamente ao lado de uma tendência cada vez mais progressiva de orientar o discurso dogmático-penal à realidade dos problemas sociais.

¹⁶ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade o risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 92.

Essa aproximação entre os estudos jurídicos e a base sociológica dos problemas levados à apreciação do sistema legal, decorre essencialmente de uma insuficiência de argumentos técnico-científicos excludentes.

Nessa perspectiva, não se pode conceber o subsistema penal isolado dentro de uma redoma, em face de um forte questionamento social, acerca da necessidade de regulação estatal.

Por isso, é plausível a compreensão de que, exercitando uma análise valorativa, em vez de simples concepção positiva do texto legal, como já foi abordado neste trabalho, a política criminal esteja cumprindo seu importante papel nesse processo inevitável, seja qual for o modelo político que se venha a defender.

Todavia, a valoração de princípios e garantias de um direito penal edificado no modelo tradicional de proteção de bens jurídicos individuais, de lesividade e intervenção mínima, revela nítidos sinais de limitações para esse novo fenômeno social, carecendo assim de adequações para que se possa efetivamente revelar uma atualização com esses novos problemas surgidos na sociedade de risco.

Adotando a linha defendida por Jorge de Figueiredo Dias, sobre as adequações necessárias para o sistema penal, Marta Machado¹⁷ fez agrupamento em três pontos cruciais, a serem trabalhados pela política criminal contemporânea, quais sejam: a) ampliar a proteção penal aos bens jurídicos supraindividuais; b) alargar e antecipar a tutela penal, incriminando as condutas que revelem inobservância do dever de cuidado, organização e prevenção; c) repensar a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Na proposta desta pesquisa, os pontos cruciais supracitados serão abordados, mas sem que seja necessariamente observada, por opção metodológica, essa mesma ordem de exposição, pois ainda se julga indispensável, neste momento, uma análise de outro fenômeno mais abrangente, que é o da globalização.

2.2 IMPACTOS DA GLOBALIZAÇÃO SOBRE O DIREITO PENAL

¹⁷ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade o risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 99.

Quando, no desenvolvimento de um estudo jurídico, utilizamos visão macroeconômica, temos a possibilidade de agir como fazem os economistas, ao sugerirem a adoção de estratégias, visando ampliar ou restringir o patamar de investimento.

Tais estudos econômicos possuem impacto direto na geração de novos projetos e na circularização do capital, com aumento ou retração na oferta de emprego e renda.

Com base nesse recurso, os juristas ampliam sua percepção, quanto à dimensão da influência econômica sobre a sensação de bem-estar individual e coletivo numa convivência em sociedade.

Assim, seja qual for a vida em sociedade que venha a ser analisada, identifica-se a sobrecarga depositada sobre o direito, para a composição de litígios, principalmente naqueles locais com altos índices de desequilíbrio socioeconômico.

Na formação inicial dos processos civilizatórios e com o surgimento dos primeiros grupos, a interação interna entre os diversos povos e as suas comunidades tinha como força motriz, a necessidade ou interesse por algum bem ou matéria-prima.

Tal fato decorria de sua escassez em determinado local, despertando o ânimo em sua aquisição para consumo direto ou o beneficiamento de um novo produto.

Destarte, a fluidez da relação de mercado entre a produção e o consumo, hoje denominada como fruto do processo de globalização, sempre foi um desafio que pautava os estudos econômicos, ora apontando estimativas que se aproximavam de resultados obtidos, ora determinando uma completa mudança estratégica.

Não obstante, as barreiras comerciais que foram surgindo com regulações tributárias distintas, por sua vez, estiveram, ao longo de décadas, gerando ou ampliando significativamente as desigualdades regionais.

Além disso, também houve ampliação desses desequilíbrios, com a criação de estímulos à implantação de determinados segmentos industriais, em detrimento de um melhor planejamento facultador da criação de infraestrutura de estocagem e logística, visando ao escoamento da produção das atividades econômicas desenvolvidas.

Com o surgimento dos blocos econômicos envolvendo nações por proximidade geográfica, a partir do mercado comum europeu, os desafios passaram a ter um novo viés, qual seja o de compatibilizar as limitações regulatórias de cada país integrante, preservando a

arrecadação de tributos, com exigências de uma livre concorrência, para assegurar um grau de competitividade entre as empresas nacionais e aquelas de cunho global.

Ao buscar uma conceituação para a globalização, Ulrich Beck¹⁸ trouxe argumentos muito importantes para a compreensão desse fenômeno, haja vista o alto índice de precisão nessas previsões.

Assegura Ulrich Beck¹⁹ que “o estado nacional é um estado territorial, isto é, seu poder está baseado no vínculo com um determinado espaço (no controle sobre associações, determinação das leis vigentes, defesa das fronteiras etc.).”

Para esse autor, a sociedade mundial tomou nova forma com a globalização, não apenas em decorrência das variações econômicas que relativizaram e interferiram na atuação do Estado nacional.

Essa nova configuração decorre da imensa variedade de lugares conectados entre si, em tempo real, mesmo ressaltando-se as diferenças entre os fusos horários diversos, a facilidade no fluxo migratório entre as fronteiras territoriais, com o estabelecimento de novos círculos sociais, das redes de comunicação, das relações de mercado e das formas de convivência.

Isso fica evidente em todas as colunas da autoridade e de legitimidade do Estado nacional: seja na criação e arrecadação dos impostos, seja no desempenho das atividades especiais da polícia, da política externa e das questões de defesa e segurança militar.

Desse modo, a globalização está desencadeando um processo inexorável de transformação nas relações entre empresas e nações. Com isso, o poder político estatal cede seu espaço, de uma forma avassaladora, em prol dos interesses econômicos de conglomerados transnacionais.

Em outra vertente, as empresas globais não possuem limites espaciais e podem realocar seus investimentos para novos mercados, a depender dos benefícios fiscais ou das vantagens das relações trabalhistas que lhe sejam propiciadas, visando redução de custos ou aumento de lucratividade.

¹⁸ BECK, Ulrich. *O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização*. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 30.

¹⁹ *Ibid.*, p. 18.

Um exemplo dessa flexibilidade no desempenho de suas atividades, seria a contratação de mão de obra em locais com defasagem de fuso horário, para o desempenho de certas atividades que, realizadas no próprio espaço territorial repercutiriam em gastos com adicional noturno, horas extras, etc.

A força desse novo poderio econômico coloca o papel político dos Estados em nível de importância menor do que aquele que possuíam anteriormente.

Na denominação utilizada por Beck, o papel que o Estado passa a desenvolver é de uma subpolítica, pois, no processo da globalização, o poderio das empresas vem tendo força preponderante nas decisões estratégicas.

Com isso, a distância entre os cidadãos legitimadores e o poder estatal se amplia, na medida em que esperavam melhorias em suas condições de vida, na crença nos postulados do estado democrático e social, mas se deparam com a diminuição na oferta de emprego e de suas rendas.

As explicações sobre essa crise do Estado de bem-estar social caminham por considerações em torno da prolongada crise eminentemente econômica dessas últimas décadas, em que a inflação, o desemprego e o déficit público têm obrigado a uma redução dos investimentos com gastos sociais.

Analisando essa crise do Estado social, afirma Heron Gordilho:²⁰

Em face a inadequação estrutural das formas do Estado liberal às funções do Welfare State, vai provocar uma contradição entre o paradigma jurídico-científico moderno, com seus limites e proibições impostas ao Estado e a demanda social pela satisfação de direitos sociais coletivos, mediante prestações positivas desse próprio Estado.

Sobre essa demanda social, como demonstram alguns trabalhos, conforme ressaltado por Laura Zuniga Rodriguez²¹, evidencia-se não haver relação direta entre crescimento econômico e desenvolvimento de políticas públicas de cunho social, mas sim de fatores de cunho político e ideológico, em que se defendem sua implantação e manutenção em sistema capitalista.

²⁰ GORDILHO, Heron José de Santana. *Direito Ambiental pós-moderno*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 79.

²¹ RODRIGUEZ ZUNINGA, Laura. *Bases para un Modelo de Imputacion de Responsabilidad Penal a Las Personas Jurídicas*. Aranzadi, 2000. p. 74.

O paradoxo é que, nestas últimas décadas, o processo de retração de políticas sociais não tem dado sinais de recuar.

Muito pelo contrário, os empresários descobriram a pedra do reino: “Eis aqui a nova fórmula mágica: capitalismo *sem trabalho mais* capitalismo *sem impostos*.”²²

Nos últimos vinte anos, adotando como exemplo a economia brasileira, observa-se que o lucro das maiores empresas aumentou, principalmente, daquelas ligadas ao mercado financeiro e de mineração, como apontam os levantamentos realizados pela revista Exame,²³ relativos ao final do ano de 2017.

Outrossim, no estudo de Ulrich Beck²⁴, com base nos dados da revista Fortune, a receita dos impostos cooperativos e daqueles sobre o lucro das empresas americanas caiu 18,6% entre 1989 e 1993, enquanto a parcela de contribuição na receita estatal caiu quase pela metade.

Verifica-se então uma contabilidade inversa com a globalização, pois vem ocorrendo um aumento dos lucros das empresas, com diminuição no recolhimento de tributos para os Estados, além da redução nas ofertas de emprego.

Com esse diagnóstico, evidencia-se que, conquanto tenha a globalização provocado um processo de disputa de poder, cujo viés econômico seja o propósito e a principal diretriz, a força política que as empresas globais vêm alcançando, seu maior resultado, é explicado com muita precisão por Ulrich Beck²⁵:

o aparecimento da globalização permite aos empresários e suas associações a reconquista e o pleno domínio do poder de negociação que havia sido politicamente domesticado pelo Estado do bem-estar social capitalista, organizado em bases democráticas.

Por seu turno, a classe trabalhadora tem perdido vertiginosamente seu espaço político, mesmo em nações em que chegaram ao pleno exercício do poder, pois opor-se a esse

²² BECK, U. *O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização*. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 20.

²³ [LEVANTAMENTOS realizados pela Revista Exame]. *Revista Exame*, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://exame.abril.com.br>. Notícia divulgada em: 03 abr. 2018.

²⁴ BECK, *op. cit.*, p. 20.

²⁵ *Ibid.*, p. 14.

processo da globalização e de sua ideologia neoliberal, é quase impossível no modelo capitalista avassalador, que vem se consolidando cada vez mais.

Os reflexos desse fenômeno econômico no direito penal é tema de diversos artigos e de propostas de alterações legislativas, ora visando à adaptação a esse novo dinamismo que tais movimentos de interação, de fluxo migratório e de difusão de cultura têm provocado, ora defendendo, ferrenhamente, a manutenção de uma postura de inércia de qualquer intervenção penal.

Como sustenta Laura Zuniga²⁶, a consciência de que:

a configuração dos problemas mundiais, entre eles a criminalidade organizada e a criminalidade de meio ambiente, requer soluções mundiais, pois a globalização da economia está potencializando estes problemas. A cooperação internacional em matéria penal é uma necessidade da política criminal moderna.

A manutenção hermética da visão sistêmica interna de cada nação, não parece ser a solução mais indicada, porquanto no processo de globalização não existem fronteiras.

Nesse contexto, a ausência de adaptação de um determinado sistema jurídico para essa nova realidade, diferentemente daquele caminho adotado pelas outras nações, tem automaticamente uma repercussão negativa, pois enfraquece a reação global do Estado nacional, na tentativa de recuperar o poder político perdido para as empresas transnacionais.

A falta de identificação de referências exitosas no sentido de que é possível ao Estado nacional ressurgir fortalecido nesse cenário, deve ser sopesada pela percepção de inúmeros malefícios provocados pela globalização, que se revelam muito mais nítidos.

Nessa conjuntura, para os países da América Latina, cujo modelo europeu é o referencial jurídico-penal, as iniciativas que vêm sendo adotadas visando à responsabilização penal das pessoas jurídicas, têm despertado maior interesse no debate e reflexão sobre suas implicações.

Evitar qualquer aprofundamento nessa discussão, utilizando os mesmos argumentos defendidos no iluminismo, sem qualquer possibilidade de analisar uma prevenção

²⁶ RODRIGUEZ ZUNINGA, Laura. *Bases para un Modelo de Imputacion de Responsabilid Penal a Las Personas Jurídicas*, Aranzadi, p. 76, 2000.

jurídico-penal é, no mínimo, posição incompatível com a necessidade de a dogmática penal não se enclausurar no passado.

Além do mais, a situação urge e as repúblicas democráticas não devem manter-se inertes ante os diversos ilícitos já por estes coletivos ou em seu próprio proveito, como destacados por José González Cussac e Henrique Berenguer²⁷: WORLCOM (U\$ 107 bilhões); ENRON (U\$ 63,3 bilhões); ADELPHIA (U\$ 24,4 bilhões); GLOBAL CROSSING (U\$ 25,5 bilhões), que revelam o fracasso da autorregulação pelo próprio mercado.

2.3 O TEMA E SUA PREVISÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

Decorridos trinta anos de vigência da atual Constituição brasileira, em que pese os diversos desafios políticos vivenciados nesse período, o texto constitucional ainda preserva um modelo que lhe confere o predicado de ser considerado um diploma da Cidadania, das liberdades e do Estado democrático de direito.

Esse modelo da Constituição do Brasil está inserido num ciclo de constitucionalização de direitos ocorrente no mundo civilizado, cujo termo inicial vigora a partir da segunda metade do século XVIII, como salienta o constitucionalista e hoje ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Luís Roberto Barroso²⁸.

Ao citar estudo sobre esses ciclos, realizado por Jon Elster²⁹, elaborou uma classificação, considerando os fenômenos mais importantes a serem destacados, como observa:

- 1) entre 1780 e 1791, inúmeros Estados situados no continente americano, inclusive os Estados Unidos da América, assim como a Polônia e a França elaboraram constituições escritas;
- 2) em 1848, um conjunto de revoluções ocorridas na Europa produziu constituições em mais de cinquenta países, levando em conta, para esse fim os inúmeros pequenos Estados que viriam a constituir a Itália e a Alemanha;
- 3) após a primeira guerra mundial, foram criados ou recriados Estados como Polônia e a Tchecoslováquia e na Alemanha entrou em vigor a Constituição de Weimar ;

²⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, José; BERENGUER, Enrique Orts. O. *Compendio de derecho penal*. Parte General. 7. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017. p. 322.

²⁸ ELSTER, Jon. [Classificação]. In: BARROSO, L. B. *Direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 99.

²⁹ *Ibid.*, p.99.

- 4) após a segunda guerra mundial, as nações derrotadas adotaram novas constituições, sob tutela mais ou menos estrita dos aliados;
- 5) com o fim dos impérios coloniais, uma nova onda se formou. Começou com a Índia e Paquistão, na década de 40, e chegou ao seu ápice ao longo da década de 60, envolvendo países como Costa do Marfim, Gana e Nigéria;
- 6) com o fim das ditaduras no sul da Europa, nos anos 70, Portugal, Espanha e Grécia ganharam novas constituições democráticas;
- 7) e, por último, com o fim das ditaduras latino-americanas e com a derrocada do comunismo na Europa oriental e central, na virada para a década de 90, inúmeros Países adotaram novas Constituições.

No caso da Constituição Brasileira vigente, o processo de redemocratização foi se fortalecendo com o fim do regime de intervenção militar, com os manifestos da OAB e de outras entidades representativas, reivindicando uma Assembleia Nacional Constituinte e a campanha de convocação de eleições diretas.

Para Paulo Bonavides³⁰, um dos passos mais importantes da fase anterior à instalação da Constituinte foi o Dec. 91.450, de 18 de julho de 1985, do presidente tampão José Sarney, que instituiu a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, presidida pelo jurista Afonso Arinos.

Para esse constitucionalista³¹, em 05 de outubro de 1988, “perempto o regime do decreto-lei, o Brasil promulgou no Planalto a maioria da democracia representativa”.

Na análise do texto constitucional, verificam-se inúmeros preceitos reveladores do respeito à liberdade individual, aos direitos e garantias elencados como direitos fundamentais a serem garantidos, independentemente de origem, cor, raça, sexo ou religião e que devem ser compreendidos em compatibilização sistêmica com os demais direitos assegurados ao longo do texto constitucional.

Para muitos constitucionalistas, a Constituição de 1988, visando realçar a importância dos direitos e garantias, não somente em seu preâmbulo, mas nos primeiros artigos, evidenciou, de forma nítida, que proclama o propósito do Estado brasileiro, o de servir como instrumento de realização da felicidade do ser humano.

³⁰ BONAVIDES, Paulo. *História constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 453.

³¹ *Ibid.*, p. 489.

Nesse sentido, assegura Dirley Cunha Júnior³² que:

Todos os direitos fundamentais, quer expressos, quer implícitos, quer decorrentes de tratados, encontram-se protegidos pela cláusula da irredutibilidade ou de eternidade consignados no inciso IV, do § 4º do art. 60 da Constituição, sendo elevados pelo Constituinte à condição de limites materiais do poder de reforma constitucional.

Também esclarece esse autor que todas as pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, com residência ou não no Brasil, são destinatárias dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, salvo quando o próprio texto constitucional exclui alguns deles.

Na análise do tema dessa pesquisa, revela-se de crucial importância que, na percepção da tessitura constitucional brasileira, proceda-se à identificação dos direitos fundamentais aplicáveis a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica.

Essa questão perpassa necessariamente pela análise da natureza do princípio da culpabilidade nos preceitos em que, de forma expressa ou implícita, encontra-se devidamente consagrado no texto constitucional.

Sua primeira inserção está no art. 1º, III da Constituição Federal, ao estabelecer que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado democrático de direito e tem como fundamento a dignidade da pessoa humana.

Essa consagração do respeito à dignidade da pessoa humana revela, indubitavelmente, a demonstração da Carta Magna de estabelecer como garantia individual indisponível a todo ser humano, que esteja no território nacional, receber do Estado brasileiro o direito a tratamento respeitoso e condizente com essa condição. Isso inclui, como consectário lógico, que só haja espaço para responsabilização penal, que tenha, como sustentáculo, a observância do princípio *nullun crimen, nulla poena sine culpa*.

³² CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Direito constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 620.

Tal constatação, entretanto, mesmo para aqueles que entendem, como Luís Greco³³, que a responsabilização penal da pessoa jurídica é inconstitucional, somente é possível com a leitura conjunta de outros preceitos, em que se identifica a previsão constitucional do princípio da culpabilidade.

Nesse contexto, verifica-se que o princípio da responsabilidade pessoal, capitulado no art. 5º, XLV, estabelece pessoalidade da pena ao estatuir que:

Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio auferido.

Ora, apesar de prescrever que a pena não passará da pessoa do condenado, o título direciona para uma interpretação de responsabilidade pessoal como direito individual fundamental, o que poderia induzir à interpretação de que a responsabilização penal no Brasil apenas caberia à pessoa humana.

Contudo, esse não foi o entendimento do constituinte, quando definiu sua concepção como consectário lógico e natural da intranscendência da pena, impossibilitando a transferência para outra pessoa diversa do próprio infrator, como acontece na esfera de responsabilização não penal.

Nesse ponto, é importante observar que a adoção do modelo de heterorresponsabilidade da pessoa jurídica violaria o princípio de responsabilidade pessoal, tanto no direito comparado como em uma eventual implantação na reforma do código penal brasileiro. Mas, sobre essa questão, dedica-se abordagem especial nos respectivos tópicos.

Outrossim, o art. 5º, XLVI, ao estabelecer que a lei regulará a individualização da pena, estatui com nitidez solar que não cabe, no sistema penal brasileiro qualquer espécie de aplicação de pena que não seja individualizada, isto é, em que não se respeite o princípio da culpabilidade do apenado; e que não se levem em conta seus motivos, as circunstâncias atenuantes ou agravantes, sua vontade e capacidade de adequar a ela seu comportamento.

³³ GRECO, Luís. Por que é ilegítimo e quase de todo inconstitucional punir pessoas jurídicas. In: *Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas*. Rio de Janeiro: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 73.

Tais requisitos para a individualização da pena, disciplinados no Código Penal, possuem critérios objetivos e subjetivos. O constituinte, contudo, não estabeleceu nenhuma ressalva quanto à responsabilização penal da pessoa jurídica, como tentam induzir de forma direta os autores a ela contrários como Luiz Regis Prado³⁴, Cezar Bitencourt³⁵ e outros, com base numa evidente ausência de elementos subjetivos do ente coletivo.

Nessa linha de entendimento, observa-se, na assertiva de Greco³⁶, concordância com o subentendido na Lei Maior, ao concluir a afirmação da inconstitucionalidade da responsabilização da pessoa jurídica no Brasil:

Queremos viver em uma sociedade em que o direito penal só castigue atos que o castigado pessoalmente cometeu. A integralidade do argumento acima desenvolvido, que desemboca na ilegitimidade de punir pessoas jurídicas, é, portanto, passível de transposição para a superfície do direito constitucional positivo.

Todavia, a alegação de inconstitucionalidade defendida pelo jurista não pode ser dependente apenas de sua influente interpretação. Ela tem que estar efetivamente violando um preceito constitucional, para que se possa dar efetiva plausibilidade à afirmação de sua incompatibilidade sistêmica.

O importante, na reflexão acerca da incompatibilidade de inserção da responsabilização penal de entes coletivos, é poder reconhecer que a crítica, quando explicitada, exige apresentação de refutação condizente com o problema exposto.

Nesse sentido, pertinente é a argumentação de Paulo Busato³⁷, ao dizer que:

Não obstante a clareza meridiana do texto constitucional, boa parte da doutrina brasileira, inconformada com a legítima e ajustada opção do legislador constituinte, tratou de organizar fantásticos malabarismos hermenêuticos em um esforço hercúleo por negar a obviedade.

³⁴ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal*. São Paulo: RT, 2008. p. 110.

³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 41.

³⁶ GRECO, Luís. Por que é ilegítimo e quase de todo inconstitucional punir pessoas jurídicas In: *Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas*. Rio de Janeiro: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 74.

³⁷ BUSATO, Paulo. Razões político-criminais para a responsabilidade penal de pessoas jurídicas In: *Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas*. Rio de Janeiro: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 45.

Do mesmo modo, no sistema constitucional vigente no Brasil e na maioria dos textos constitucionais contemporâneos, a compreensão da distinção entre princípios e regras é algo indispensável para a identificação da ocorrência ou não de inconstitucionalidades.

Ressalte-se que, em seu texto, Greco³⁸ faz a indispensável ressalva quanto às previsões do art. 173, § 5º e art. 225, § 3º, em que a Constituição brasileira prevê a responsabilização penal de pessoas jurídicas para atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Sobre esses artigos, Walter Claudius Rothenburgh³⁹ já comentava que:

A questão é de tão fácil interpretação que não reclama mais do que uma fórmula gramatical/literal, uma vez que o art. 173, § 5º, ao referir que a lei estabelecerá a responsabilidade da pessoa jurídica nos tópicos específicos apontados, traslada para o legislador a escolha da classe de responsabilidade que irá atribuir, sem qualquer limitação, salvo apenas a necessária compatibilidade das punições aplicáveis com a natureza do ente coletivo.

Assim se lê no art. 173, § 5º que, ao se estabelecerem os princípios gerais para a Ordem Econômica e Financeira, está prescrito de forma expressa:

A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Trata-se de regra constitucional que, ao mesmo tempo em que não excluiu a responsabilidade individual do dirigente da empresa na prática delitiva empresarial, também acrescentou no sistema constitucional, de forma nítida, a responsabilização penal da pessoa jurídica.

Por isso, defende-se há bom tempo, a inexistência de qualquer óbice ao reconhecimento da constitucionalidade da responsabilização penal da pessoa jurídica. Na

³⁸ GRECO, Luís. Por que é ilegítimo e quase de todo inconstitucional punir pessoas jurídicas. In: *Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas*. Rio de Janeiro: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 76.

³⁹ ROTHENBURGH, Walter. Cladius. *A pessoa jurídica criminosa*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 22.

dissertação de mestrado⁴⁰, destacou-se que o próprio teor da regra já excepcionava (sem prejuízo) sua aplicação em relação ao princípio da pessoalidade.

Ressaltou-se ainda que, apesar das demais garantias constitucionais dizerem respeito exclusivamente à pessoa humana, a opção para uma compatibilização no sistema penal dependeria de legislação especial, com o estabelecimento de um regramento de como proceder em relação aos entes coletivos.

O art. 225, § 3º da Constituição Federal, por sua vez, estatui que: “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Essa regra constitucional também determinou de forma expressa a responsabilização penal da pessoa jurídica, apesar da discussão estabelecida em relação ao meio ambiente não considerá-lo como um bem jurídico inserido na Ordem Econômica e Financeira. Além disso, também houve uma forte argumentação da corrente doutrinária tradicional, de que o constituinte previra, nesse preceito, apenas sanção administrativa para as pessoas jurídicas.

Com a edição da Lei 9.605/98, por seu turno, surgiram muitas imperfeições técnicas, como serve de exemplo o estabelecimento, no seu art. 3º, parágrafo único, de um mero reforço à previsão inserida no art. 173, § 5º da CF, quando seria muito mais pertinente que o legislador estabelecesse os critérios para a imputação do fato delituoso à própria pessoa jurídica. Considerando o tempo de vigência dessa lei, dedica-se um tópico específico para uma análise de sua aplicação.

Por fim, o art. 5º, LVII também referendado pela dogmática penal como determinante para a consagração do princípio da culpabilidade, estabelece que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, fixando o marco temporal da coisa julgada, como limite para a compreensão sistêmica da culpabilidade.

Visa esse preceito reafirmar a presunção de inocência do acusado no processo penal no qual haja respeito às garantias individuais do devido processo legal, ao contraditório, a um juiz natural, à livre produção de provas, à motivação das decisões e ao efetivo trânsito em julgado da condenação.

⁴⁰ SILVA, Marco Antonio Chaves da. *A autoria Coletiva em Crimes Tributários*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 88.

Esse preceito tem previsão na Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas e na maior parte das nações democráticas.

O Supremo Tribunal Federal tem adotado decisões conflitantes acerca desse tema, ora reconhecendo que, caso haja a possibilidade de via recursal, ainda não se pode falar em execução antecipada da pena, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, como no julgamento do HC 84.078/MG, ora considerando que as decisões proferidas em segunda instância, já devem ser consideradas como coisa julgada, no que se refere à execução provisória da pena e à culpabilidade, como ocorreu no HC 126292/SP⁴¹.

Essa questão remete a duas correntes de interpretação da norma constitucional vigente: uma, em que se defende a prevalência da compreensão literal do texto e a consagração da segurança jurídica do sistema, e a outra, que admite o fenômeno da mutação constitucional, por considerar a necessária compatibilização entre os princípios e as regras constitucionais que revelem conflitos para a aplicação a caso concreto.

Como bem salienta Barroso⁴², a interpretação constitucional abrange um conjunto de peculiaridades que a tornam singular no universo em que é compreendida a interpretação da norma jurídica.

Tal fato se justifica principalmente por um aspecto que a diferencia de norma infraconstitucional, pois, enquanto esta deve se limitar aos assuntos e às matérias as quais lhe atribuem competência, as normas constitucionais devem abordar toda a conjuntura política das relações sociais a serem disciplinadas, estabelecendo os limites à intervenção do Estado, mas também definindo-os para o exercício da liberdade individual.

Ao expor os novos paradigmas de interpretação constitucional, Barroso⁴³, referindo-se à ocorrência de conflitos de normas constitucionais, faz uma classificação em três espécies: a) colisão entre princípios constitucionais; b) colisão entre direitos fundamentais; c) colisão entre direitos fundamentais e outros valores e interesses constitucionais.

Na primeira modalidade, os princípios constitucionais vistos sob a mesma perspectiva hierárquica e de supremacia constitucional, ao se depararem com fato concreto em

⁴¹ Sobre uma crítica a esse posicionamento, cf.: SILVA, Bruna Couto. Uma breve análise acerca da ineficácia da Constituição cidadã frente à possibilidade de execução provisória da pena em um Brasil juristocrático. *Revista da Academia de Letras Jurídicas da Bahia*, n.23, p. 453-471, 2018.

⁴² BARROSO, Luís. Roberto. *Direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 272.

⁴³ *Ibid.*, p. 330.

colisão, induzem o intérprete à compreensão de que um deles deve ceder ao outro, considerando, naquela hipótese, a prevalência do direito a ser priorizado, como serve de exemplo a intimação judicial para o comparecimento de testemunha acometida, na data da audiência, por enfermidade impossibilitando-lhe de comparecer em juízo.

No conflito entre direitos fundamentais, o constitucionalista, citando inclusive julgados do Tribunal Constitucional Alemão (BVerfGE, 93:1, 1995; BVerfGE, 93:266, 1973 e BVerfGE 30:173, 1971), explana que se adota o mesmo procedimento da colisão entre princípios, como serve de exemplo o julgamento entre liberdade de religião *versus* direito de privacidade, conhecido como “caso da Rua Inhangá, em Copacabana, Rio de Janeiro, em que os moradores conseguiram evitar a utilização de aparelhagem de som por parte de um religioso que, aos domingos, às 7h da manhã, convocava os fiéis para o culto em seu templo”.

Barroso⁴⁴ finalizou a abordagem desse tema, destacando que se percebe nesse confronto entre direitos fundamentais e valores ou interesses constitucionais um

[...] ambiente bastante típico de preservação de direitos individuais à liberdade, ao devido processo legal e à presunção de inocência diante da apuração e punição de crimes e infrações em geral, inseridas no domínio mais amplo da segurança pública.

Fez referência, como exemplo disso no julgamento do HC 90049/RS, em que o STF reconheceu a possibilidade de progressão de regime de cumprimento da pena em crimes hediondos, em respeito ao princípio da individualização da pena.

Ocorre, entretanto, que, na oportunidade em que se debruçou sobre o tema da responsabilidade penal da pessoa jurídica, o Supremo Tribunal Federal não suscitou qualquer choque desse instituto com o princípio da culpabilidade, apesar de ter reformulado o posicionamento, até então adotado no Superior Tribunal de Justiça, quanto a uma necessária dupla imputação da pessoa jurídica e dos seus dirigentes, conforme se observa no julgamento do RE 548.181, Rel. Min. Rosa Weber, como se lê num dos trechos da fundamentação desse voto:

⁴⁴ BARROSO, Luís. Roberto. *Direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 332.

Com efeito, as pessoas jurídicas tornaram-se destinatárias da lei penal desde a promulgação da Constituição Federal no ano de 1988, com a previsão inserida no artigo 225, alíneas transcritas.

Noutra banda, a Lei nº 9.605/98 veio trazer concretude à disposição constitucional, dispondo sobre os pressupostos da responsabilização e as penas aplicáveis ao ente moral coletivo, *“legitimando o ingresso da apenação das pessoas jurídicas na ordem jurídica”*.

Sendo tais premissas incontroversas, *“não cabe retomar, portanto, a discussão sobre a legitimidade jurídica substancial da atribuição de responsabilidade penal aos entes morais.”*

Considerando a vigência de mais de 20 anos da lei de crimes ambientais e pouquíssimas condenações de pessoa jurídica, torna-se necessária uma análise de sua aplicação até então.

2.4 A APLICAÇÃO DA LEI 9.605/98 E O PROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO PENAL

As tragédias ocorridas em Minas Gerais envolvendo as barragens de Mariana em 2015 e em Brumadinho em 2018, lamentavelmente revelaram, pela proximidade entre eventos tão graves, que o Brasil não tem tido aplicação da legislação de proteção ao meio ambiente, que possa conferir nível maior de segurança contra a exposição a riscos a esse bem jurídico tão essencial a vida de todos.

A atuação de prevenção geral, que deveria nortear sempre a tutela estatal nessa seara, tem revelado que a adoção de critérios mais rigorosos para a própria autorização de licença e funcionamento de empresas possivelmente causadoras de riscos dessa envergadura, deve ser mais efetiva e menos influenciada pelo poder político e econômico dos interessados no funcionamento de algumas atividades que, muitas vezes, já foram proibidas noutros países.

Uma situação exemplificativa dessa realidade está ocorrendo em Minaçu, no Estado de Goiás, onde forte movimento político se articula pela reabertura de uma fábrica que utiliza, em seu processo de produção, o amianto do tipo crisólita, mineral usado na fabricação de telhas e caixas d'água, considerado cancerígeno pela Organização Mundial da Saúde.

A fabricação com a manipulação do amianto foi considerada cancerígena, sem qualquer nível de segurança para uso, pois a poeira, ao ser inalada, provoca mutação nas células, que pode causar mesotelioma ou o denominado “pulmão de pedra”.

Em mais de 50 (cinquenta) países não ocorre mais sua utilização e aqui no Brasil foi proibida, após uma decisão do Supremo Tribunal Federal em 29 de novembro de 2017, que declarou a inconstitucionalidade da lei, que até então permitia o uso por uma fábrica em Minaçu-GO.

Mas, encontra-se em curso um movimento no Senado Federal, estimulado por outro representativo da sociedade em que se sedia a fábrica pela sua reabertura, sob a alegação dos grandes prejuízos econômicos causados com a paralisação das atividades da empresa.

Essa forte influência dos interesses econômicos sobre aspectos relacionados ao uso de material que coloca em risco a própria vida humana, revela a dificuldade de aplicação da legislação de proteção ambiental no Brasil.

Por outro lado, na perspectiva da responsabilização penal das empresas, a decisão adotada em 06 de agosto de 2013, pelo STF, no julgamento do RE 548.141/PR⁴⁵ foi um marco importante, pois afastou a tese de que as pessoas jurídicas só poderiam delinquir por meio de condutas humanas e individualizadas, como se lê no teor da ementa:

Recurso extraordinário. Direito penal. Crime ambiental. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Condicionamento da ação penal à identificação e à persecução concomitante da pessoa física que não encontra amparo na Constituição da República.

Ao fundamentar o voto, a ministra relatora Rosa Weber aduziu que os atos praticados muitas vezes podem ser atribuídos a um conjunto de indivíduos, não havendo possibilidade de imputar a apenas uma pessoa física.

Esse posicionamento ratifica a tese defendida nessa pesquisa de que um entendimento diverso não somente inviabilizaria qualquer responsabilização penal da pessoa jurídica, como deixaria de dar efetividade ao preceito constitucional que a legitima.

Com essa decisão foi refutada a ideia da necessidade de dupla imputação, também conhecida como responsabilidade por ricochete, que era o entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça e que até então, norteava toda a aplicação da Lei 9605/98.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 548.141/PR. *Lex*: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Paraná, 06 ago., 2013.

Numa análise da Lei 9605, de 12 de fevereiro de 1998, nota-se que ela estabelece em seu artigo 3º que:

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 de sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato.

A lei ambiental estabelece penas aplicáveis às pessoas jurídicas em seu art. 21: “as penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º são: multa; restritivas de direitos; prestação de serviços à comunidade”.

Igualmente, no art. 24 da Lei 9.605/98⁴⁶, está prevista a sanção de liquidação forçada da pessoa jurídica:

A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei, terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.

Lamentavelmente, contudo, a Lei 9.605/98, ao estabelecer no seu capítulo “V” os crimes em espécie contra o meio ambiente não definiu previamente as sanções impostas às pessoas jurídicas violadoras dos respectivos tipos, causando fortes e plausíveis argumentos contrários à sua efetividade, por afrontar ao princípio da legalidade e da proporcionalidade. Essa deficiência também tem provocado o trancamento de ação penal por inépcia da inicial, conforme exemplo do julgamento da 3ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, nos autos do Mandado de Segurança 349.440/8.

Realçando a importância da previsão da responsabilização penal das pessoas jurídicas na legislação ambiental, mas apontando essa inaplicabilidade que vem sendo

⁴⁶ BRASIL. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19605.htm.

reconhecida na jurisprudência, Luís Sirvinskas⁴⁷ cita o fundamento do voto condutor do Juiz Carlos Bueno no Mandado de Segurança 349.440/8:

A norma sem preceito ou sem sanção é inexistente. As penas para a pessoa jurídica encontram-se na parte geral da citada lei. No entanto, não há como aplicá-las, pois inexistem normas de integração entre a parte geral e a parte especial. Tal fato torna inviável a aplicação de sanção à pessoa jurídica. A escolha da sanção arrolada na parte geral não pode ficar a critério do promotor nem do julgador.

Entretanto, é importante ressaltar que houve também condenação de pessoa jurídica por meio do julgado da 1ª Vara Federal de Criciúma em que a empresa J. Bez Batti Engenharia e seu sócio majoritário e único administrador Aroldo José Bez Batti, foram condenados a prestar serviços à comunidade, devido à extração ilegal de areia e danos à vegetação: sendo a empresa, através do pagamento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para custear programas ambientais, e Aroldo Batti, para realização de serviços públicos gratuitos junto a parques ou unidades de conservação por oito horas semanais, durante sete meses.

Essa primeira condenação de mérito foi confirmada em segunda instância pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no julgamento da apelação 2001.72.04.002225-0/SC, em agosto de 2003, havendo nos autos a certidão de que a empresa não cumpriu a prestação pecuniária a que foi condenada, mas o Ministério Público Federal promoveu a execução da pena por quantia certa.

Outrossim, ainda nesse período de vigência da dupla imputação, ao comentar o acórdão do Superior Tribunal de Justiça no RE 564.960 – SC (2003 0107368-4) do relator ministro Gilson Dipp, Fernando Galvão⁴⁸ observou quanto ao pensamento resistente da doutrina a uma responsabilização penal da pessoa jurídica que:

Não se pode obedecer apenas às leis às quais concordamos com a vontade do legislador. Devemos sempre obediência à opção política validamente consolidada na lei. Quando a resistência ilegítima se apresenta camuflada por

⁴⁷ SIRVINSKAS, Luís Paulo. Responsabilidade penal da pessoa jurídica na Lei 9.605/1998. *Doutrinas Essenciais Direito Penal Econômico e da Empresa*. São Paulo: RT, 2011. v. 1. p. 1065.

⁴⁸ GALVÃO, Fernando Antonio. Possibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica por crime ambiental. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 6, p. 238, 2006.

aparente sustentação em outra opção política, devemos nos esforçar para perceber a armadilha ou, em caso de real conflito entre as opções, identificar a opção prevalente.

Evidencia-se ainda, a partir da atual decisão do Supremo Tribunal Federal, a ocorrência de inúmeros outros casos de crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a formalização de transações penais em procedimentos que tramitaram no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, nos quais as empresas se obrigaram ao cumprimento de medidas reparatórias de danos ambientais a elas atribuídos.

No entanto, é importante observar na crítica de Sirvinskas⁴⁹ outra grave lacuna da Lei 9.605/98, ao dizer:

Quanto à omissão do rito processual das pessoas jurídicas, entendo que seria o mais amplo, ou seja, o ordinário. Deveria, contudo, o legislador ter estabelecido mecanismos específicos para a pessoa jurídica à semelhança do que dispõe a Lei de Adaptação ao Código Penal francês (Lei 92-1336/92).

Nesse mesmo sentido asseverou com precisão Luiz Regis Prado⁵⁰ que:

Ora, em nosso País, deu-se o contrário, visto que o legislador de 1998, de forma simplista, nada mais fez do que enunciar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, cominando-lhe penas, sem lograr, contudo instituí-la. Isto significa não ser ela passível de aplicação concreta, pois faltam-lhe instrumentos hábeis e indispensáveis para tal propósito. Não há como em termos lógico-jurídicos, transgredir princípio fundamental como o da irresponsabilidade criminal da pessoa jurídica, ancorado solidamente no sistema de responsabilidade da pessoa natural, sem fornecer, de outro lado, elementos básicos e específicos conformadores de um subsistema ou microsistema de responsabilidade penal, inclusive com previsão explícita de regras processuais penais.

A esses argumentos - que revelam a flagrante dificuldade do legislador brasileiro em conseguir estabelecer a responsabilização penal da pessoa jurídica na Lei 9605/98, sem

⁴⁹ SIRVINSKAS, Luís Paulo. Responsabilidade penal da pessoa jurídica na Lei 9.605/1998. *Doutrinas Essenciais Direito Penal Econômico e da Empresa*. São Paulo: RT, 2011. v. 1.

⁵⁰ PRADO, Luiz Regis. Crime ambiental: responsabilidade penal da pessoa jurídica? *Boletim do IBCCrim* 65, p. 2., abr. 1998. Edição especial.

violar os critérios mínimos de garantias do sistema penal no Estado de direito – somam-se os principais pontos dogmáticos de refutação da tese da responsabilização penal dos entes coletivos quais sejam: a ausência de conduta e de culpabilidade.

Ao expor a importância da conduta na violação do tipo, José Henrique Pierangeli⁵¹ assegura que: “o conceito de conduta pertence ao ôntico-ontológico, precedendo a toda valoração que possa o legislador a ela atribuir ao normatizá-la”. Além disso, citou que houve exteriorização de um sentimento de Welzel, pouco antes de seu falecimento, de mudar a denominação da teoria da ação final para ação biociberneticamente antecipada, o que, para o autor⁵², resulta em que: “dentro da concepção de Welzel, nega-se toda a possibilidade de uma separação entre vontade e finalidade, sendo inconcebível uma vontade de nada ou a vontade para nada, pois o que existe é a vontade de e a vontade para”.

Nessa linha, conclui José Henrique Pierangeli⁵³ ao atestar que a vontade de conduta é um fenômeno inexistente na empresa, e que “a aceitação da teoria da ficção é consequência da própria evidência, por serem as pessoas jurídicas incapazes de conduta, pois resulta inimaginável que uma pessoa jurídica possa dirigir voluntariamente sua conduta em direção a um fim que ela própria determine”.

Seguindo também esse entendimento, diz Luiz Flávio Gomes⁵⁴: “a rigor, sujeito ativo a pessoa jurídica não pode ser nunca, porque ela não tem capacidade de ação ou omissão (não tem capacidade para praticar conduta humana). Não realizará nunca o verbo descrito no tipo legal”.

Essas críticas estão inseridas numa visão de conduta estritamente finalista. Mas, a teoria da ação finalista também sofre severas críticas doutrinárias, principalmente com o fortalecimento do funcionalismo, que vem refutar a compreensão pré-jurídica de ação e a tentativa finalista de conferir natureza ontológica à ação.

Destarte, ao apresentar os fundamentos mais destacados dessas críticas, Busato⁵⁵ declara:

⁵¹ PIERANGELLI, José Henrique. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas e a nova lei ambiental. *Revista CEJAP, [S.l.]*, v. 3, n. 5, 2002.

⁵² PIERANGELLI, *op. cit.*, p. 25.

⁵³ *Ibid.*, p. 27.

⁵⁴ GOMES, Luiz Flávio. Crime ambiental e responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito público. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, v. 9, n. 49, 2008. p. 7.

⁵⁵ BUSATO, Paulo. *Direito penal & ação significativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 88.

É possível entender que se existe pretensão de dotar o conceito finalista da ação de alguma capacidade de rendimento, quer dizer, se é que se pretende sacar resultados práticos de tal concepção, deve-se incluir na finalidade a apreensão de sentido do fato e com isto, negar o caráter ontológico da finalidade. De outro lado, se a pretensão é de um conceito de ação finalista pré-jurídico, não se pode desvalorar os meios escolhidos para a realização do fato desde o ponto de vista jurídico e a determinação do que é a finalidade perde relevância.

Ao citar o pensamento de Lúzon Pena, quando tece forte crítica ao modelo finalista, dizendo: “muito racionalista da conduta humana, limitando-se às ações mais perfeitamente elaboradas, aquelas planificadas consciente e controladamente dirigidas a um objetivo e, portanto, é um conceito de ação excessivamente restrito, já que deixa de fora muitas formas de ações”, Busato⁵⁶ faz também uma importante síntese dos pensamentos de Claus Roxin e de Vives Antón sobre essa celeuma: “as críticas à ação finalista dirigem-se basicamente em duas direções: contra a admissão da ação como categoria básica do delito, capaz de aglutinar sob um mesmo conceito o fato delitivo, doloso e imprudente, comissivo e omissivo, e contra sua validade geral como base ontológica”.

Conquanto evidencie-se a necessidade de aprofundamento da análise em torno da visão finalista da conduta delituosa e a crítica que sofre pelos novos caminhos adotados com as visões funcionalista e da ação significativa, deixa-se, por opção metodológica, de desenvolver esse assunto, deveras importante para esta pesquisa, após apreciação do projeto de reforma do Código Penal do Brasil, que contempla a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

O projeto de lei 236 de 2012 ainda está em tramitação no Senado Federal, e no que concerne ao tema estudado, estabelece em seu atual art. 39:

Art. 39. As pessoas jurídicas de direito privado serão responsabilizadas penalmente pelos atos praticados contra a administração pública, a ordem econômico-financeira e o meio ambiente, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

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

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

⁵⁶ BUSATO, Paulo. *Direito penal & ação significativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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

Sua elaboração teve um trabalho preliminar de comissão de juristas e foi encaminhado ao Senado Federal, tendo atuado inicialmente como relator o senador Pedro Taques, com a aprovação de relatório final em 17/12/2013. Atualmente, o projeto encontra-se sob a relatoria do senador Rodrigo Pacheco, na Comissão de Constituição e Justiça.

Em comentário à opção de ampliação do rol de delitos passíveis de responsabilização penal da pessoa jurídica para os delitos contra a administração pública e a ordem econômico-financeira, Busato⁵⁷ aduz que:

A comissão elaboradora do projeto de Código Penal optou, segundo relata sua exposição de motivos, por maioria de votos, por interpretar que a referência constitucional à responsabilidade penal das pessoas jurídicas é meramente exemplificativa, sendo permitida a distensão para outros campos.

Observou, ainda, Busato⁵⁸ que a visível divisão de posicionamento na comissão de juristas indicou claramente postura insegura no enfrentamento do tema, sem possibilitar que, na interpretação do projeto, haja possibilidade de identificação do viés de política criminal adotado, a começar pela dualidade na adoção do modelo de autorresponsabilidade ou de heterorresponsabilidade do ente coletivo.

Ressaltou também que a prescrição no *caput* da exigência de que a responsabilidade da pessoa jurídica tenha sido decorrente de decisão de seu representante legal ou contratual ou de seu colegiado, é “dispensável e dogmaticamente equivocada,” pois nega a existência de vontade do próprio ente coletivo.

⁵⁷ BUSATO, Paulo. Responsabilidade penal de pessoas jurídicas no projeto do novo código penal brasileiro. *Revista Liberdades*, São Paulo, 2012. p. 99-102. Ed. Especial.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 99-102.

Outrossim, ao comentar este relatório final o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRim),⁵⁹ através de sua comissão de reforma do código penal, emitiu um pronunciamento aduzindo:

O relatório, desprezando as críticas lançadas ao PLS nº236/12, contentou-se em realizar uma consolidação de muitos institutos já presentes na legislação nacional, não aproveitando a oportunidade de, senão revogar um ou outro, ao menos corrigir suas falhas estruturais. Exemplos básicos disso pode ser encontrado na incorporação da Lei de Crimes Hediondos – sem o cuidado de correção de suas falhas mais comezinhas e da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica.

São pertinentes tais observações, como foi exposto no tópico anterior, acerca das diversas outras críticas sofridas na aplicação da Lei 9605/98, porquanto entendemos que esses fatos poderiam ter servido para o aprendizado na elaboração do projeto de reforma do Código Penal. Além desse fato, some-se que outras legislações estiveram enfrentando esse tema recentemente, o que também deveria servir como balizamento de referência para a realidade brasileira.

Nessa linha de acolhimento da responsabilização penal da pessoa jurídica, têm-se diversos códigos penais na Europa e na América Latina, sendo que o mais recente europeu a adotá-la, foi o espanhol em 2010, que inclusive já necessitou promover uma alteração em 2015.

Ao comentar sobre essa nova mudança no art. 31, bis do Código Penal da Espanha, González Cussac⁶⁰ aduziu que: “a grave irregularidade do procedimento de alteração do Código Penal, em tão curto espaço de tempo, foi a inexistência de qualquer respeito às instruções normativas do Conselho Geral do Poder Judiciário e do Conselho do Ministério Público”.

O exemplo da Espanha revela que efetivamente os problemas políticos enfrentados na tramitação do projeto de reforma do Código Penal, são muito complexos, exigindo, para a adoção da responsabilização penal das pessoas jurídicas, que o legislador encontre postura

⁵⁹ INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCrim). *Comentários ao relatório Senador Pedro Taques em face do PLS nº 236/12*. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/docs/codigo_penal.pdf. Acesso em: 06 maio 2019.

⁶⁰ GONZÁLEZ CUSSAC, José. *Comentarios a la reforma del codigo penal de 2015*. Valencia: Titant lo Blanch, 2015. p. 158.

muito mais política do que técnica, visando efetivamente conseguir sua aprovação no poder legislativo.

A definição do modelo de responsabilização ainda tem sido um problema de difícil solução, tanto no direito anglo-saxão, quanto na família romano-germânica.

No sistema da *common law*, por vigorar uma responsabilidade de natureza objetiva, as dificuldades se revelam menores, mas, nas nações do sistema *civil law*, o respeito ao princípio da culpabilidade, como alicerce fundamental do estado de direito, tem revelado óbices ao modelo da heteroresponsabilidade, em relação ao fato de esta depender de responsabilidade em nome de outrem, assim como, na autorresponsabilidade os caminhos até então alcançados pela doutrina, encontram-se em processo de sedimentação de seus fundamentos.

Dentre os trabalhos mais desenvolvidos nesse sentido, Busato⁶¹ defende a tese da ação significativa, argumentando que:

As mais atualizadas concepções jurídicas não negam a normatização da base do sistema de imputação, reduzindo as funções da ação a uma função de delimitação negativa e a uma ideia de garantia do Direito Penal do fato. Por outro lado, cada vez mais se adotam conceitos axiológicos de ação, especialmente o conceito significativo que torna praticamente viável a identificação da autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica.

A concepção significativa da ação, como se abordará, efetivamente trouxe muitas contribuições importantes ao enfrentamento desse tema, máxime por demonstrar o quanto a linguagem influencia na interpretação da norma. Essa influência não decorre apenas das dificuldades legislativas na definição do texto legal, mas essencialmente pela evidente dicotomia entre os operadores jurídicos e os legisladores, problemas que se agravam em assuntos com forte dissenso dogmático.

Mas, retornando à análise do PL 236/2010, observa-se que as consequências penais previstas seguiram a mesma linha adotada na Lei 9.605/98, como se lê no art. 40:

Art. 40. As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com a gravidade do fato, os motivos da infração,

⁶¹ BUSATO, Paulo. *Direito penal & ação significativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010. p. 114.

suas consequências para a sociedade, os antecedentes do infrator e, no caso de multa, sua situação econômica, são as seguintes:

I – multa;

II – restritivas de direitos;

III – prestação de serviços à comunidade;

IV – perda de bens e valores;

V – a publicidade do fato em órgãos de comunicação de grande circulação ou audiência.

§1º Para fins de transação, suspensão condicional do processo e cálculo de prescrição, adotar-se-á como referencial as penas de prisão previstas para as pessoas físicas.

§2º Na aplicação da pena, o juiz deverá, sempre que possível, priorizar as restritivas de direitos mais adequadas à proteção do bem jurídico lesado pela conduta.

§3º A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário.

§4º A publicidade em órgãos de comunicação prevista no inciso V do *caput* deste artigo será custeada pelo condenado e terá por objeto notícia sobre os fatos e a condenação, em quantidade de inserções proporcional à pena concreta substituída, pelo período mínimo de um mês e máximo de um ano.

A previsão do parágrafo primeiro visa suprir a ausência do estabelecimento da pena para pessoa jurídica na parte especial, tal como também ocorria na Lei 9605/98, porém, como se trata de regra prevista para constar na parte geral do Código Penal, fica assegurada como previsão normativa geral para a substituição das penas privativas de liberdade, não apenas para as pessoas jurídicas, mas para todo autor de delito.

A previsão de obrigação de publicizar a condenação foi inclusive motivo de comentário elogioso pela comissão de reforma do IBCCrim⁶², como exarado:

É acrescido outro tipo de penalidade (novo inciso V e § 4º), de larga eficácia em termos de responsabilidade do ente coletivo, e já prevista no ordenamento brasileiro em relação a crimes contra as relações de consumo (art. 78, II, do Código de Defesa do Consumidor). Trata-se da obrigação de realizar divulgação do fato e da condenação. A qualidade preventivo-geral da reação punitiva em espécie deriva do capital empresarial constituído pela marca e seu poder comunicativo. Na sociedade de consumo, pautada pelo eclipse do sujeito, efetuado pelo objeto, este é adquirido pela força comunicativa que ostenta, aspecto que transcende sua utilidade intrínseca. Daí deriva a marca

⁶² INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCrim). *Comentários ao relatório Senador Pedro Taques em face do PLS nº 236/12*. Disponível em http://www.ibccrim.org.br/docs/codigo_penal.pdf. Acesso em: 06 jun. 2019.

como grande capital corporativo. A possibilidade de arranhar a marca, mediante publicidade negativa, encontra maior ressonância preventivo-geral do que, por exemplo, a multa.

Considerando que houve grande mudança, após as eleições de 2018, na composição do Congresso Nacional, assim como na linha de governo implantada com o atual presidente da República, o PL 236/2010 ainda será objeto de muitas alterações até que efetivamente venha a ser transformado em lei.

Destarte, tendo em conta que o objetivo desta pesquisa, consiste na refutação aos entraves para uma responsabilização penal dos entes coletivos, num viés de modernização do direito penal, torna-se necessário uma abordagem.

3 A CONCEPÇÃO ATUAL DA DOGMÁTICA SOBRE OS PRINCIPAIS ENTRAVES

Em trabalho anterior⁶³ procurou-se dar ênfase a uma constatação que, embora muito óbvia, não é levada em conta na análise da necessidade de intervenção penal nesta seara: a atividade econômica desenvolve-se essencialmente por empresas.

Com alguma estrutura organizacional, os entes coletivos desempenham as mais diversas atividades, com variações quanto ao ramo de atuação, ao porte da empresa e ao nível de investimento do negócio, mas dentro da formalidade e do respeito aos ditames norteadores do exercício de atividade lícita e socialmente relevante.

Toda essa estrutura é planejada e organizada com o propósito de desenvolver atividade lícita, regular e conforme os preceitos legais que se apliquem ao segmento de atuação escolhido.

Difícilmente, ocorre o funcionamento regular de empresa que não tenha sido inicialmente identificado, no âmbito da legislação aplicável, com os pressupostos legais exigidos pelos órgãos públicos de licenciamento e fiscalização, com acompanhamento periódico, assunção de responsabilidades administrativas, para que assim possa funcionar, nos termos de seu estatuto e desejo de seus sócios-gerentes.

As deliberações no âmbito dessas empresas em matérias relacionadas a suas atividades finalísticas, são adotadas em linha hierárquica em que a voz de comando nem sempre é individualizada, apesar de ser por todos compreendida, como a diretriz da empresa para determinado período, em que se estabeleceram metas a serem atingidas.

Ao lado desse fenômeno de surgimento de empresas e de sua importância para a economia, dois aspectos são muito relevantes para o assunto sobre o qual nos debruçamos neste trabalho, quais sejam: o individualismo nas relações humanas e as crescentes demandas sociais por intervenções estatais reguladoras.

Na formação do direito penal econômico Martos Nuñez⁶⁴ aduz que a partir da revolução francesa e do fortalecimento das liberdades individuais, a pessoa humana passou a ter, no âmbito das legislações que se produziram, um papel de protagonismo, em que o respeito

⁶³ SILVA, Marco Antonio Chaves da. *A autoria Coletiva em Crimes Tributários*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 82.

⁶⁴ MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio. *Derecho Penal Economico*. Madrid: Montecrovo, 1987. p. 117.

a essa sua condição hipossuficiente em relação a poderio estatal intervencionista que vigorava anteriormente.

No campo da economia, a própria relação entre os agentes era muito mais liberal do que intervencionista, fruto do movimento de reivindicações implícitas na luta da burguesia por menos impostos, que serviu como motor propulsor da revolução.

Assim, nesse período da revolução, os postulados humanitários se expandiram e fundamentaram, de forma contundente, a opção dogmática por um direito penal humanitário, em que o indivíduo fosse o único centro de gravidade da regulação, sendo-lhe assegurado o respeito à liberdade individual e sua dignidade de pessoa humana.

O brocardo latino *societas delinquere non potest* veio sendo então baseado desde o século passado, nesse argumento de que somente o indivíduo é que tem vontade e capacidade de agir.

Para os contrários à responsabilização penal das pessoas jurídicas, o ente coletivo não possui manifestação de vontade própria ou capacidade de atuar de forma ilícita, pois ela seria fruto de mera ficção jurídica, incapaz de ser sujeito ativo no direito penal.

Os movimentos econômicos, por sua vez, nunca seguiram uma lógica jurídica hermética, pois a oferta e a procura, como leis naturais de mercado, são suscetíveis ao jogo de poder por maior acumulação de lucro.

Assim, com as crises de abastecimento de bens de primeira necessidade no período do pós-guerra, as nações civilizadas foram obrigadas a se preocupar com essa liberdade de atuação na economia e identificaram que a ganância pelo lucro a qualquer preço e a ausência de medidas reguladoras no mercado, em vez de fortalecer a liberdade individual, conferia ao poder econômico das empresas o controle sobre a oferta e a procura, elevando assustadoramente os preços e aumentando as insatisfações da população.

Destarte, as demandas sociais por bens essenciais, cuja escassez era provocada pela crise de abastecimento, influenciaram a iniciativa estatal a rever sua atuação na economia, iniciando-se, no início do século XX, novo movimento classificado por Klaus von Beyme⁶⁵ em três fases, a saber: a) de planejamento geral para efetivo controle da economia; b) do controle

⁶⁵ VON BEYME, Klaus. *Teoria política del siglo XX*. Versión española de Jesus Alborés. Madrid: Alianza Universidad, 1994. p. 122.

estatal para o pragmatismo corporativo de controle; c) do autocontrole social com funções mínimas de Estado.

Em cada uma dessas etapas, surgiram legislações que se encarregaram de disciplinar as relações econômicas, como a lei de economia popular, a de proteção às relações de consumo, o surgimento de agências reguladoras, a proteção contra a formação de cartéis ou monopólios, etc.

O direito penal tradicional tentou manter-se ainda equidistante desse processo, sob o principal argumento de que a base teórica do direito penal humanitário não poderia ser ameaçada pelo surgimento de novas demandas de intervenção.

O direito penal econômico, antes visto como ramo novo e que não deveria ocupar o cerne das principais decisões de política criminal, foi gradativamente avançando e detectando lacunas, que até então não eram percebidas pelos penalistas mais ortodoxos.

A profusão de episódios em que a sociedade percebeu essa ausência de proteção estatal, via *ultima ratio essendi*, vem obrigando então, mesmo os penalistas mais tradicionais, a admitir a existência de entraves no modelo humanitário, que não podem mais persistir.

Certamente, o primeiro grande desafio desse fenômeno econômico perante o direito penal individualista, decorreu das operações de branqueamento de capitais, provenientes de atividades praticadas pelas organizações criminosas.

As cifras envolvidas nessas movimentações financeiras superaram em muitos casos, toda a circulação lícita e regular de um mercado controlado e superior até mesmo ao de algumas nações.

O poderio dessas organizações criminosas levou ao surgimento de um movimento mundial de cooperação internacional das nações civilizadas para estabelecer legislações contra o crime de lavagem de dinheiro e para ampliar o acesso às informações compartilhadas, em detrimento do direito ao sigilo bancário, que antes preponderava. Houve também, a identificação de que essas organizações criminosas também se utilizavam de empresas lícitas em suas operações.

Igualmente, a concepção da pessoa jurídica como ficção foi perdendo espaço para uma concepção realista, mesmo que, para muitos juristas, de forma limitada e apenas em alguns ramos do direito, como o civil, comercial e o administrativo.

Para Walter Rothenburg,⁶⁶ contudo: “se a pessoa jurídica é uma realidade (normativa) bastaria que se estendesse esse reconhecimento ou construção ao Direito Criminal”.

Assevera esse autor que a pessoa jurídica em seu campo de atuação pode acatar deliberações do seu conselho de administração que revelem um caráter criminoso, como por exemplo, na atuação perante o mercado de capitais, os bancos e as corretoras podem adotar medidas que violem condutas típicas contra a economia popular ou ao sistema financeiro.

Por isso, segue Walter Rothenburgh a linha do pensamento de que o princípio da especificidade da atuação, revela os propósitos e os objetivos a serem alcançados pelas pessoas jurídicas no seu funcionamento regular, mas não impede a prática de uma criminalidade de cunho empresarial.

Serve, muito mais como um balizador, pois nessas áreas de atuação preponderante, a sua existência civil, comercial e administrativa é real, mas ainda há uma desconsideração pelo direito penal.

Ao traçar uma detalhada descrição histórica acerca da responsabilização penal das pessoas jurídicas no direito penal brasileiro, Paulo Busato⁶⁷ assevera que, no Código Penal do Império do Brasil, considerado pela doutrina, em sua época, como um dos textos mais avançados do mundo, já havia uma previsão em seu art. 80, em que expressamente a admitia, como se vê: “Se este crime for cometido por Corporação, será esta dissolvida; e, se os seus membros se tornarem a reunir debaixo da mesma, ou diversa denominação com a mesma, ou diversas regras.”

Explicando essa adoção pelo Código do Império do Brasil, ressalta o autor que esse código ainda não havia sofrido a influência individualista da Revolução Francesa, na medida em que era oriundo de um poder monárquico. É que houve, na edição desse código, a repercussão da invasão francesa no território português, que obrigou a família real a vir para o Brasil e que, obviamente, tinha resistência aos ideais revolucionários franceses. Por isso, o modelo político do império não permitiria fortalecimento da burguesia ou das corporações que pudessem interferir na vida política brasileira.

⁶⁶ ROTHENBURGH, Walter Claudius. *A pessoa jurídica criminosa*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 47.

⁶⁷ BUSATO, Paulo. Razões político-criminais para a responsabilidade penal de pessoas jurídicas. In: *Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas*. Rio de Janeiro: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 41.

Essa análise do contexto político do período do império é determinante para compreender a previsão legislativa no artigo supracitado, mas também é preciso compreender que tal fato não pode significar que a responsabilização penal da pessoa jurídica deva ser encarada como retrocesso.

Os movimentos econômicos que repercutem na forma de produção e de circulação de bens e serviços, funcionam como os principais propulsores de transformações sociais. Estas acontecem e são compreendidas, quase de forma uníssona, como processo de evolução inevitável.

Assim, por exemplo, ocorreu com a digitalização de músicas na atualidade e a acessibilidade de seus arquivos pela internet. Houve ampliação do mercado consumidor de forma inimaginável em décadas passadas, mas tem também relativizado sobremodo o controle de sua difusão e da comercialização dos direitos autorais, o que tem levado os interessados a investir muito mais na realização de espetáculos ao vivo, do que na produção de novos álbuns e mídias para venda.

Como é possível a regulação dos eventuais abusos ou cometimentos de crimes contra a propriedade intelectual, que transcendem as fronteiras e envolvem legislações diversas? Esse tem sido um dos desafios atuais, que não parece dar sinais de solução apenas pelos demais ramos do direito, para se preservar uma intervenção penal.

A regulação do direito digital não pode ser diversa nos países conectados em rede, pois a segurança e confiabilidade desse meio de integração e facilitação de transações econômicas é premissa fundamental para que haja pertencimento dentro dessa era tecnológica e inclusiva.

Como se pode, então, manter nessa seara digital, de modo exclusivo, uma responsabilização individualizada de condutas penais dos envolvidos em crimes de cunho econômico? Parece-nos inevitável que haja uma atuação sobre as empresas administradoras dos conteúdos divulgados na rede e a acessibilidade e controle sobre as transações realizadas, como medida necessária a ser estabelecida nas legislações penais.

Numa crítica ao modelo penal clássico para o enfrentamento da criminalidade econômica contemporânea, José Faria Costa⁶⁸, ao realçar a questão no modelo adotado em Portugal, atesta que, reconhecer a empresa como um núcleo essencial nas atuais sociedades contemporâneas, tem levado o direito penal e a criminologia a considerá-la como um ente capaz de produzir ou gerar fato ilícito dentro das seguintes perspectivas:

Uma criminalidade que se desenvolve à margem da empresa, não tocando, pois a própria empresa; b) a criminalidade que germina dentro da empresa contra a própria empresa; c) a criminalidade levada a cabo por pessoas da empresa contra outros membros da empresa, e, finalmente, d) a criminalidade que se projeta a partir da empresa.

Nessa mesma linha, observou Jorge de Figueredo Dias⁶⁹ que a discussão sobre a estrutura dos organismos sociais e de seu papel no pensamento penal, não quer significar uma releitura integral dos postulados defendidos por Welzel, mas que essa constatação implica o acompanhamento do desenvolvimento sócio-ontológico da estrutura social, que cabe à dogmática penal, como já alertava Claus Roxin.

Os doutrinadores portugueses, de forma lúcida, observaram que estabelecer a responsabilização penal da pessoa jurídica por mera questão de eficácia ou da necessidade de responder ao desenvolvimento das atividades econômicas, seria um embasamento meramente descritivo e não se sustentaria em face dos fortes argumentos contrários que alegam afronta aos princípios fundamentais do direito, especialmente ao juízo de censura éticossocial e de incapacidade de vontade e ação do ente coletivo.

O não enfrentamento dessas questões, por seu turno, tem levado, no âmbito da criminalidade econômica, a uma completa impunidade, denominada de irresponsabilidade organizada, pois se torna impossível estabelecer liame de causalidade entre as condutas individuais e o resultado produzido pela conduta do ente coletivo.

⁶⁸ COSTA, José Faria. A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade das pessoas coletivas, à luz do direito penal). *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, ano 2, n. 4, out-dez. 1992. p. 543.

⁶⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Resultados y problemas em la construcción de un sistema de derecho penal funcional y racionalmente final: Fundamentos de um sistema europeo del derecho penal*. Barcelona: J M Bosh Editor, 1995. p. 448.

Por isso é muito acertada a observação de Marta Machado⁷⁰ de que:

O intenso desenvolvimento técnico-científico da sociedade moderna foi responsável pelo considerável incremento das interconexões causais e da crescente substituição de padrões de ações individuais por padrões de ações coletivos, o que determinou a ramificação e a diluição das responsabilidades.

Para tentar contextualizar esse fenômeno fez ela uma classificação em dois tipos: a) resultados nocivos decorrentes de efeitos sinérgicos de ações individuais praticadas em massa; b) riscos de dano provenientes do funcionamento das organizações, sistemas e tecnologias altamente complexos, intrincados e com tarefas altamente compartimentadas.

Ante o exposto, torna-se relevante uma análise dos principais argumentos contrários à responsabilização penal das pessoas jurídicas, apresentando a compreensão de uma plausível adequação proposta pela moderna dogmática, da parte deste doutorando.

3.1 A COMPLEXA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DA PESSOA JURÍDICA

A vontade é elemento propulsor da atividade humana. Sua análise pela teoria do delito ocorre a partir de sua exteriorização, seja em forma de ação, seja na de omissão, conforme entendimento doutrinário irrefutável.

A vontade é concebida como faculdade, apanágio do ser humano, de querer, de escolher, de livremente praticar ou deixar de praticar certos atos.

Logo, apenas a pessoa humana, no exercício de seu psiquismo produz reflexões ou realiza condutas ajustadas a seu elemento volitivo e à sua capacidade de compreensão da ilicitude do fato e da conformidade dessa sua capacidade ao comportamento adotado.

Durante o processo evolutivo da teoria do delito, as que se utilizam da vontade, como fator propulsor para a conduta ilícita, perceberam que, para efeito de análise ou não da ocorrência de fato típico, haveria a necessidade de reunir aos aspectos psicológicos os normativos.

⁷⁰ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade o risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: *IBCCRIM*, 2005, p. 61-62.

Ora, se é evidente que os aspectos psíquicos estão relacionados exclusivamente ao homem ou à mulher, a vontade de uma organização composta e gerida por pessoas, estará vinculada às que a integram e que detêm a responsabilidade em definir os objetivos e metas a serem atingidas pela empresa, cabendo aos demais integrantes a realização das atividades necessárias.

Mas, se esse processo interno volitivo, indubitavelmente é fruto único da vontade humana, como no direito se reconhece a pessoa jurídica como detentora de uma vontade?

Na definição de Fábio Ulhoa Coelho⁷¹:

Pessoa jurídica é o sujeito de direito personificado não humano. É também chamada de pessoa moral. Como sujeito de direito, tem aptidão para titularizar direitos e obrigações. Por ser personificada, está autorizada a praticar os atos em geral da vida civil – comprar, vender, tomar emprestado, dar em locação, etc, independentemente de específicas autorizações da lei. Finalmente, como entidade não humana, está excluída da prática dos atos para os quais o atributo da humanidade é pressuposto como casar, adotar, doar órgãos e outros.

Nessa definição abrangente, a ressalva realizada quanto aos atos especificamente que dependam da condição de pessoa humana é, para nosso enfoque, o ponto crucial para que se possa falar sobre processo de manifestação de vontade da própria pessoa jurídica no âmbito penal.

Como ponto de partida, inicia-se pelo argumento de que não é a autonomia de vontade de integrantes de aparatos de poder organizado, na forma definida por Claus Roxin,⁷² o fator determinante para a execução de uma ação delitiva em proveito dessa estrutura que representa, sob o ponto de vista dogmático, desde que estejam presentes os seguintes requisitos: a) domínio da organização, que suplanta o domínio da vontade do autor imediato; b) fungibilidade do executor, utilizado como mera engrenagem do poder; c) limitação de que esse aparato esteja à margem do direito.

Nessa perspectiva, houve um julgamento no Supremo Tribunal da Alemanha (processo Eichmann) em que essa tese de Roxin foi aplicada no julgamento de guardas que

⁷¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito civil. parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 532.

⁷² ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 271.

atuavam na vigília da fronteira com a Alemanha oriental e que atiravam nas pessoas que buscavam transpor o muro.

Para Claus Roxin,⁷³ o argumento de justificação da defesa dos guardas sustentou que, mesmo se eles não quisessem obedecer à determinação de extermínio das pessoas, haveria o cumprimento dela por outros executores e, por isso, o crime não seria obra do indivíduo, mas do próprio aparato de poder.

Ressalte-se que Claus Roxin elencou como um dos requisitos para a verificação dessa hipótese de domínio de vontade que esses aparatos de poder atuassem à margem do direito, pois se a ação estivesse sendo praticada por uma organização regulamentada pelo direito, seria o caso de aplicação de uma causa justificadora da conduta antijurídica e não da ausência de vontade individual.

Mesmo com essa explicação acerca da necessidade de que o aparato de poder esteja à margem do direito, um primeiro questionamento que se apresenta em relação à adoção dessa análise sobre as pessoas jurídicas, é o de que, em muitos casos, as organizações criminosas se utilizam de empresas lícitas para a prática delituosa, principalmente no que se refere ao crime de lavagem de capitais.

Além disso, como salienta Paulo Busato⁷⁴, “muitas decisões são tomadas no âmbito dos colegiados, diluindo entre votos a tomada de decisões, intervenção que é mais próxima de preparação que de uma execução de ato punível.”

Outrossim, ao buscar subsídios para fundamentar a autoria e a participação em organizações empresariais, Bernardo Feijoo Sanchez⁷⁵ assevera que:

a organização empresarial moderna é uma realidade social emergente que não pode ser tratada, sem mais, como uma soma de indivíduos, constituindo uma nova realidade deles distinta. Tal obriga a uma reconstrução de estruturas de imputação concebidas para as pessoas atuando individual e isoladamente, insuficientes para determinar a eventual responsabilidade de quem atua no seio de determinada estrutura organizativa ou empresarial.

⁷³ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 273.

⁷⁴ BUSATO, Paulo. *Vontade penal da pessoa jurídica: um problema prático de imputação de responsabilidade criminal*. Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, ano 6, n. 12, abr. 2001, p. 174.

⁷⁵ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo José. *Autoria e participação em organizações empresariais complexas*. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 9, p. 27, jan/abr. 2012.

Além disso, na própria substituição do ser humano por máquinas, equipamentos e computadores, com a utilização desses instrumentos, possibilita-se a realização de ações programadas e ajustadas, em relação de tempo e espaço, colocando o lado volitivo que impregna as ações individuais ou coletivas, como deliberação de pessoa jurídica.

No processo valorativo dessa programação, além do tempo e espaço, a obediência às regras estabelecidas para a realização daquela atividade tem como principal escopo a ser alcançado, na visão econômica de pessoa jurídica, a redução de custos e falhas no processo de produção, para evitar qualquer diminuição no lucro.

Assim, tanto a área técnica como a de projetos, ao apresentar estudos de viabilidade e conformidade com as regras de direito estabelecidas, dependendo do tipo de atividade, podem estar lidando com variáveis ainda passíveis de observação mais aprofundada, o que vale dizer, de período de testes maior, antes de poder efetivamente colocar à disposição do mercado consumidor.

Apesar disso, como serve de exemplo lapidar para o que vem acontecendo no mundo contemporâneo, na realidade da indústria automobilística, com muita frequência, mesmo que tenha sido observado período inicial de estudos e acompanhamento das tendências do mercado, os novos modelos de veículos são lançados, linha de montagem em que se preservam as principais características de uma marca.

O modelo a ser lançado no mercado, na avaliação interna da empresa, será aquele que, ao ser apreciado pelo conselho deliberativo, conseguiu reunir, nas concepções de quem decide, os objetivos que a empresa pretende alcançar com o produto.

Esses objetivos a serem alcançados no mercado tem reflexos jurídicos e econômicos, pois, somente depois de ocorrências mal explicadas ou mal esclarecidas, resultantes em riscos ou acidentes ao consumidor e no ajuizamento de ações de reparação de danos, passou a haver conscientização por parte das empresas automobilísticas acerca dos direitos que as relações de consumo geram e obrigam o aumento de investimento em itens de segurança. A partir de então, as empresas atuam com sistema de *recall*, em que os produtos saídos de seus pátios com defeitos de fabricação, passaram a ser chamados para troca gratuita de peças.

Desse modo, se no plano econômico todas as variáveis levadas para deliberação eram favoráveis à colocação do produto no mercado, somente com a utilização e a ocorrência

de falhas, passou-se a perceber que, nessas deliberações dos colegiados, o nível de segurança não era tão preponderante quanto deveria.

A vontade da pessoa jurídica, nesse exemplo, não tem como ser individualizada, pois vários segmentos foram consultados e diversas variáveis foram colocadas na mesa, mesmo que não estivessem em conformidade com a expectativa de direito dos consumidores.

O que se evidencia é que, dentro de uma organização com certo nível de complexidade, não há apenas um elemento psíquico, quando se adota postura que venha representar a vontade do ente coletivo, mas, tal qual ocorre com a pessoa humana individualmente, na pessoa jurídica da realidade contemporânea da era da informação, os elementos psíquicos, devem se unir numa adequação às normas estabelecidas pelo direito para a atividade a ser desenvolvida.

Ante a realidade, adverte Feijoo Sanchez⁷⁶ nestes termos:

Pretender compreender normativamente as condutas dos que trabalham numa empresa de um prisma exclusivamente individual representa uma cegueira face à realidade. As soluções dogmáticamente adequadas estão interditas aos que se recusam a compreender a realidade social e, nesse domínio, pretendem resolver tudo numa visão atomista ou isolada das diversas condutas criminosas, ou como um problema de violação de deveres acrescido de relações de causalidade, sem ter em conta que os potenciais autores estão a atuar como parte de uma organização.

Por isso, defende-se nesta pesquisa que o influxo interno dos diversos setores da pessoa jurídica com a necessária obediência às regras a serem atendidas, torna a expressão da vontade do ente coletivo muito parecida com a manifestação de vontade da pessoa humana, no que concerne a exigibilidade de obediência ao direito.

Quando se avalia que, no direito civil se reconhece a condição da pessoa jurídica como sujeito de direitos e deveres, mas que tal fato não provoca nenhuma incompatibilidade sistêmica com esse reconhecimento, evidencia-se a diferença substancial em relação ao direito penal, pois evidentemente no direito civil é adotada uma responsabilidade objetiva.

⁷⁶ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo José. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 9, p. 36, jan/abr. 2012.

Entretanto, no direito penal edificado pelo Estado moderno, no princípio da legalidade, deve-se preservar uma responsabilidade fincada exclusivamente no princípio da culpabilidade, sendo esta exclusiva da pessoa humana.

Essa é uma premissa inarredável e que nenhum estudo dogmático pretende refutar, pois, na análise dos modelos de responsabilização penal, variadas foram as tentativas de construção de uma culpabilidade própria da pessoa jurídica, mas nenhuma visou à desconstrução do princípio da culpabilidade de verdadeiro sustentáculo do direito penal.

Mas, no que se refere ao elemento volitivo da pessoa jurídica, pode-se perceber sua ocorrência, mesmo que resultante das vontades humanas que foram decisivas na prática da atividade empresarial, mesmo que delas tenha se tornado independente.

Aqui reside um importante diferencial, porquanto compreender que a pessoa jurídica tem vontade autônoma, independentemente da vontade individualizada de cada um de seus dirigentes, é também premissa inafastável, pois senão, mesmo quando a vontade da pessoa jurídica vir a decorrer de deliberação à unanimidade de seus dirigentes, devidamente registrada em ata, ainda assim se levantaria o argumento de que ela não tem vontade própria, por ausência de elementos psíquicos.

A polêmica em torno dessa vontade fruto ou não de uma autorresponsabilidade, como se verá, ainda não foi superada e dificilmente será, visto que construir-se uma teoria de culpabilidade própria para a pessoa jurídica, independente do vínculo com seus dirigentes, nunca foi atingida, mesmo com todo o esforço até então desenvolvido.

Por outro lado, o princípio da igualdade, axioma da própria ideia de direito, obriga a aplicação da desigualdade para compensar o tratamento aos desiguais, conforme sustentava-se em trabalho anterior, em atividades em que predominantemente a prática delitiva ocorre por meio de pessoas jurídicas. Por isso não é razoável e justo deixar de punir, como ocorre na mesma situação com as pessoas físicas.

Aplicar meios de compensação para a prevalência do princípio da igualdade, é o desafio que a dogmática penal tem enfrentado no direito econômico, e nesse processo, é importante uma análise sobre a ação delituosa da pessoa jurídica.

3.2 A CAPACIDADE DE AÇÃO E A ADOÇÃO DA AÇÃO SIGNIFICATIVA

Em defesa desse tratamento igualitário entre os indivíduos submetidos ao direito, Carbonell Mateu⁷⁷ esclarece que:

Todos os sujeitos que intervém no âmbito vital e regulado pelo Direito – ou seja, que intervém nas relações sociais e no correspondente sistema comunicativo – devem estar submetidos às consequências jurídicas que implicam os descumprimentos. A mera existência das sociedades e seu reconhecimento jurídico, implica a necessidade de seu tratamento em regime de igualdade com o resto dos sujeitos submetidos ao Direito, também pelo direito penal.

Outrossim, mesmo que não seja o objetivo deste trabalho exercer crítica aos conceitos causal e finalista de ação, que, durante décadas, pauta o debate dogmático, não se pode desconhecer que o respaldo dado pelo causalismo às ciências naturais não possibilitou ao direito penal a segurança pretendida, com a análise da ação, tal como tudo aquilo que causa modificação do mundo exterior. Os argumentos do finalismo também foram insuficientes para aferir se a intenção de atingir o resultado reprovável, como principal centro de análise da presença da tipicidade, tenha alcançado uma concepção ontológica de ação.

Em ambos movimentos dogmáticos (causalismo e finalismo), é inegável a incapacidade de ação das pessoas jurídicas, haja vista a ausência de elemento psíquico que possa ser avaliado como propulsor da ação e direcionado a atingir resultado típico.

Pela análise desse viés causal-finalista, é possível, justo e completamente assertivo afirmar que as pessoas jurídicas são incapazes de praticar condutas delituosas.

Mas, quando se passa a compreender a ação delituosa em seu viés significativo, constata-se que o déficit dogmático causal-finalista, na fundamentada visão de Tomás Vives Antón⁷⁸ é derivado de razões internas ao direito penal:

Não se trata de que quem o havia cultuado tenha feito de forma defeituosa ou que um esforço adicional, possa vir a melhorar o legado recebido, até o ponto

⁷⁷ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: reflexões em torno de sua dogmática e sobre o sistema da reforma de 2010 do CP espanhol. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 133. p. 40, 2017.

⁷⁸ VIVES ANTÓN, Tomás. *Fundamentos del sistema penal*. 2. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011. p. 771.

de construir uma dogmática capaz de produzir uma interpretação da lei estável e segura ou dito de uma outra forma como prefere a academia, científica.

Na primeira edição de sua obra *Vives Antón*⁷⁹ afirmou que ação era, antes de tudo, o sentido de um suporte e não o suporte de um sentido, mas gerou diversas interpretações que o levaram na segunda edição, ao seguinte esclarecimento:

A concepção significativa da ação rechaça a ideia de um supra conceito de ação. Cada tipo de ação se delimita pela descrição que lhe dá a lei. Não há assim um primeiro elemento do gênero delito que pode ser identificado mediante as notas que comportam todas as ações, pois não há nada que seja comum a todas elas.

Acrescenta que:

O significado da ação (tipo de ação) que se adota como ponto de partida é o significado linguístico expressado na proposição legal. Disso deriva, primeiramente, que a compreensão desse significado não pode esconder-se ou fragmentar-se e também que seja possível uma capacitação instantânea.

Por isso, conclui que “aprender e compreender o significado remete, não a um conceito mais ou menos bem formulado, mas ao conhecimento das regras de uso das palavras e orações em que se expressa”.

Nessa linha de entendimento, esclarecem José González Cussac e Enrique Orts Berenguer⁸⁰ que Vives Anton promove um questionamento da ação dentro do direito penal, como consequência da concepção cartesiana, em que era entendida como movimento físico (corporal) e mental (vontade), apresentando como pressupostos da opção epistemológica da concepção significativa da ação: a) a primazia da ação; b) a primazia da linguagem; c) a primazia da liberdade.

Por isso, José González Cussac e Enrique Orts Berenguer explicam que a mudança de paradigma proposta pela concepção significativa da ação, “comporta um abandono de

⁷⁹ *Ibid.*, p. 779 *et. seq.*

⁸⁰ GONZÁLEZ CUSSAC, José. L.; BERENGUER, E. Orts. *Compendio de derecho penal*. Parte general. 7. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017. p. 186.

concepções ontológicas e uma troca de concepção da ação delituosa, que devem deixar de ser entendidas como um resultado do que as pessoas fizeram, para serem valoradas pelo significado do que fazem”.

Essa compreensão da ação pelo seu significado refaz a lógica cartesiana de que o conceito de ação depende de movimento corpóreo realizado, pois nem todo movimento corpóreo será compreendido apenas pelo próprio movimento. Quando se está passando por uma rua em que circulam veículos e em determinado momento uma pessoa na calçada levanta a mão estendida, esse movimento pode significar um simples aceno para algum conhecido, mas se essa pessoa for guarda de trânsito, o significado será a ordem de parar de trafegar, enquanto ele estiver com o braço estendido.

Na prática de conduta delituosa, como, em cada tipo penal, não existem padrões estabelecidos dos movimentos que podem ser tipificados, quando o discurso dogmático tradicional assim não reconheça, há mesmo necessidade de valoração do observador, independentemente do elemento volitivo norteador da ação da pessoa humana.

Para Carbonell Mateu⁸¹:

O sentido será atribuível a tudo aquilo que, de acordo com a nossa linguagem social e comunicativa, possa ser fonte de significado, ou seja, a tudo aquilo a que juridicamente decidamos outorgar de capacidade de comportamento, de decisão e de submetimento a normas. Se é preferível uma expressão mais contundente: todo sujeito de Direito que pode descumprir uma norma - que é todo aquele ao qual se pode exigir seu cumprimento - pode ser objeto de atribuição de um sentido e, por conseguinte, tem capacidade de ação.

Dessa forma, a pessoa jurídica reconhecida juridicamente como sujeito de direitos e obrigações tem capacidade de ação significativa do ponto de vista penal, pois suas decisões provocam movimentos corpóreos de pessoas humanas que agem em seu nome e proveito, dando significado ao resultado típico obtido.

Por isso, para que um fato assim seja reconhecido como violador de um tipo penal, a verificação não pode se restringir a uma mera análise do movimento corpóreo em si mesmo.

⁸¹ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: reflexões em torno de sua dogmática e sobre o sistema da reforma de 2010 do CP espanhol. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 133, p. 44, 2017.

Deve-se levar em conta a primazia da ação, desde que esta venha a revelar qual a sua significação em relação ao teor da norma penal violada e à liberdade do infrator em adequar seu comportamento em conformidade com o estatuído em lei.

Quando o direito passa a considerar a pessoa jurídica como capaz de infringir normas civis e administrativas, mesmo na ausência de um elemento psíquico, essa responsabilização objetiva é considerada plausível, porquanto se considera que os dirigentes da empresa adotaram decisões norteadoras da conduta.

Com a primazia da observância do significado da conduta da empresa em relação à violação de tipo penal, não será a ausência do elemento psíquico que implicará na retirada de sua responsabilização penal, desde que prevista no sistema constitucional vigente e que não haja violação do princípio da culpabilidade.

Nessa linha de entendimento, após abordar as tentativas de fundamentação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas pela transferência da culpabilidade da pessoa física ou da culpabilidade da própria empresa por defeito de organização, Carbonell Mateu⁸², ao identificar em ambas, deficiências que ainda não foram suficientemente superadas, explana a concepção da conduta delituosa da empresa por seu significado como fundamento da responsabilização penal das pessoas jurídicas.

Diz ele:

Se abandonamos o que poderíamos chamar o lastro do suporte físico e a dualidade cartesiana mente-corpo, que caracterizou as diferentes concepções em torno da ação e, na qual, seguem descansando os opositores - e também os defensores - da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, quando os primeiros a negam, e quando os segundos inventam estruturas culpabilísticas artificiais. Há ação nas pessoas jurídicas porque estas são sujeitos de direito reconhecidos como tais, suas tomadas de decisão estão submetidas a regras e podemos, portanto, dizer que significam que tem sentido ou, mais propriamente, que constituem um significado⁸³.

Para enfrentar a questão da culpabilidade, entende Carbonell Mateu que a concepção reprovativa da conduta, adotada por Vives Anton, é um terceiro momento de

⁸² CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: reflexões em torno de sua dogmática e sobre o sistema da reforma de 2010 do CP espanhol. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 133. 2017, p. 47.

⁸³ *Ibid.*, p. 53.

pretensão de validade da norma penal, quando o fato típico e antijurídico, para ter o significado de delituoso, precisa ser culpável para quem o praticou, a quem denominamos de autor.

Como já abordado nesse trabalho, frisa-se que a questão sistêmica envolvendo a constitucionalidade da responsabilização penal da pessoa jurídica no Brasil, já foi objeto de decisão judicial pela corte constitucional. Transfere-se, assim, para a dogmática, a apresentação das possibilidades jurídico-penais de considerar a prática de conduta típica atribuível ao próprio ente coletivo.

No entendimento atual esposado pelo Supremo Tribunal Federal, quando se afastou a tese prevalente até então nos julgados do Superior Tribunal de Justiça, de que as pessoas jurídicas só poderiam delinquir por meio de condutas humanas e individualizadas, conforme fundamentação do voto da ministra relatora, reforçou-se o argumento de que os atos da pessoa jurídica muitas vezes podem ser atribuídos a um conjunto de indivíduos e não tem como ser imputáveis a apenas uma pessoa física.

Conforme tem sido o entendimento praticamente pacífico na doutrina, a distribuição de competências no interior das organizações empresariais mais modernas impossibilita, não raras vezes, a identificação e respectiva imputação das infrações penais a um indivíduo específico, pois, nessas organizações e corporações mais complexas, ocorre descentralização e distribuição de atribuições, que inviabilizam a imputação a um ser individualizado.

Havendo a previsão sistêmica de autoria da prática delituosa pelas pessoas jurídicas na área ambiental, através da Lei 9605/98 é completamente razoável que se possa exigir responsabilidade das empresas em atuações preventivas que evitem a violação de bens jurídicos penalmente relevantes. Nessa perspectiva, a sanção penal tem, para as pessoas jurídicas, a mesma força coercitiva para as pessoas físicas e, por isso, é exigível pelo sistema penal que elas adequem seu comportamento de acordo com as prescrições legais.

Nesse ponto, Carbonell Mateu⁸⁴ assevera que falta às pessoas jurídicas, nessa vinculação de obrigatoriedade pessoal, a reprovação à dignidade, pois as empresas não a possuem, visto que apenas como imagem pode-se falar de dignidade da empresa, fundação ou sociedade.

⁸⁴ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: reflexões em torno de sua dogmática e sobre o sistema da reforma de 2010 do CP espanhol. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 133, p 54, 2017.

Então, destaca ele a necessidade de matização dessa responsabilização penal das empresas em relação aos conceitos dogmáticos tradicionais, na medida em que o comportamento exigível conforme o direito deve ser sopesado de acordo com a capacidade e competência de cada ente coletivo. E não há como se ter uma referência única como padrão.

Essa ponderação, ao invés de demonstrar diferenças com relação à responsabilidade das pessoas físicas, apresenta mais uma nítida similitude, porquanto na aplicação do princípio da culpabilidade e na própria análise dos pressupostos em que se fundamenta, a necessidade de uma análise individualizada da pessoa do autor do fato delituoso deverá ser a regra adotada pelo aplicador da norma penal às empresas autoras de delitos.

No sistema anglo-saxão, cuja adoção da responsabilização penal das empresas já vigora há muitos anos, a padronização das decisões é uma cultura que se justifica não apenas pela tradição e peculiaridades sistêmicas, como também pela demonstração de que lá, há muito, já foi superada a questão de identificar as empresas como sujeitos ativos de direito penal.

Destarte, com muito acerto conclui Carbonell Mateu⁸⁵ que, sendo aceitável essa concepção de conduta penalmente ilícita das empresas pelo seu significado,

Não só terão desaparecidos os obstáculos dogmáticos que se opunham à responsabilidade penal das pessoas jurídicas, mas esta deverá fundamentar-se de maneira idêntica – ou ao menos muito semelhante – a das pessoas físicas. A tutela de bens e interesses com relevância constitucional e a possibilidade de imputar penalmente os descumprimentos mais graves das normas que a procuram adequar às pretensões de relevância e ilicitude por um lado, e de obrigatoriedade pessoal (ou reprovação jurídica) por outro.

Para ele a ação e a culpabilidade, com a concepção significativa da ação, não representam o mínimo de inconveniência para afirmar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, uma vez que seria extremamente injusto e desproporcional dentro de um sistema jurídico, permitir a concorrência com as pessoas físicas, sem as empresas estarem submetidas às mesmas consequências jurídicas. Da mesma forma, traçar caminhos distintos, é penal para as pessoas físicas e administrativo ou civil para as empresas.

Esse entendimento é plausível na medida em que, como anteriormente exposto, as pessoas jurídicas, integradas por pessoas físicas, praticam condutas que são violadoras de tipos

⁸⁵*Ibid.*, p. 56.

penais. A partir dessa constatação, adotando-se a concepção da teoria significativa da ação, a análise da conduta praticada revela qual o significado que a violação do tipo penal apresenta como sendo um reflexo de uma conduta individual ou do próprio ente coletivo.

Nessa perspectiva, numa análise seguinte passa a ser averiguada a forma como a conduta foi praticada. Considera os elementos que revelam se a conduta do ente coletivo foi decorrente de deliberação de seu corpo dirigente ou se foi ação de um colaborador contra os próprios interesses da empresa.

Daí decorre a necessidade de autorregulação em que se definam valores, missões e regras de conduta a serem adotadas quando realizadas as atividades da empresa e a necessidade de supervisão eficiente para que, numa ocorrência reveladora de tipicidade, tais mecanismos sirvam para elucidar os fatos com maior nitidez.

Quando se utiliza o método causal-finalista, a rigidez de conceitos baseados em movimentos físicos ou relacionados com a dualidade entre mente e corpo excluem a possibilidade da pessoa jurídica criminosa. Mas a grande incidência de casos envolvendo ações da empresa e o clamor social por maior atuação preventiva estatal têm demonstrado à exaustão a necessidade de melhor compreensão dos elementos integrantes da conduta e produtores um resultado típico, antijurídico e culpável.

A concepção significativa da ação, como exposta por Vives Anton não apresenta novo conceito de ação, mas aponta nova forma de compreensão da conduta em que a valoração de seu significado passa a ser mais importante do que a análise dos elementos internos que a motivaram, até porque, nessa análise dos elementos internos, o próprio direito penal tradicional enfrenta enorme dificuldade de análise e reprovação,

Fica evidenciado então, com a concepção significativa da ação que a pessoa jurídica deve seguir regulação própria em suas atividades, através de programas de cumprimento que não apenas apontem proposta de atuação teórica, mas que possam ser praticados como rotina interna, e que estejam alinhados com as leis e decretos regulamentadores da atividade de forma geral.

3.3 O ATUAR DAS EMPRESAS CONFORME AS REGRAS DO DIREITO

As organizações empresariais, desde seu nascedouro, têm como propósito o exercício de uma atividade lícita. Essa é uma imposição do direito, pois, caso não haja em seu

contrato social a definição de seu objeto, que deve estar em necessária conformidade com o ordenamento jurídico, sequer terá a empresa o reconhecimento do direito de sua personalidade jurídica.

Eis porque não podem as empresas prescindir do alinhamento de suas regras internas aos ditames legais, para que o direito venha assegurar-lhes a capacidade jurídica de atuar com nome próprio, poder contratar, criar relações jurídicas e passar a usufruir de direitos e deveres, no exercício de suas atividades. O limite a ser observado, na autonomia da liberdade da empresa, é aquele que for estabelecido como lícito e regular pelo direito.

Esse dever de atuar em consonância com os ditames da lei é imperativo, apesar de as pessoas jurídicas não possuírem o elemento volitivo, a consciência e capacidade de ação, nos modelos dogmáticos das escolas causal e finalista, pois, como no tópico anterior, dentro da concepção da teoria da ação significativa, as empresas tornam-se autoras de delito, posto que a conduta típica pode ser atribuída ao próprio ente coletivo. Adequar o pensamento dogmático a esse novo trilhar, através de atualização dos conceitos jurídico-penais, é evitar uma nefasta irresponsabilidade organizada.

Por isso, os juristas compreenderam, há muito tempo, a necessidade de se estabelecerem limites de atuação para prevenir condutas delituosas na atuação empresarial, como reforço ao indispensável vínculo de obediência às normas legais estabelecidas, nas atividades da pessoa jurídica.

Destarte, um dos maiores cultores do direito penal econômico, Klaus Tiedemann⁸⁶ já defendia o estabelecimento de códigos éticos para as empresas: “Depois do escândalo da Exxon, as empresas multinacionais se viram obrigadas a cumprir com determinadas linhas de conduta, principalmente em relação a medidas anticorrupção das empresas em relação a funcionários estrangeiros.”

Preocupada com esses escândalos econômicos bilionários e a ausência de regulação internacional que uniformizasse as sanções aplicáveis às empresas responsáveis, a Organização das Nações Unidas (ONU) elaborou diretrizes para que os países membros adotassem regramento de prevenção e repressão contra as empresas transnacionais.

⁸⁶ TIEDEMANN, K. *Lecciones de direito penal econômico*. Barcelona: PPU, 1992. p. 229.

Entretanto, a experiência da Alemanha de estabelecer esses códigos éticos, não foi muito exitosa, conforme relatado por Tiedemann,⁸⁷ visto que na adoção de linhas de conduta para uso das informações privilegiadas, a sanção mais grave consistia na perda do lucro obtido na operação. Tal sanção não surtia, assim, o efeito desejado, de que efetivamente não fossem adotadas, na atuação regular das empresas, ações ou omissões violadoras da lei.

Uma das alternativas a essa ineficácia apontada por Tiedemann seria a adoção de sanções administrativas dentro do campo da delinquência empresarial econômica, indubitavelmente mais célere que a penal, mas, em compensação, suscetível a mitigações e à influência política.

A Alemanha adota, ainda hoje, responsabilização administrativa das empresas, através de um direito sancionador denominado de Ordnungswidrigkeitenrecht, que possui autonomia legislativa e, segundo Alaor Leite⁸⁸, não prevê uma responsabilidade objetiva. Estabelece como:

delito autônomo a violação do dever de vigilância que superiores hierárquicos possuem em relação aos subordinados, de modo a evitar ou dificultar que estes cometam delitos ou infrações relacionadas à atividade da organização empresária. Como se vê, essa forma de responsabilização da pessoa jurídica apoia-se declaradamente na atuação de pessoas naturais, aproximando-se do que se conhece por modelo de imputação ou de heterorresponsabilidade.

A sanção pecuniária está prevista no § 30 OwiG, e pode chegar a dez milhões de euros, mas, nos casos de cartéis, ainda podem ultrapassar esse valor. É aplicada por órgão da administração e tem a possibilidade de recurso ao Judiciário.

Mas, o debate na Alemanha ainda persiste, com iniciativas de responsabilização penal das empresas, como ocorreu em 2013, através de Projeto do Estado de Nordrhein-Westfalen, que sofreu resistências e foi perdendo forças, sob dois principais argumentos, apontados por Alaor Leite⁸⁹.

O primeiro, de natureza fundamental, que é o princípio da culpabilidade, que tem sido consolidado pela Corte Suprema Alemã, e em segundo plano, a compreensão de que a

⁸⁷ *Ibid.*, p. 230.

⁸⁸ LEITE, Alaor. *Observações provisórias sobre a responsabilização penal das pessoas jurídicas*. In *Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas*. Rio de Janeiro: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 78-79.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 80.

punição pelo direito penal das pessoas físicas integrantes da organização, aliada à imposição de sanção administrativa para a empresa. Ambos os argumentos completariam, de forma satisfatória, a proteção dos bens coletivos.

Entretanto, sobre essa questão da proteção do bem jurídico, salienta Marta Machado⁹⁰ que a própria acepção de bem jurídico vem passando por crise profunda que: “acaba por questionar sua função mais significativa, qual seja, a de legitimar e delimitar a intervenção penal, principalmente, pela incorporação de bens jurídicos supraindividuais, imprecisos ao espectro jurídico-penal.”

Outrossim, para Gracia Martín⁹¹, em crítica bem fundamentada com o discurso da Escola de Frankfurt, a característica principal e essencial da intervenção penal na criminalidade econômica seria marcada por violações dos princípios e garantias jurídico-penais inerentes ao Estado de direito. Dentre essas violações, estariam, acima de tudo, aquelas relacionadas a esse princípio da proteção exclusiva de bens jurídicos e da subsidiariedade ou *ultima ratio*.

Realmente, o respeito às garantias individuais e a proteção a bens jurídicos consagrados são pontos cruciais para avaliar a intervenção penal na criminalidade econômica.

Entretanto, não estamos desenvolvendo a presente argumentação em busca de maior efetividade, até porque seria difícil essa mensuração. Mas, a pesquisa tem revelado que a adoção de responsabilização administrativa ou penal é inevitável no mundo globalizado.

A principal crítica às responsabilizações administrativa ou penal reside também na inobservância do respeito ao princípio da culpabilidade, como marco fundamental, o que foi muito bem enfatizado no trabalho de Gracia Martín.

Ressalte-se que, conforme exposto por Alair Leite, na responsabilização administrativa das empresas alemãs, adota-se o modelo de heterorresponsabilidade, que sofre também a crítica de ser uma espécie de responsabilidade em nome de outrem.

A Espanha antes da reforma penal de 2010, adotava uma espécie de sanção administrativa, embora também estivesse prevista no Código Penal.

⁹⁰ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis: *Sociedade o risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: *IBCCRIM*, 2005. p. 106.

⁹¹ GRACIA M. L. Concepto categorial teleológico y sistema dogmático del moderno derecho penal económico y empresarial de los poderosos. *Revista para El Analisis Del Derecho*. Barcelona, n. 3, p. 12-13, jul. 2016.

Por isso, na proposta almejada neste trabalho, leva-se em consideração a real necessidade de intervenção penal ou a possibilidade de responsabilização administrativa, como no caso da experiência da Alemanha e Itália já ser suficiente para uma resposta estatal.

Na perspectiva da crise ressaltada por Marta Machado⁹², a teoria do bem jurídico vem sofrendo mudança de paradigma, abdicando de uma objetividade material e de um eixo de referência de proteção aos bens individuais para direcionar sua atenção na necessidade de tutela de bens coletivos, universais, cada vez mais vagos e abstratos, em processo denominado de desmaterialização do bem jurídico.

Desse modo, nos segmentos em que a atividade empresarial estiver relacionada com atuação em que se verifica maior exposição a riscos desses bens jurídicos coletivos, as ações ou omissões violadoras certamente não estarão derivadas de relação de causalidade, mas sim da incriminação de condutas, significativas de defeito organizacional, mesmo que ainda não tenha havido dano concreto.

Ocorre, todavia, que essa transformação da teoria do bem jurídico não ocorre apenas e tão somente por força da criminalidade econômica, mas também por necessidade da tutela penal clássica ou tradicional, como serve de exemplo a tipificação dos crimes de perigo, dos delitos de trânsito, etc.

A imposição de multas pecuniárias altas e mais céleres na responsabilização administrativa funciona como argumento da desnecessidade de intervenção penal, mas deve ser analisada no mesmo contexto da alegação de que a defesa da tutela penal sobre a criminalidade econômica teria um mero efeito simbólico.

Assim, a análise da lei brasileira 12.846/13 – Lei Anticorrupção, revela-se interessante para podermos perceber se essa responsabilização já não atenderia satisfatoriamente a demanda de regulação estatal.

Essa lei anticorrupção foi editada no contexto da realização de eventos internacionais aqui no Brasil, como a Copa do Mundo de Futebol e as Olimpíadas, em atendimento às diretrizes a Convenção das Nações Unidas contra a corrupção (ONU), da Convenção Interamericana de Combate à Corrupção (OEA) e a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da

⁹² MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade o risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: *IBCCRIM*, 2005. p. 106.

Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), além de grande movimento popular, iniciado em São Paulo, reivindicando uma redução da tarifa de ônibus, que levou milhares de pessoas às ruas em manifestos contra a corrupção.

Essa lei, nos comentários de Patrícia Toledo Campos⁹³, prevê responsabilidade objetiva da pessoa jurídica em seu artigo 1º, pelos atos lesivos praticados em desfavor da administração pública. Assim, não é necessário comprovar a culpa ou o dolo de agentes específicos, mas simplesmente a atuação genérica da empresa inclinada à fraude, sem necessidade de individualização de conduta ou comprovação do elemento subjetivo de pessoas a ela vinculadas.

Dessa forma, na Lei 12.846/13, enquanto a pessoa jurídica é responsabilizada objetivamente pelos atos ilícitos praticados, os dirigentes e administradores da pessoa jurídica penalizada terão suas condutas analisadas sob o prisma da responsabilidade subjetiva, pois a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de quaisquer pessoas naturais.

Esclarece Patrícia Campos⁹⁴ que, na esfera administrativa, as sanções aplicáveis às pessoas jurídicas responsáveis pelos atos lesivos são multa e publicação extraordinária da decisão condenatória. Por sua vez, na esfera judicial, as sanções consistem em perdimento de bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, suspensão ou interdição parcial de suas atividades, dissolução compulsória da pessoa jurídica e proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público.

Essa lei anticorrupção trouxe em seu bojo a definição dos atos lesivos, passíveis da aplicação de sanções administrativas à pessoa jurídica, com a definição de critérios para dosagem. Ressalte-se que outras leis brasileiras também possuem essa previsão, quais sejam as leis nº. 12.529/20112, nº. 8.666/1993 e nº. 8.429/1992.

⁹³ CAMPOS, Patrícia Toledo. Comentários à Lei 12.846/2103: Lei Anticorrupção. *Revista Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 163, 2015.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 167.

As sanções administrativas previstas na Lei Anticorrupção foram a pena de multa e publicação extraordinária da decisão condenatória, as quais poderão ser aplicadas isoladas ou cumulativamente e não excluirão a obrigação da reparação integral do dano causado.

No que concerne à multa, o legislador limitou sua aplicação entre 0,1% (um décimo por cento) e 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, prevendo que nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação e declarou que a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), quando não for possível utilizar o critério do faturamento bruto da pessoa jurídica.

Por todos os argumentos relacionados à discussão dogmática da responsabilização penal da pessoa jurídica, percebe-se com nitidez solar que a responsabilização administrativa, tal qual positivada na Lei 12.846/13, não atinge todos os propósitos da regulação estatal na criminalidade econômica.

Mesmo que o seu objeto fosse ampliado para outros delitos econômicos e não apenas para a corrupção, o clamor das ruas que estimulou sua edição no Brasil não foi suficiente para inibir ou prevenir a prática de condutas delituosas por pessoas jurídicas nacionais e estrangeiras, seja na construção das arenas de futebol, seja na venda de ingressos, como se evidenciaram nas investigações até então desenvolvidas.

Não se trata de verificação de efetividade, como já se observou, mas de carência de atuação estatal em face de movimento cada vez mais evidente do elevado poder das grandes empresas sobre a legislação estatal e do controle do poder econômico sobre as decisões políticas.

Além da ausência de fronteiras no mundo globalizado, as elevadas transações econômicas e o aumento de capacidade produtiva são realizados em espaços reservados aos donos do poder, que se articulam junto aos grupos que integrantes do conselho deliberativo e aprovam suas iniciativas geradoras de mais lucros, apesar dos riscos com a segurança e dos alertas e movimentos de proteção aos direitos humanos, ambientais e políticos.

Deixar de adotar a responsabilização penal, após o transcurso de tantas tragédias anunciadas, como tem acontecido ao longo dos anos, como servem de exemplo o desmoronamento da barragem de Mariana em novembro de 2015, com 62 milhões de metros cúbicos de rejeitos espalhados inclusive no rio Doce, com 19 mortes, e agora, em 2018, em Brumadinho, também no Estado de Minas Gerais, com mais 165 mortos ou desaparecidos e

dano ambiental e social de difícil mensuração, é omitir-se no papel de jurista e questionador da função do direito, enquanto forma de regulação da convivência plural, humanitária e justa.

Segundo divulgação pela mídia⁹⁵, após a adoção de nova política de mercado e dividendos em 2017, as ações da Mineradora Vale, considerada a terceira maior do mundo, valorizaram-se em 83% e atingiram valor aproximado de mercado de R\$ 300 bilhões.

A discussão econômica que se estabelecida em torno de tais tragédias decorrentes ou não do processo de privatização, são muito mais contundentes no aspecto político do que no jurídico. Contudo, a análise jurídica é que nos interessa nessa abordagem, porquanto é certo que a iniciativa privada não tem, como foco principal, outra coisa senão auferir lucros cada vez maiores, também é correta a afirmação de que o ente político se utiliza das empresas estatais como fonte capitalizadora para aumentar suas fontes de renda e manter a estrutura de poder.

Assim, defende-se neste trabalho que não pode mais o direito penal permanecer numa redoma, preservando-se para que em algum dia possa vir a ser acionado, pois entende-se que essa hora de intervenção penal efetivamente já chegou, como nos países anglo-saxões desde sempre e na maior parte da Europa Continental e América Latina.

3.4 A CULPABILIDADE DIFUNDIDA NUMA AUTORIA COLETIVA

A abordagem acerca do princípio da culpabilidade é, indubitavelmente, o ponto mais difícil desta pesquisa, na medida em que a própria ideia de responsabilização penal das pessoas jurídicas já enfrenta, de partida, com muito acerto, a oposição contundente de que tal iniciativa afronta o princípio da culpabilidade, haja vista ser esse um princípio fundamental ao direito de punir e por ser concebido essencialmente como de natureza individual, pessoal e, até então, visto unicamente como passível de atribuição exclusiva à pessoa humana.

Em relação ao processo evolutivo da culpabilidade, neste trabalho, parte-se do finalismo, que, ao retirar os elementos subjetivos da culpabilidade e transportá-los para a tipicidade, não apenas conseguiu agregar na ideia de violação de um tipo penal, a presença de

⁹⁵ FERNANDES, Leonardo; PINA, Rute. Histórico de violações da Vale vai muito além de Mariana e Brumadinho: terceira maior mineradora do mundo, empresa tem trajetória marcada por crimes contra o meio ambiente e comunidades. *Brasil de fato*, São Paulo, 29 jan. 2019. Disponível em: <http://www.brasildefato.com.br>. Acesso em: 14 fev. 2019.

elementos volitivos anteriores à prática da conduta, mas também deixou, como sendo análise de natureza normativa pura e elemento crucial para a aferição da culpabilidade, a capacidade do autor do delito de poder atuar de outro modo.

Para Sebastian Mello⁹⁶, Welzel, quando elaborou o conceito finalista,

Seu ponto de partida era a vinculação do Direito a estruturas lógico-objetivas, isto é, estruturas do ser, tais como aparecem na realidade. Welzel, então, constrói uma Teoria do Delito a partir das referidas estruturas, indo ao âmbito do ontológico, cujo centro está no conceito de ação, que não é mais um conceito causal, e sim um conceito final, o qual reestrutura todo o sistema do delito.

As principais críticas ao finalismo, segundo Sebastian Mello⁹⁷, não estão baseadas em questionamentos ao conceito normativo de culpabilidade e à definição de seus elementos (imputabilidade, possibilidade de conhecimento do injusto e exigibilidade de conduta diversa), pois: “os aspectos formais da culpabilidade finalista foram adotados pelo pensamento penal que o sucedeu.”

A crítica à concepção finalista de culpabilidade refere-se a seu paradigma hermético de construção dogmática, indiferente à política criminal e, sobretudo com base, “no fundamento da culpabilidade: na liberdade de agir conforme o sentido, que termina no conceito de: poder atuar de outro modo.”

Essa compreensão do finalismo, esposada por Hans Welzel, acerca do livre arbítrio da pessoa humana, no pleno exercício de sua capacidade de pensar e fazer escolhas, promoveu releitura do postulado kantiano do imperativo categórico de obediência à lei. Assim, Welzel⁹⁸, na busca de um aprimoramento científico da visão kantiana, estabeleceu divisão em planos, que denominou: antropológico, caracterológico e categorial.

No plano antropológico, a pessoa humana revela seu modo de agir e sua capacidade de conter seus próprios instintos dentro do convívio social, norteados por suas escolhas por seus valores e princípios de vida, ou seja, a influência genética e a orientação familiar servirão como

⁹⁶ MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. *O conceito material culpabilidade*. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 156.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 168.

⁹⁸ WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*. Montevideo-Buenos Aires: IbdeF, 2004. p. 134-135.

alicerce em sua condição de aceitar ou não o que seu instinto direcionou-o a fazer, quando surge interesse, desejo, aspiração ou paixão que lhe cegam os sentidos.

No plano caracterológico, evidencia-se que a pessoa humana se utiliza de capa protetora no convívio social, uma vez que ninguém se apresenta para o outro como realmente é, seja pelo receio do julgamento alheio de suas fragilidades, seja como recurso para que seja aceito pelo grupo. Age assim, com uma espécie de autocontrole para se conter, não mais pelos seus princípios e valores, mas sim pela finalidade a que se propõe atingir, seja no campo do prestígio social, seja na realização dos sonhos produzidos ao longo de sua vida, individualmente ou pelas influências que recebeu, e que foram determinante na formação de seu caráter e personalidade.

Quanto ao plano categorial, seria uma forma de fundamentar a própria existência do direito penal, pois nele se encontram os elementos reforçativos da ideia de indeterminismo das escolhas, em respeito às peculiaridades de cada indivíduo, no processo de adotar um comportamento em face das circunstâncias em que ele se encontra, tanto no que se refere ao nível interno, quanto à influência externa.

Nesse último plano, não se alcançou uma esperada conclusão em relação aos planos anteriores, pois diferentemente do Século das Luzes, em que a racionalidade parecia ter apresentado respostas para todos os problemas, no período entre guerras, em que se desenvolveu o finalismo, as características individuais não possibilitavam uma classificação em categorias, evidenciando-se influência do meio social, que passou a ser mais focado no funcionalismo.

Para Claus Roxin⁹⁹:

o poder atuar de outro modo não se mantém com essa concepção, apesar de sua plausibilidade teórico-cotidiana. Pode-se até aceitar que se baseia numa premissa não demonstrável do livre-arbítrio, mas naqueles limites relativamente estreitos, em que os seus partidários a defendem, pois um determinismo estreito, apesar de empiricamente verificável, é também praticamente inviável. Entretanto, essa concepção fracassa, pois nem mesmo, sob o fundamento de uma liberdade de decisão teoricamente concebível, o poder atuar de um outro modo do sujeito individual, no momento do fato, é suscetível de uma constatação científica”.

⁹⁹ ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Madrid: Civitas, 2003. t.1. p. 799.

Na linha dessa impossibilidade de comprovação científica, Roxin alega que os defensores da concepção finalista, com intuito de reforçar sua aceitação, passaram a fazer uma analogia entre o comportamento do indivíduo que podia agir de outro modo, e uma figura hipotética, o que também é inaceitável, pois, além de não ser razoável exigir-se de alguém reprovação moral baseada noutras pessoas, essa alternativa abandona o ponto de partida de que o próprio sujeito exerce seu livre arbítrio.

Assim, defende Sebastian Mello¹⁰⁰ que “se o caminho para a culpabilidade jurídica parece ser uma tendência contemporânea, o mesmo não pode ser dito entre as relações entre culpabilidade com a liberdade e a igualdade, e entre culpabilidade e prevenção”.

Para ele “a concepção de liberdade continua ocupando relevante espaço no pensamento acadêmico sobre culpabilidade”, mesmo que não seja na defesa de em indeterminismo puro, como ocorria no final do século XIX. Defende também que: “a referência à liberdade é obrigatória, seja para confirmá-la, para negá-la, para discutir sua irrelevância ou a impossibilidade de conhecê-la”.

Trilhando nessa mesma linha de pensamento, foi trabalhada a ideia inicial de liberdade, como sentimento pessoal e interno, manifestado em cada indivíduo, que possui sua própria liberdade de pensamento, de opinião, de vontade, de ação ou de inação, a partir de sua concepção subjetiva, de sua capacidade reflexiva, proporcionada pela utilização de seus sentidos em relação ao ambiente em que vive, à forma como interage com as outras pessoas, independentemente de valoração externa.

Quando, no entanto, se compreende a liberdade como concessão externa, isto é, como alguma forma de autorização para que seja efetivada como tal, esta perpassa pela conformação do exercício de outras liberdades individuais, em que haja uma necessária compreensão de que nenhuma liberdade deverá suplantar a do outro, pois não deve haver hierarquização de liberdades.

Para Robert Alexy¹⁰¹ o conceito de liberdade jurídica pode ser compreendido de duas formas: a) como uma manifestação especial dentro de uma concepção mais ampla de

¹⁰⁰ MELLO, Sebastian. Borges de Alburquerque. *O conceito material de culpabilidade*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2009. p. 313.

¹⁰¹ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 211.

liberdade, pois é desta maneira que se origina; ou b) basear-se diretamente do conceito que lhe é constitutivo enquanto direito, qual seja, como uma permissão jurídica.

Realça Robert Alexy que diferentemente de um conceito filosófico de liberdade, que exigiria uma ampla análise jurídica, social, política e moral, a concepção jurídica da liberdade pode ser analisada sobre as perspectivas positiva e negativa.

Assim, enquanto expressão positiva, a liberdade é compreendida no sentido de que o indivíduo pode realizar a ação que quiser. Ressaltou o autor que ocorre uma preferência geral por essa forma de compreensão da liberdade, tendo em vista consistir ela num forte poder persuasivo na identificação de sua própria essência enquanto direito.

Por outro lado, numa perspectiva negativa, a liberdade seria compreendida como relação dialética entre a pessoa e o impedimento de fazer algo que pretendesse. Exemplificando essa forma de liberdade negativa, cita que, se algum país desejasse impedir que determinado cidadão fosse visitar alguém residindo no exterior, tal proibição poderia ocorrer de uma maneira direta, com a determinação de impedimento de compra de moeda estrangeira para aquele portador de CPF - cadastro de pessoa física, de compra de passagem aérea ou, ainda, com a incorporação de forma obrigatória desse cidadão na carreira militar.

Portanto, a pessoa é livre, em sentido negativo, quando não lhe são vedadas alternativas de ação. Entretanto, nesse conceito de liberdade negativo, não se diz nada acerca do que deve fazer uma pessoa livre, mas há uma delimitação acerca das condições em que lhe são conferidas as alternativas de fazer algo.

Por isso, a liberdade positiva e a negativa se diferenciam somente porque na primeira o objeto da liberdade é exatamente uma ação, enquanto que na segunda, há uma alternativa de ação.

Na busca de conceito material de culpabilidade, Sebastian Mello¹⁰² defende que a conceituação da liberdade como ficção é necessária, e conclui: “a concepção jurídica de liberdade como um direito fundamental, é estreitamente atrelada ao princípio jurídico da dignidade da pessoa”.

Nesse sentido, em seu substancial trabalho, ele desenvolveu uma concepção material de culpabilidade, asseverando que: “a textura aberta dos direitos fundamentais no

¹⁰² MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. *O conceito material de culpabilidade*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2009. p. 313.

constitucionalismo moderno, demanda uma compreensão do direito por intermédio dos princípios¹⁰³”.

Para ele, nessa concepção de culpabilidade, a celeuma acerca do poder atuar de outro modo, com adequação à concepção normativa, tanto do finalismo, como do pós-finalismo sobre a culpabilidade, poderá ser compreendida somente com o respeito e a proteção à dignidade humana, um princípio jurídico, mesmo implícito, da ordem jurídico-constitucional: “não só com a dignidade humana, mas com os direitos fundamentais de liberdade e igualdade a ela inerentes”.

Assim, percebe-se, no âmbito da análise técnico-jurídica da teoria do delito, que a culpabilidade é compreendida como garantia individual inafastável da pessoa humana, dentro de um viés normativo, mas em visão teleológica.

A compreensão dessa circunstância, por sua vez, tem exercido influência direta no processo evolutivo dogmático, resultando numa maior aproximação com a política criminal.

Por outro lado, a fragilidade da pretensa concepção ontológica, visada pelo finalismo, possibilitou também, no entendimento deste pesquisador, uma nova avaliação da questão da criminalização das empresas, na medida em que a responsabilização penal passou também a ser diretriz de política criminal.

Ao abordar o tema da vontade penal da pessoa jurídica, Paulo Busato¹⁰⁴ atestou, com muita propriedade, que: “o problema a ser tratado na existência de ações típicas onde se expressa claramente uma vontade criminosa que não pode ser atribuída a nenhuma pessoa individual e que, à vista só do princípio *societas delinquere non potest*, deixamos de atribuir às pessoas jurídicas”.

A consequência da prevalência desse axioma dogmático, como impeditivo de abordagem da responsabilização penal das empresas, tem levado, como já referido neste trabalho, a uma irresponsabilidade organizada. Isso já pode também ser transformado em novo dogma para os juristas contrários a sua adoção.

Busato¹⁰⁵ enfoca três caminhos a serem seguidos pela doutrina:

¹⁰³ *Ibid.*, p. 201.

¹⁰⁴ BUSATO, Paulo. Vontade penal da pessoa jurídica: um problema prático de imputação de responsabilidade criminal. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, ano 6, n. 12, p. 166, abr. 2001.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 168.

a) a intervenção penal nos novos postulados da sociedade de riscos, amparada pelas construções de Gunther Jakobs, justificada pela desestabilização do sistema gerada, pela desobediência à norma;

b) a criação de direito sancionador intermediário entre o direito penal e o administrativo, que se ocuparia da intervenção nesses novos campos, como a manipulação genética, o meio ambiente, etc, deixando o direito penal em seu campo de atuação tradicional, como quer Hassemer;

c) a manutenção do direito penal garantista tradicional, fazendo reinterpretação de suas categorias de modo a adequá-las à atual realidade, sem perda de garantias fundamentais, como quer, entre outros, Claus Roxin.

Comungamos do mesmo pensamento de Paulo Busato, quanto à preferência pela terceira alternativa, razão pela qual, desde o início desta pesquisa, destacou-se a importância da política criminal, como diretriz para se alcançarem os instrumentos dogmáticos adequados à essa necessidade estatal contemporânea, sem que haja qualquer retrocesso no sistema de garantias individuais, tão arduamente conquistados.

A crítica muito bem fundamentada a esse movimento pode ser sintetizada na argumentação de Feijoo Sanchez¹⁰⁶ após descrever a incompatibilidade existente no respeito ao princípio da culpabilidade, que deriva do princípio da responsabilidade pessoal, com a atribuição de responsabilidade penal em nome de outro, como ocorre no sistema da heterorresponsabilidade.

Para esse estudioso¹⁰⁷:

As iniciativas de reformular o princípio da culpabilidade com relação às pessoas jurídicas ou de dar um tratamento distinto daquele dispensado às pessoas humanas, não conseguiram superar a falta de equivalência material com a culpabilidade, em seu sentido tradicional, nem as objeções de que isso representaria um retorno, a uma mera responsabilidade objetiva, que é incompatível com o princípio da culpabilidade.

¹⁰⁶ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo José. Culpabilidad y punición de personas jurídicas? In: CUELLAR, Jaime Bernal et al. (Org.). El funcionalismo en derecho penal: Libro Homenaje al Profesor Gunther. Jackobs, Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2003. v. 1. p. 355.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 355.

Entretanto, esse autor defende que as responsabilidades administrativa ou penal das pessoas jurídicas possuem pressupostos distintos e, por isso, na época da exposição desse trabalho, destacou-se que, no modelo espanhol, a previsão era a de aplicação de sanções administrativas.

Ocorre, todavia, que a situação na Espanha modificou-se, assim como muitas das fundamentações doutrinárias, que atualmente estão procurando compatibilizar ou demonstrar a plausibilidade da responsabilidade penal das empresas,

A fundamentação da ocorrência de defeito de organização na empresa, idealizada por Klaus Tiedemann, foi destacada por Feijoo Sanchez¹⁰⁸, mas dentro de uma perspectiva de aplicação de sanções administrativas.

Nessa linha de entendimento, o defeito de organização vincularia a responsabilidade do ente coletivo, conforme fosse decisivo para a ocorrência de delitos econômicos. Nesse caso, a autoria de tais delitos poderia ser atribuída à facilitação ou favorecimento que a omissão na adoção de medidas preventivas, por parte da empresa, tivesse sido determinante na ocorrência do resultado típico. Principalmente, quando se levasse em conta que caso tivessem sido implementada, tempestivamente, como indispensáveis à realização do próprio objeto da atividade empresarial regular, poderiam evitar uma violação do bem jurídico penalmente tutelado.

Alegou Feijoo Sanchez que uma estratégia dessa característica seria própria do direito administrativo, sendo ilegítima para o direito penal, que somente pode vir a atingir seus objetivos preventivos, se houver retribuição que respeite o princípio da culpabilidade.

A ideia de culpabilidade da própria empresa, com fundamento em defeito de organização, foi desenvolvida pela teoria construtivista de Gomez-Jara, da qual oportunamente será feita uma abordagem neste trabalho analisando o modelo da autorresponsabilidade.

Ao realizar análise sobre essa proposta construtivista de culpabilidade da própria empresa, Busato e Reinaldet¹⁰⁹ alegam que houve trabalhos precedentes à tese construtivista,

¹⁰⁸ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo José. Culpabilidad y punición de personas jurídicas? In: CUELLAR, Jaime Bernal *et al.* (Org.). *El funcionalismo en derecho penal: Libro Homenaje al Profesor Gunther. Jackobs*, Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2003. v. 1. p. 358.

¹⁰⁹ BUSATO, Paulo Cesar; REINALDET, Tracy Joseph. Crítica ao uso dogmático do compliance como eixo de discussão de uma culpabilidade de pessoas jurídicas. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO Paulo Cesar (Coord), DAVID, Décio Franco. (Org.). *Compliance e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 42-45.

que também atribuíam a culpa dos entes coletivos ao comportamento das pessoas que os integram.

Nesse contexto, Busato e Reinaldet citam o trabalho de Richard Bush, que sustentou a existência de culpabilidade coletiva, com utilização da expressão de um espírito normativo, fruto da moral de todos os componentes. Outro trabalho muito parecido nessa linha foi desenvolvido por Hans-Juergen Schrot, que apontava uma culpabilidade funcional, derivada da formação de uma vontade coletiva.

Noutra vertente, apontam os trabalhos de Gunter Heine e Hans Hirsh¹¹⁰, que sustentam a culpabilidade da pessoa jurídica, baseada em evitabilidade do fato: “por suas falhas de organização, que permitem a instauração de uma política empresarial criminoso”.

Além desses, citam, na mesma linha, a defesa de uma culpabilidade da pessoa jurídica por falha na organização, onde se reconhece que a ausência de implantação de uma cultura corporativa que venha a prevenir a prática delitiva representa a violação de um dever capaz de gerar responsabilidade, citando, como exemplo, os estudos de Anne Ehrhardt, Lampe e Heine.

Aduzem que a proposta defendida por Gomez-Jara¹¹¹ “apenas acrescenta a ideia de descumprimento dos deveres organizacionais para fundamentar a culpabilidade, uma hipótese de exculpação, consistente na exigência de atendimento a programas de cumprimento.”

Das críticas apresentadas por eles¹¹² a esse modelo, destaca-se a relativa aos programas de cumprimento (*compliance programs*), quando alegam que “os sistemas de compliance já há muito tempo existem nas empresas e avizinhandando-se a intervenção penal, aparecem como motivo de exculpação.”

Discorda-se dessa crítica, pois a intervenção penal em delitos econômicos, não pode deixar de levar em consideração a prevalência da natureza de prevenção geral, como alicerce dos principais argumentos a defender a necessidade da responsabilização penal do ente coletivo,

¹¹⁰ HEINE, Gunter; HIRSH, Hans. [Culpabilidade da pessoa jurídica]. In: BUSATO, Paulo Cesar; REINALDET Tracy Joseph. Crítica ao uso dogmático do compliance como eixo de discussão de uma culpabilidade de pessoas jurídicas. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO Paulo Cesar (Coord); DAVID, Décio Franco. (Org.). *Compliance e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2015.

¹¹¹ GOMEZ-JARA, Carlos. Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, [S.l.], 2006.

¹¹² BUSATO, Paulo Cesar; REINALDET, Tracy Joseph. Crítica ao uso dogmático do compliance como eixo de discussão de uma culpabilidade de pessoas jurídicas. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO Paulo Cesar (Coord), DAVID, Décio Franco. (Org.). *Compliance e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 46.

É curial que as empresas, desde o início de suas atividades, obedeçam às regras gerais de funcionamento, assim como, dependendo da especialidade de sua atuação, estejam sujeitas ao cumprimento de outras medidas para que efetivamente venham a ter a liberação de seu funcionamento, como pode servir de exemplo a necessária licença ambiental, a liberação pelo corpo de bombeiros, a licença de localização por parte da prefeitura e, finalmente, sujeição às regras de atividade realizada com a supervisão constante de órgãos de fiscalização.

A principal questão é que as cobranças do efetivo respeito às regras e o atendimento às medidas determinadas para o devido funcionamento, nem sempre são observadas pelos encarregados dos órgãos públicos ou atendidas pelas empresas.

Disso resultam as dificuldades investigativas na elucidação de crimes econômicos, em que a pessoa jurídica é apontada como beneficiária do resultado típico, como serve de exemplo o aumento da capacidade de produção. Apesar da existência de alertas ou recomendações sobre os riscos que tal expansão, poderia repercutir na segurança no entorno do parque produtivo, dificilmente poderá ser identificada a responsabilidade individual de algum dirigente ou encarregado por essa tomada de decisão.

Quando esses programas de cumprimento não são implementados, não apenas a elucidação desse *iter criminis* fica dificultada, como também se evidencia uma desobediência interna às diretrizes dos escalões superiores, possibilitando não somente uma responsabilização, sem o mesmo nível de eficiência, mas igualmente a demonstração de que a existência de medidas preventivas deve ser sempre o maior enfoque da intervenção penal nessa seara.

A crítica mais contundente ao modelo construtivista é a de que todas as objeções feitas ao funcionalismo sistêmico, desenvolvido por Gunther Jackobs, podem ser direcionadas ao modelo construtivista de culpabilidade, na medida em que foi sua fonte inspiradora.

Concorda-se parcialmente com essa crítica. Ademais é verdade que a idéia de fidelidade à norma em muitos momentos revela abandono do direito penal humanitário, porque estabelece categorias de pessoas, a dos cidadãos e a dos não cidadãos. Por outro lado, quando defende-se um tratamento igualitário entre pessoas físicas e pessoas jurídicas, compreende-se que são entes distintos em suas essências e, por isso, não se pode falar em tratamento igual para os que são desiguais.

Assim, entende-se que a ideia de Gomez-Jara de construir uma culpabilidade para as empresas é interessante por revelar caminhos antes inatingíveis. Ela trouxe para o debate

científico alguns pontos de intercessão entre a teoria do delito tradicional e a de novos riscos, que precisam ser melhor compreendidos.

Ressalva-se, entretanto, que a defesa de interesses coletivos pelas instituições não significa dizer que pessoas que a estejam representando, na condição de seus dirigentes, possuam e respeitem estes mesmos interesses, pois não se pode confundir a atuação pessoal com o dever institucional.

Considera-se que a culpabilidade é instituto consagrado e sustentáculo do direito penal humanitário.

Por isso, não defende-se culpabilidade para as empresas, pois esse instituto deve permanecer como garantia indispensável ao ser humano, impedindo que possa vir a sofrer qualquer tipo de intervenção penal em seu direito fundamental de liberdade, salvo quando houver culpavelmente contribuído para a violação do tipo penal.

Dessa forma, como sempre faltará culpabilidade ao ente coletivo, culpabilidade, a sua responsabilização penal ficará dependente da culpabilidade de quem agiu ou representou seus interesses, na condição de gestor, dirigente, preposto, todos aqueles que, de alguma forma, tiveram ingerência sobre as condutas delitivas atribuídas à empresa.

Como a identificação desses representantes nem sempre é possível, em virtude da difusão de atribuições e competências, internamente, numa empresa de médio a grande porte, torna-se necessária uma melhor compreensão do conceito de autoria coletiva, que vem sendo edificado há muitos anos pela dogmática.

Após a busca de superação dos conceitos ontológicos desenvolvidos no finalismo, o funcionalismo teleológico desenvolveu a teoria do domínio do fato. Nesse estudo, Claus Roxin¹¹³ explanou a concepção de autor, como sendo todo aquele que:

- a) Realiza a ação típica pessoalmente (domínio da ação);
- b) faz executar o fato mediante outro, cuja vontade, segundo parâmetros jurídicos não é livre, ou não conhece o sentido objetivo da ação do seu comportamento, ou apreende em menor medida que o homem de trás ou que é substituível livremente no âmbito de uma estrutura de poder organizada (domínio da vontade);
- c) presta, na fase executiva, uma contribuição significativa ao fato funcional (domínio do fato funcional).

¹¹³ ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho em Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 145.

Como foi fito em pesquisa anterior¹¹⁴ na aplicação desses postulados, a autoria é identificada através do domínio da ação; a autoria mediata, com apoio no domínio da vontade e, por sua vez, a co-autoria no domínio do fato funcional.

Nessa concepção, a autoria coletiva deve ser compreendida como ação realizada por determinados agentes, que representam a vontade e o interesse de uma estrutura organizacional.

Esses agentes podem ser substituídos, posto que são fungíveis, mas a vontade da organização prevalecerá sobre a liberdade individual, de cada um dos efetivos executores das ações.

Essa é uma das características identificadas por Claus Roxin,¹¹⁵ quando trata dos fundamentos estruturais do domínio da organização ou do aparato de poder: “uma organização desenvolve uma vida independente da identidade variável de seus membros. Funciona automaticamente, sem que tenha importância a pessoa individual do executor.”

Ocorre, todavia, que, para esse estudioso¹¹⁶, como já se observou, o raciocínio utilizado no caso Eichmann y Staschynsky, em que foram usados os fundamentos do domínio da vontade, pelas estruturas de poder organizadas, não seriam aplicáveis na responsabilização das pessoas jurídicas. Entretanto, mesmo reconhecendo que tenha ele desenvolvido seus estudos relacionados aos crimes de guerra, observou, com muito acerto, que a teoria do delito de autoria individual não atende satisfatoriamente em ações coletivas; “deduz-se que as figuras jurídicas de autoria, indução e cumplicidade, que estão concebidas na medida de fatos individuais, não podem dar a devida conta de tais feitos coletivos”.

Claus Roxin esclareceu, ainda, que no estado de direito, quando uma autoridade hierárquica determina aos seus subordinados que cometam delitos, ou quando as Forças Armadas, em momentos de guerra, também impõem ordens antijurídicas, deverá haver necessariamente essa valoração do atuar individual, com as causas de exclusão de ilicitude, em obediência às próprias regras de direito.

¹¹⁴ SILVA, Marco Antonio Chaves da. *A Autoria Coletiva em Crimes Tributários*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 79.

¹¹⁵ ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho em Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 272.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 270.

Da mesma forma, se a ordem é oriunda de interesse particular, cuja característica seja também a ocultação cuidadosa dos demais titulares de competência na organização, não se pode falar em atuação com o aparato, mas sim contra ele. Por isso, não se poderia aplicar a teoria do domínio da vontade, não sendo possível falar em substituição da vontade individual.

Esse mesmo raciocínio, entende-se plausível na proposta deste trabalho, desde que, dentro da estrutura organizacional de uma empresa, poderão ocorrer práticas delitivas contra os próprios interesses da pessoa jurídica. Daí, resulta importante a implantação de mecanismos de controle interno e de supervisão para, quando detectadas, possa a própria empresa empenhar-se na identificação das autorias, a fim de possibilitar a responsabilização individual.

No intuito de delimitar as hipóteses de aplicação da teoria do domínio da vontade nos aparatos de poder que atuam à margem do direito, Claus Roxin¹¹⁷ estabeleceu duas situações:

a) O caso mais frequente na prática seria aquele em que os mesmos detentores do poder estatal, com o apoio de organizações a ele subordinadas, cometessem delitos, como ocorreu no caso Eichmann, pois normalmente, só o poder estatal pode operar à margem da lei, inclusive este poder somente pode assim atuar, quando não estão vigentes as garantias do Estado de direito. Ressalvou também a possibilidade de que os titulares de Estados totalitários, poderiam ser ligados pela necessária obediência a certos valores fundamentais, comuns a todos os povos civilizados, possibilitando a declaração como delitivas e puníveis, as ações dos órgãos supremos estatais, que violem aos direitos humanos. Por isso, em tais casos, seriam mantidas a capacidade de funcionamento do aparato de poder.

b) a segunda forma básica de autoria mediata dentro destes grupos, se refere a fatos que se cometem no marco de movimentos clandestinos, organizações secretas, bando de criminosos e grupos semelhantes. Para que na execução dos delitos, o que deve caracterizar a tais formações coletivas não é somente uma organização rígida, independente da troca de seus membros concretos, mas também uma orientação ao propósito do aparato em violar o ordenamento jurídico estatal, vulnerando as normas penais positivas. Deve tratar-se de um Estado dentro do Estado, como nos atentados políticos, extermínio de associações secretas e também em delinquência comum como delitos patrimoniais, extorsões, etc.

¹¹⁷ ROXIN, C. *Autoría y Dominio del Hecho em Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 276.

Com isso, Roxin praticamente refutou a aplicação da autoria mediata dentro de empresas, como observou Busato,¹¹⁸ sob o argumento de que elas não poderiam atuar à margem do direito.

As contribuições trazidas por Roxin, mesmo que tenham sido, pelo próprio autor, excluídas da aplicação a responsabilização das empresas, conferem ao presente trabalho, uma possibilidade de estabelecer premissas que podemos agrupar da seguinte forma:

1 – A autoria coletiva não pode ser analisada na perspectiva de concurso de pessoas ou de qualquer outra modalidade de responsabilidade individual. Outrossim, sua ocorrência é fato que não pode mais ser desconsiderado pelo direito penal;

2 – Como inexitem condições para individualização das condutas, a ausência de intervenção penal representa uma lacuna inadmissível na contemporaneidade, razão pela qual importa a continuidade dos estudos dogmáticos, para reconhecer a plausibilidade dessa diretriz de política criminal;

3 – A ausência do conceito satisfatório de uma culpabilidade da própria empresa, assim como a impossibilidade de individualização das condutas no âmbito da autoria coletiva, reforçam a ideia de tratamento desigual para as pessoas jurídicas que venham a cometer delitos em relação às garantias das pessoas humanas.

O tratamento desigual nada mais seria do que a aplicação do princípio da igualdade, que é a base de sustentação da ideia de que a lei penal deve ser aplicada *erga omnes*, não somente às pessoas humanas individualmente, mas a todos os que, de alguma forma, contribuíram, quer por ação quer por omissão, para a prática de um delito.

Mesmo porque a responsabilização pessoal, da forma como está assegurada no texto constitucional do Brasil, não deve ser compreendida unicamente como responsabilização da pessoa humana, mas também, da própria pessoa jurídica, como já foi exposto no capítulo segundo.

A Lei 9.605/98¹¹⁹ que define a responsabilização das empresas em crimes ambientais, como foi visto, com duas décadas de vigência, proporcionou apenas uma

¹¹⁸ BUSATO, Paulo. Vontade Penal da Pessoa Jurídica: um problema prático de imputação de responsabilidade criminal. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, ano 6, n. 12., p. 173-174, abr. 2001.

¹¹⁹ BRASIL. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19605.htm.

condenação de pessoa jurídica, insuficiente a criar expectativa de redução de delitos econômicos.

Lamentavelmente, a ocorrência de duas tragédias em Minas Gerais, em pequeno intervalo de três anos, revelou ser urgente a necessidade de mudança desse cenário.

Cabe-nos, então, apresentar as bases doutrinárias para que a adoção de legislação eficiente venha proporcionar os meios de prevenção, que evitem os danos incomensuráveis provocados pela impunidade, com maior rigor nos mecanismos de controle das atividades empresariais.

3.5 A AUTORREGULAÇÃO DAS EMPRESAS E OS PROGRAMAS DE CUMPRIMENTO

A autorregulação, a ser analisada no terceiro capítulo, tem sido encarada pela doutrina penal moderna como uma das formas de distinção entre a responsabilização individual e a do ente coletivo.

Na perspectiva individual, há o consenso de que o poder atuar de outro modo, como característica humana indissociável, resulta atualmente de uma compreensão teleológica, que perpassa por essa condição psíquica interna, mas leva em conta a expectativa social criada dentro do convívio.

Contudo, essa forma de análise, jamais poderá ser aplicável ao ente coletivo, não apenas por lhe faltar consciência própria, como também pelo fato de seu processo volitivo expressar-se de forma complexa, e porque a empresa, desde o início de sua atuação, vive e se constitui, principalmente, a partir das expectativas sociais que o direito lhe legitima desenvolver.

Enquanto ao cidadão se asseguram direitos e deveres, desde sua fase embrionária, as empresas somente adquirem natureza jurídica com seu registro e com o preenchimento dos demais pressupostos legais.

Assim, percebe-se, no entendimento expressado por Nieto Martin¹²⁰ quando argumentava sobre a não ocorrência de um *bis in idem* no modelo de heterorresponsabilidade, ao dizer que se deve levar em consideração que é diversa a natureza do fundamento das sanções impostas às pessoas físicas e jurídicas.

¹²⁰ NIETO MARTIN, A. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008. p. 110.

Enquanto a sanção imposta ao representante legal, dirigente ou administrador, tem como fundamento uma prevenção especial, a sanção imposta à empresa possui natureza de prevenção geral, pois visa exatamente à adoção de medidas de autorregulação, com o fim de prevenir e investigar fatos delitivos econômicos.

A autorregulação pode ser compreendida, de forma geral, como sendo atuação de caráter normativo, com certo grau de abstração (normas técnicas, protocolos, código de conduta, etc), acordos e decisões de segmentos de determinada atividade e, ainda, como a solução de conflitos oriundos do desempenho da atividade em mercado competitivo, por vezes através da arbitragem ou mediação.

Para Esteve Pardo¹²¹, a explicação para um maior interesse na autorregulação deve-se à novidade que tem sido alcançada com essa atuação privada sobre o poder público, ao influenciar para a edição de regras públicas, pois as regras criadas pelas empresas passaram a ter natureza de referência ou de parâmetro de boa regulação.

Nesse sentido, esclarece o autor¹²² que:

As normas técnicas que elaboram uma associação de fabricantes e que antes repercutiam os seus efeitos entre os seus associados, agora podem ser uma importante referência, quando uma lei ou um regulamento se referem às normas técnicas de geral aceitação.

Essa realidade é tão dinâmica que seria impensável processo inverso, qual seja, a lei já estabelecer, em seu corpo, um arcabouço hermético, que devesse ser seguido *ipsis litteris* por todos, sem qualquer ponderação acerca das peculiaridades do ramo de atividade ou do porte da empresa.

Cita Esteve Pardo¹²³ que as ecoauditorias ou a realização de controles por entidades privadas e tecnicamente especializadas, quando são efetivadas preventivamente e de forma voluntária, já conferem àquela instalação vistoriada um *status* diferenciado em relação às que não executam, apontando sinais claros em seu favor, ante possível ação de responsabilidade, como já estabelecem as modernas legislações da Europa.

¹²¹ PARDO, Jose Esteve. *Autorregulación* : génesis y efectos. Navarra: Aranzadi, 2002. p. 15-16.

¹²² PARDO, *op. cit.*, p. 15-16.

¹²³ *Ibid*, p. 15-16.

Ressalvou, contudo, que nem todas as medidas de autorregulação alcançam a mesma repercussão pública e sequer passam a ser vistas como referência para o exercício da atividade.

No entanto, a capacidade de atualização de suas ferramentas de tecnologia, aliada à competitividade, que somente o mercado propicia no desempenho de uma atividade, produzem ambas um déficit enorme, entre o avanço alcançado pelas empresas e a possibilidade do ente público acompanhá-las nesse processo. Assim, desenvolver um efetivo controle das atividades empresariais, possibilitando assegurar a esperada chancela pública, aferindo o atendimento a todos os requisitos legais e se não há riscos à sociedade, torna-se tarefa cada vez mais difícil.

Certamente, numa perspectiva menos complexa, a *expertise* enfrentada por outros organismos públicos, dentro de um contexto global, possibilita em matéria de cooperação técnica, que tais iniciativas possam ser compartilhadas, mas é fato perceptível que a velocidade de atualização das empresas é muito maior, o que reforça a importância da autorregulação, como forma de viabilizar uma parametrização e de melhorar o nível de segurança das atividades desenvolvidas pelas empresas.

Nesse caminhar da autorregulação, poderia se imaginar que todas as empresas estivessem se organizando de tal forma que seria desnecessária mais uma intervenção reguladora do poder público, dizendo até de forma mais incisiva, no contexto desse trabalho, que a autorregulação estaria a demonstrar uma total desnecessidade de intervenção penal, preservando a *ultima ratio essendi*, apenas e tão somente para as pessoas humanas.

Em artigo recentemente publicado no Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRim, com o título *O leviatã de Brumadinho*, Paulo Busato¹²⁴ sustentou com muita propriedade que:

Está longe do razoável pensar que devemos defender esta pessoa jurídica de intervenção penal do Estado-Leviatã, já que, muito mais do que uma disputa entre Davi e Golias, esse embate se assimila a uma luta entre Titãs. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas está na ordem do dia no mundo inteiro. E não mais para discutir se, mas sim para se discutir como.

¹²⁴ BUSATO, Paulo. O leviatã de Brumadinho. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 27, n. 316, p. 8, 2019.

Outrossim, as evidências estão revelando exatamente o contrário da contenção de intervenção penal, pois a necessidade da autorregulação também reforçou a carência de mais intervenção estatal, conforme explana Camila Forigo¹²⁵:

O poder público se revela ineficiente para realizar, sozinho, a persecução dessa criminalidade. Some-se a isso o fato de que apenas a punição para os crimes que eventualmente venham a ser praticados não soluciona a problemática, porque o dano social já está produzido e, muitas vezes, não pode ser recomposto, torna essencial a existência de uma efetiva prevenção a essa criminalidade.

A autora, citando o trabalho de Coca Vila, aduz que “o Estado pretende influir sobre as empresas e criar estímulos para que se comportem da maneira desejada, tornando-se mais regulador e propiciando uma efetiva prevenção”.

Ao contextualizar a relação entre a autorregulação e os programas de cumprimento, esclarece ela¹²⁶que:

A autorregulação regulada é onde se insere o conceito de *compliance*, de acordo com Palermo e Bermejo, significando o cumprimento, a observância e conformidade com determinados mandatos e fazendo alusão a procedimentos para a transposição de prescrições legais, com a pretensão de evitar a criminalidade empresarial.

Assim, compreende-se em que contexto a proposta construtivista de culpabilidade empresarial defende a reprovabilidade da conduta da empresa, como derivada do processo evolutivo da autorregulação. Tal fato decorre, principalmente, quando, na ocorrência de fato típico, fica evidenciada a existência de defeitos na organização da empresa, necessitados de ajustes preventivos.

Nessa perspectiva, é que os construtivistas apresentaram os programas de cumprimento (*compliance programs*), como uma causa de exculpação.

¹²⁵ FORIGO, Camila Rodrigues. O criminal compliance e a autorregulação regulada: Privatização no controle à criminalidade econômica. In: GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Direito penal economico*. Londrina: Thoth, 2017. p.31.

¹²⁶ *Ibid.*, p.34.

Mas Busato e Reinaldet¹²⁷, rebatendo essa ideia construtivista, trazem à baila que “a culpabilidade da pessoa jurídica estaria fundada na ausência de uma cultura empresarial de respeito ao Direito (espírito normativo), a qual seria engendrada por uma deformidade na organização do ente coletivo”.

Prosseguem eles divergindo desse modelo proposto, garantindo que a forma como Gomez-Jara, em seu trabalho, sustentou a necessidade de realização de um programa de *compliance*, serviria para demonstrar uma cultura empresarial de fidelidade ao direito penal, que justificaria a identificação dos defeitos na organização, como causa geradora de riscos não permitidos pela *ultima ratio*. Mas, esse fato consubstanciaria a reprovabilidade da empresa em mera “omissão do dever de manter em funcionamento o sistema de *compliance*”.

Para eles¹²⁸, a crítica a essa proposta construtivista decorre do fato de que: “a falha na instalação ou funcionamento de um sistema de *compliance* não se relaciona a uma pretensão de reprovação, mas muito mais a uma violação de dever”.

Explicam que se a pretensão da ideia construtivista é a de que a autorregulação seja efetivamente planejada e executada, o programa de cumprimento conste como exigência da legislação e “como forma de imposição de requisitos mínimos”.

A violação a essa obrigação legal, por sua vez, consistiria em omissão do dever de cuidado, “em um não fazer corporativo”.

Entretanto, advertem¹²⁹, ao finalizar sua crítica, que:

Parece inevitável concluir que a concepção de culpabilidade empresarial proposta pelos construtivistas, acaba por realizar um verdadeiro retrocesso no que tange à teoria do delito. Isto porque, se situarmos a questão da culpabilidade da pessoa jurídica na violação de um dever de cuidado objetivo, como quer o Prof. Gomez-Jara Diez, voltaremos a fazer com que a imprudência (culpa *stricto sensu*) seja uma mera forma de culpabilidade (neste caso, a culpabilidade da pessoa jurídica), promovendo com isso uma clara involução na teoria do delito – a qual compromete um dos maiores ganhos já obtidos pela dogmática jurídico-penal ao longo de sua história: a separação entre injusto e culpabilidade.

¹²⁷ BUSATO, Paulo Cesar; REINALDET, Tracy Joseph. Crítica ao uso dogmático do compliance como eixo de discussão de uma culpabilidade de pessoas jurídicas. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO Paulo Cesar (Coord), DAVID, Décio Franco. (Org.). *Compliance e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2015.

¹²⁸ BUSATO; REINALDET, *op. cit.*

¹²⁹ *Ibid.*, p. 51.

Efetivamente, conforme foi dito na conclusão do tópico anterior, a culpabilidade, como foi construída, torna-se praticamente impossível de ser adaptada à pessoa jurídica, apesar de todo o esforço desenvolvido pela teoria construtivista.

Ademais, entende-se que o programa de cumprimento é realmente uma alternativa viável para justificar a não aplicação de sanção penal às pessoas jurídicas, como causa de justificação, desde que observadas algumas premissas indispensáveis, quais sejam:

I - A determinação de que as empresas possuam um programa de cumprimento deve ser oriunda de lei, com a exclusão dessa obrigação para aquelas de pequeno porte. Nestas menores, via de regra, há apenas seu representante legal como dirigente. Na legislação brasileira, inclusive, são denominados de microempresários, sendo desenvolvidos inúmeros programas de incentivo à abertura dessas empresas, como forma de minorar a escassez de emprego e o grande número de informalidade ainda existente na economia nacional;

II - A classificação de empresas como de médio e grande porte, derivaria do capital social integralizado. Periodicamente, nas fases de funcionamento regular, elas apresentariam aos órgãos de controle e de fiscalização, seus programas de cumprimento, que poderiam ser vistoriados até com determinação da realização de auditoria externa para a devida conferência;

III - A realização desse controle, a partir dos programas de cumprimento, seria muito mais eficaz na perspectiva da finalidade de prevenção geral, do que uma efetiva aplicação de sanção penal às pessoas jurídicas;

IV - A necessidade da intervenção penal para o não atendimento dessa obrigatoriedade, seria justificada como grave omissão do dever de cuidado, imposto pela legislação e devidamente supervisionado pelos órgãos de fiscalização e controle do Estado;

V - A obediência ao direito, com a realização de programas de cumprimento, entraria como causa de justificação. No caso concreto, haveria ponderação pelo judiciário, com a observância das garantias processuais e a independência, numa clara diferença quanto às etapas anteriores, em que a influência política e o poder econômico se suplantavam os interesses públicos, com a atuação direta do poder executivo.

A análise dos modelos de responsabilização penal das pessoas jurídicas, como já destacamos, tem revelado ser um dos principais pontos de dissenso dogmático.

Assim, uma visão de suas principais características e das principais críticas sofridas se revela necessária.

4 OS MODELOS DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Assentadas algumas das premissas que servem como base para o viés da política criminal que respalda a tratativa do tema proposto neste trabalho, assim como do esforço dogmático dispendido nessa adequação, importa poder adentrar na análise dos modelos de responsabilidade penal das pessoas jurídicas, passíveis de adoção nos sistemas jurídicos, com suas implicações dogmáticas.

Adota-se a classificação doutrinária com a terminologia mais usual, pois como bem observado por Nieto Martín¹³⁰, “embora existam sistemas muito diferentes no direito comparado de moldar o critério de imputação de pessoas jurídicas, essa variedade pode ser reconduzida a três modelos diferentes: o vicarial, o da culpabilidade da empresa e o misto”.

Entretanto, num primeiro momento, revela-se necessário analisar o modelo que ainda vigora no Brasil, o da responsabilização individual dos representantes legais da pessoa jurídica, que tenham atuado na conduta delitativa em nome da empresa.

Como exceção a esse modelo geral, tem-se a vigência e aplicação da Lei 9.605/98 para os delitos ambientais, que ainda sofre enorme resistência dogmática e teve recentes mudanças no posicionamento jurisprudencial, como visto no capítulo segundo.

A responsabilidade individual tem revelado pouca efetividade, em decorrência de diversos fatores, que não se restringem apenas à mera questão de dificuldades investigativas para adequação das condutas típicas, em estrutura organizacional complexa.

Mas, é preciso analisar de forma mais criteriosa os fundamentos principiológicos e normativos que determinam unicamente a aplicação de responsabilidade individual, assim como os aspectos que gradativamente vêm revelando as nuances do fenômeno criminal empresarial.

4.1 A RESPONSABILIZAÇÃO INDIVIDUAL DOS REPRESENTANTES LEGAIS

A responsabilização penal individual dos representantes legais, sócios-gerentes, diretores ou administradores das pessoas jurídicas, segue a concepção da teoria tradicional do

¹³⁰ NIETO MÁRTIN, Adan. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008. p. 85.

delito, pois concebe apenas a conduta humana, tanto por ação como por omissão, capaz de realizar delito, ao considerar os pressupostos volitivos e de consciência.

Nessa perspectiva, o princípio da responsabilidade pessoal, inserido no art. 5º, XLV da Constituição Federal do Brasil¹³¹, mantém-se plenamente respeitado.

Ocorre, contudo, como foi destacado em pesquisa¹³² anterior, na aplicação em casos concretos sobre o agasalho do livre convencimento das provas, pode-se incorrer em responsabilização objetiva, quando se realiza conexão entre o representante legal e o fato delituoso, por omissão imprópria, na perspectiva de que ele deixou de atuar, quando lhe era exigível o dever legal de evitar o resultado.

Tal fato decorre, da utilização de postulados da teoria do delito, vez que o sujeito ativo é vinculado ao fato típico com aplicação da teoria da equivalência das condições, em que o resultado é imputado a quem lhe deu causa.

Mas, como é possível estabelecer um único responsável pela modificação da realidade exterior, com a produção de resultado típico, antijurídico e culpável que foi praticado em proveito de todo o ente coletivo?

Quando, no finalismo, foi agregado elemento subjetivo no próprio tipo, com a compreensão de que, desde a ideação da prática delitiva, manifesta-se uma nítida intenção do sujeito no alcance do resultado obtido, houve disseminação pela dogmática penal de um conceito ontológico de ação para o *jus puniendi*.

Com o funcionalismo, não se alterou substancialmente o conceito de ação típica, porém se revelou a importância de uma valoração, com a adoção de critérios da imputação objetiva do resultado, para reduzir os equívocos ou excessos que a teoria da equivalência das condições levava, numa aplicação em casos concretos.

A utilização dos argumentos da autoria mediata e das formas de concurso eventual na análise das práticas dos delitos empresariais, também não tem produzido as soluções eficazes, esperadas.

¹³¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

¹³² SILVA, Marco Antonio Chaves da. *A Autoria Coletiva em Crimes Tributários*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p 2.

Por outro lado, com a compreensão da ação como significado, defendida por Vives Antón¹³³, desmistificou-se a ideia ontológica de ação, uma vez que ela não deve ser analisada apenas por sua finalidade, mas principalmente por sua significação no contexto em que ocorreu.

A valoração e a interpretação da ação delituosa, nessa perspectiva, ultrapassam uma mera análise dos elementos subjetivos que a norteiam; contudo devem avaliar essencialmente, os reflexos que a ação produz na violação da norma penal, apesar do distanciamento que, de modo invariável surge entre o fato e a norma, em decorrência das imprecisões de linguagem.

Assim, quando não se tem autonomia para deliberar individualmente sobre algum tema de interesse de organização hierarquicamente estruturada, as ações ou omissões adotadas não significam, necessariamente, ações pessoais, mas ações do grupo, da organização como um todo.

Nesse sentido, muito lúcidas são as observações de Laura Zuniga:¹³⁴

Muitas condutas lesivas a bens jurídicos não se produzem agora como antes, por um comportamento de uma só pessoa, mas pela inter-relação de condutas em organizações sociais, especialmente empresas, que possuem uma divisão funcional de trabalho, hierarquias, funcionam como uma série de princípios como de obediência, confiança, etc.

Os riscos e os perigos que são gerados na atividade empresarial, mormente no desempenho de alguns segmentos, não decorrem apenas de decisão isolada, mas da ausência de medidas preventivas, que poderiam ter sido adotadas há vários anos.

Por isso, atualmente o direito penal clássico, edificado em concepção de culpabilidade individual, não vem atendendo satisfatoriamente a esse fenômeno contemporâneo, aumentando o interesse pelo estudo do direito penal econômico.

Para Silva Sanchez¹³⁵, as distorções ocorridas quando se buscam utilizar os argumentos da teoria tradicional do delito para aplicação em delitos de empresa, podem ser classificadas em três grupos, quais sejam:

¹³³ VIVES ANTÓN, Tomás. *Fundamentos del sistema penal*. 2. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011. p. 775.

¹³⁴ RODRIGUEZ ZUNIGA, Laura. *Bases para un Modelo de Imputacion de Responsabilidad Penal a Las Personas Jurídicas*. Aranzadi, 2000. p. 69.

¹³⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Madrid: Edisofer, 2016. p. 7-8.

- a) A dissociação entre ação e a responsabilidade, pois na estrutura hierárquica o executor direto é normalmente um subordinado de último nível, que se encontra muitas vezes em situação de erro ou coação ou de uma maneira geral, num estado de falta de autonomia decisória. Assim, a pretensão de atribuir responsabilidade a sujeitos situados na cúpula, obriga a construção de novas categorias;
- b) A divisão – fragmentação – dos elementos do tipo, pois nos contextos de divisão funcional do trabalho, tanto horizontal como vertical, a execução material, a posse da informação relevante, a capacidade de decisão e as condições subjetivas de autoria podem se encontrar em sujeitos distintos dentro do grupo organizado. Este fato pode ocorrer, não apenas por razões probatórias, mas também por questões técnico-jurídicas que provocam a conhecida figura da irresponsabilidade organizada.
- c) A aparição de efeitos derivados das dinâmicas de grupo: déficits cognitivo-valorativo (a economia comportamental qualifica de viés cognitivo) ou volitivos, que afetam aos sujeitos integrantes do grupo. Estas circunstâncias empíricas apontariam, com ponderações, uma exclusão ou atenuação da imputação subjetiva dolosa, assim como uma exclusão ou atenuação da culpabilidade de tais sujeitos.

Por conseguinte, se antes o direito penal econômico era estudado apenas como disciplina na grade curricular de pós-graduação, atualmente, em muitas instituições de ensino, já consta como disciplina optativa durante a graduação.

Passa-se, então, para análise de um dos pressupostos defendidos para o fortalecimento desse novo modelo de direito penal, que vem a repensar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, com a avaliação de outros modelos de responsabilização.

4.2 A HETERORRESPONSABILIDADE OU RESPONSABILIDADE POR ATRIBUIÇÃO

Tal forma de responsabilidade por atribuição tem, como pressuposto, a prática da conduta delitiva por pessoa física que esteja integrando o ente coletivo, na qualidade de representante ou dirigente e, ainda, que os atos praticados defendam o interesse corporativo, com proveito para a própria pessoa jurídica.

Nessa responsabilização penal da pessoa jurídica, utiliza-se a atuação vinculada da pessoa física que representava os interesses da empresa, como forma de preservar as garantias

e princípios vetores da teoria do delito, edificada na perspectiva unicamente da pessoa humana, enquanto sujeito imputável.

Silva Sánchez¹³⁶ observa que: “segundo tal modelo a responsabilidade por fato delitivo se transfere à pessoa jurídica, na medida em que se considera que os atos de ditos órgãos, em virtude da relação funcional existente entre estes e aqueles, são também, desta última”.

Para este autor é este o modelo adotado nas sanções administrativas na Alemanha, com adaptações, quando se estabeleceu no § 30 da OWiG, uma multa administrativa para a pessoa jurídica.

No Código Penal Espanhol de 2010, com a atualização ocorrida em 2015, foi também esse o modelo adotado, no entendimento de González Cussac¹³⁷, destacando que a legislação espanhola, ao fixar essa forma de responsabilidade no art. 31, bis, define como pressupostos na identificação das condutas individuais cometidas em nome da pessoa jurídica, em seu nome e benefício direto e indireto que: a) as pessoas físicas tenham poder de representação societária de nível de autoridade máxima; b) as pessoas físicas que estejam submetidas à autoridade das referidas anteriormente.

Há, contudo, outros autores espanhóis que entendem que, na reforma de 2015, o modelo adotado foi de uma autorresponsabilidade, como Gómez-Jara, Bernardo Feijoó e Miguel Bajo Fernández.

Ressalte-se, contudo, que, na legislação espanhola, a pessoa jurídica terá extinta sua punibilidade, sempre que esteja cumprindo requisitos expressamente estabelecidos, quais sejam: (art. 31, bis, apartado 2), como explica González Cussac:

- a) O órgão da administração tenha adotado e executado com eficácia, antes da conduta delitiva, modelos de organização e gestão que incluem as medidas de vigilância e controle idôneos para prevenir delitos da mesma natureza;
- b) a supervisão de funcionamento e de cumprimento do modelo de prevenção implantado tenha sido confiada a um órgão da pessoa jurídica com poderes autônomos de iniciativa e de controle;
- c) os autores individuais tenham cometido o delito iludindo fraudulentamente os modelos de organização e de prevenção;

¹³⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesus- Maria. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Madrid: Edisofer, 2016. p. 297.

¹³⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts 31, bis ter, quárter y quinquies* In *Comentários a la reforma del código penal 2015*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015. p. 162.

d) não se tenha produzido uma omissão ou um exercício insuficiente de suas funções de vigilância e controle por parte do órgão a que se refere a letra b.

Sobre o primeiro requisito, González Cussac¹³⁸ esclarece que o órgão de administração da empresa tem que adotar e executar com eficiência um programa de cumprimento penal (*criminal compliance* penal), como elemento chave de uma estratégia de defesa corporativa, que inclusive está descrito no mesmo art. 31, bis, apartado 5.

Por isso, tais programas precisam ser claros, revisados tanto internamente como por supervisão externa, para que, no processo penal, haja comprovação de que efetivamente foram observados.

Na proposta desta pesquisa não se pretende abordar especificamente a aplicação da responsabilidade punitiva das pessoas jurídicas no Código Penal da Espanha de 2010 e revisado em 2015, porém, considerando que foi uma legislação com alteração recente, revela-se interesse em proceder a um maior aprofundamento, posteriormente.

Para Nieto Martín¹³⁹, a heterorresponsabilidade congrega dois submodelos: o britânico, da teoria da identificação (*identification theory*) e o da responsabilidade subsidiária (*vicarious liability*), adotado na Áustria, França, Itália e Portugal.

O sistema vicarial, assinala o autor, requer a ocorrência de três condições:

- a) a comissão de uma infração por parte de um agente da empresa;
- b) estando no exercício das funções que lhe haviam sido atribuídas por conta da empresa;
- c) atuando com a intenção de obter algum tipo de vantagem em benefício da empresa.

Esses fatores despertam discussões doutrinárias quanto às suas verificações. E como envolvem aspectos de direito comparado entre países do *civil law* e do *common law*, precisam ser observados alguns critérios para uma correta avaliação.

¹³⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts 31, bis ter, quárter y quinquies*. In: *Comentários a la reforma del código penal 2015*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015. p. 183.

¹³⁹ NIETO MÁRTIN, Adan. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un Modelo Legislativo*. Madrid: Iustel, 2008. p. 89.

Diferentemente do que ocorre na responsabilidade solidária, em sua versão da responsabilidade superior, na teoria da identificação, a congruência das duas primeiras condições são suficientes, porquanto nesse submodelo, interpreta-se o conceito de agente de forma estrita.

No modelo da teoria da identificação, parte-se do pressuposto de que alguns indivíduos se confundem com a própria corporação e, por isso, as suas ações são em realidade entendidas como próprias das empresas.

Nieto Martín citou a aplicação desse conceito estrito de agente no caso *Tesco Supermarkets Ltd v. Natrass* (1972), que foi levado à deliberação da Câmara dos Lordes no Reino Unido, como se lê no resumo abaixo¹⁴⁰:

Caso : *Tesco Supermarket Ltd x Natrass* (1972)

A Tesco estava oferecendo um desconto no sabão em pó que era anunciado em cartazes nas lojas. Quando eles ficaram sem o produto com preço mais baixo, as lojas começaram a substituí-lo pelo estoque com preços regulares. O gerente não conseguiu garantir que os sinais foram retirados e um cliente foi cobrado pelo preço mais elevado.

A Tesco foi acusada pelo Trade Descriptions Act 1968 por falsamente anunciar o preço do sabão em pó.

Em sua defesa, a Tesco argumentou que a empresa havia tomado as precauções razoáveis e todas as “diligências devidas”, e que a conduta do gerente não podia atribuir responsabilidade à corporação.

A Câmara dos Lordes aceitou a defesa e descobriu que o gerente não era uma “mente dirigente” da corporação e, portanto, sua conduta não era atribuível à corporação.

A empresa fez tudo o que podia para reforçar as regras relativas à publicidade. Lord Reid afirmou que “A pessoa que age não está falando ou agindo pela empresa. Ela deve agir seguindo a orientação da empresa, mas a mente que dirige seus atos, é a da empresa”.

Isso é conhecido como uma defesa de diligência devida e os gerentes seniores podem ser capazes de se valer dele quando membros juniores da equipe ou outras pessoas cometem ofensas.

A compreensão da análise desse caso tem servido como parâmetro para se entender que nem todas as funções exercidas dentro de um ente coletivo podem representar o interesse

¹⁴⁰ [TESCO Supermarket Ltd x Natrass]. 2011. Disponível em: <http://nebosh-revision.blogspot.com/2011/03/case-law-tesco-supermarkets-ltd-v.html>. Acesso em: 03 out. 2018.

da pessoa jurídica, pois se encontram em escala hierarquizada de atribuições, com limites em sua autonomia de vontade.

Por isso, sobressai a importância de vir se observar, em caso concreto, a natureza do poder decisório do representante identificado com a tipicidade, mormente em empresas de grande porte. É preciso também conhecer a diretriz adotada pela empresa como política gerencial, seja no aspecto administrativo, seja na sua relação com seus clientes e na divulgação de seus serviços, com os eventuais reflexos nas relações de consumo.

A heterorresponsabilidade ou a responsabilidade por atribuição é criticada por ser forma de se responsabilizar penalmente a pessoa jurídica pela atuação de outrem na prática delitiva.

Numa análise histórica desse instituto, realizada por Gracia Martín¹⁴¹, foi identificada a decisão do Tribunal Supremo da Prússia, em 09 de novembro de 1874, em que essa questão foi abordada pela primeira vez da seguinte forma:

Três anos depois da entrada em vigor do Código penal imperial de 1871, o Tribunal Supremo prussiano teve a oportunidade de conhecer um caso em que se discutia a questão se um membro do Conselho de Administração de uma sociedade cooperativa inscrita, poderia ser responsabilizado criminalmente pelo delito de quebra fraudulenta, conforme previsão do parágrafo 283-2 do RStGB, quando a própria sociedade tinha deixado de efetuar seus pagamentos aos credores.

A razão pela qual surgia esta dúvida era que, segundo o preceito mencionado, pela conduta de quebra fraudulenta nele descrita, apenas o devedor poderia ser responsabilizado. Esta condição de devedor era ostentada somente pela sociedade cooperativa (pessoa jurídica), mas não havia qualquer referência à pessoa que havia atuado como órgão daquela (o membro do conselho de administração).

O Tribunal a quo, dando uma interpretação muito ampla ao conceito de devedor do parágrafo 283-2 do RStGB, condenou o administrador em questão pelo delito de quebra fraudulenta, com o argumento de que este, enquanto representante legal da sociedade cooperativa, que era a autêntica devedora, ostentava também a qualidade de devedor.

Posteriormente, contudo, o Tribunal Supremo prussiano, ao conhecer do recurso entabulado contra esta decisão, a reformou, absolvendo o administrador por considerar que o delito de quebra fraudulenta, somente poderia ser cometido por quem havia suspenso os pagamentos (devedor) e isto só se podia afirmar à pessoa jurídica.

¹⁴¹ GRACIA MARTIN, Luis. *El actuar em lugar de outren em derecho penal*. Zaragoza: 1985. p. 3.

A insatisfação político-criminal que sucedeu a essa decisão levou o legislador a proceder a uma alteração na legislação criminal, inserindo no parágrafo 244 na Portaria de Falências alemã (KO), de 10 de fevereiro de 1877, uma nova cláusula no delito de quebra fraudulenta, com os seguintes termos¹⁴²:

As prescrições penais dos parágrafos 239 a 241 se aplicam aos membros do Conselho de Administração de uma sociedade anônima ou sociedade cooperativa inscrita e aos sócios liquidadores de uma sociedade mercantil ou sociedade cooperativa inscrita, que tenha deixado de efetuar o pagamento de suas dívidas ou sobre cujo patrimônio se tenha aberto um procedimento concursal, se tenha executado, nesta qualidade, ações cominadas com pena.

Para Gracia Martin, que, desde a época deste trabalho, mantém posição contrária a responsabilização penal da pessoa jurídica, tanto nas grandes como nas pequenas empresas, sempre há um número limitado de pessoas que podem ser reconhecidas, que tomam decisões à margem dos demais sócios ou acionistas. Entretanto, defende que a adoção da figura do “atuar em lugar do outro”, deve se constituir em ferramentas a serem utilizadas pelo Estado para responsabilizar a empresa no âmbito administrativo e civil, visto que são ramos possuidores de responsabilidade objetiva.

Por seu turno, ao entender que a transferência da responsabilidade de uma pessoa física para a pessoa jurídica não pode ser compreendida como fruto de responsabilidades simétricas e idênticas, González Cussac¹⁴³ atesta que muitos doutrinadores advogam, com acerto, a tese de que a responsabilidade penal da pessoa jurídica possui meramente uma natureza administrativa.

Nessa linha de intelecção relembra ele a distinção clássica entre as intervenções punitivas e as intervenções coativas, classificando a responsabilidade penal das pessoas jurídicas dentro das intervenções coativas.

¹⁴² GRACIA MARTIN, Luis. *El actuar en lugar de outren en derecho penal*. Zaragoza: 1985. p. 4.

¹⁴³ GONZÁLEZ CUSSAC, José L. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts 31, bis ter, quárter y quinquies In: *Comentários a La Reforma del Código Penal 2015*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015. p. 163.

Na visão de Silva Sanchez ¹⁴⁴ para se evitar a crítica de que se trata de responsabilidade por um fato de outro, adota-se a teoria da identificação ou do *alter ego*, construída no modelo anglo-saxão.

Nesse sentido, esclarece ele que a adoção desta teoria é feita pelo inverso, pois na heterorresponsabilidade se aproveita a responsabilidade individual, em forma de transferência ao ente coletivo, enquanto nas cláusulas usuais de atuação em nome de outro, ocorre concessão de poderes do outorgante que a legitimar a atuação do outorgado.

Entretanto, essa forma não fundamenta satisfatoriamente a possibilidade de sancionar tanto ao órgão, como à pessoa física, em realidade, como também alerta Silva Sanchez ¹⁴⁵: “desde a perspectiva que propõe, há que se afirmar que existe um único fato de um único sujeito e do órgão, de modo que a dupla sanção incorre em um *bis in idem*”.

Para Nieto Martín ¹⁴⁶, as objeções de natureza constitucional, relacionadas com os princípios da proporcionalidade e de *non bis in idem*, são muito mais evidentes e significativas na adoção do modelo de heterorresponsabilidade, na medida em que a responsabilidade por transferência implica estar-se reconhecendo um mesmo fato delituoso para atribuição da responsabilidade do representante legal, dirigente ou administrador da empresa e poder punir a pessoa jurídica.

Assim, sustenta que, mesmo havendo uma argumentação do Tribunal Constitucional da Espanha de que, sendo os sujeitos distintos, impede-se o argumento de que seria um *bis in idem*, dar-se-ia uma visão abstrata da realidade, a que não se pode dar guarida.

Defende o autor, no entanto, como argumento, a não ocorrência do *bis in idem*, posto que a natureza do fundamento das sanções é diversa, sendo imposta ao representante legal, dirigente ou administrador uma forma de prevenção especial, enquanto a imposta à empresa tem natureza de prevenção geral, pois visa à adoção de medidas de autorregulação com o fim de prevenir e investigar fatos delitivos.

Além disso, para Nieto Martín ¹⁴⁷, quando aborda a tradicional crítica de que a adoção de responsabilização penal da empresa, puniria também os sócios inocentes, isso não

¹⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.-M. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Madrid: Edisofer, 2016, p. 298.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 298

¹⁴⁶ NIETO MÁRTIN, Adan. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un Modelo Legislativo*. Madrid: Iustel, 2008. p. 110.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 107.

seria afronta ao princípio da culpabilidade, pois deve-se compreender tal sanção como inserida no contexto dos danos colaterais de uma condenação, haja vista recair sobre aqueles que possuem responsabilidade solidária, inerente ao próprio negócio em sociedade.

Contudo, ressaltou ele ¹⁴⁸ que precisou utilizar-se de uma armadilha nesta argumentação, como esclareceu, posteriormente:

Tomei como modelo de sociedade uma grande empresa, cuja participação é composta de um grupo muito grande de sujeitos. As coisas são logicamente distintas, quando a sanção se impõe a grupos familiares ou mesmo para entidades relativamente grandes, com uma estrutura acionária fechada, onde os acionistas controladores são, por sua vez, responsáveis pela entidade sancionada criminalmente.

Persistem assim, na opinião deste doutorando, entraves na aplicação do princípio da responsabilidade pessoal nesse modelo de heterorresponsabilidade, porquanto, apesar de visar a punição do próprio ente coletivo, a imputação considera típica a conduta humana que estaria a representar os interesses da empresa.

Um movimento doutrinário, por seu turno, direcionou esforços para que houvesse essa observância do princípio da responsabilidade pessoal, considerando plausível uma imputação direta da própria pessoa jurídica, visando à responsabilidade penal pela conduta típica realizada, mesmo que, para isso, fosse necessária a construção de doutrina própria.

Nesse sentido, foi crescendo a perspectiva de autorresponsabilidade da pessoa jurídica.

4.3 A AUTORRESPONSABILIDADE

Esse modelo pretende construir a responsabilidade penal da pessoa jurídica de forma autônoma, sem necessidade de transferência de responsabilidade individual da pessoa física agindo em nome da empresa, como ocorre no modelo da heterorresponsabilidade.

¹⁴⁸ NIETO MÁRTIN, *op cit.*, p. 110.

Dentre seus maiores defensores, destaca-se Carlos Gómez-Jara Diez¹⁴⁹, que inclusive o sustentou como tese de doutorado na Universidade Autônoma de Madrid em 2004, adotando, como premissa, uma mudança de paradigma, para poder transpor os obstáculos de uma visão hermética da teoria do delito e compreender a culpabilidade da própria empresa.

Assim, defende esse autor uma análise da questão com respaldo na teoria dos sistemas sociais autopoieticos, sugerindo uma classificação em que o direito seria compreendido como sistema social funcional, a empresa como sistema social organizativo e o ser humano como sistema psíquico.

Nesse contexto, ele argumenta que o ponto de partida na construção de uma culpabilidade da própria empresa é a visão dentro da perspectiva de uma ação comunicativa para explicar o fenômeno social, com respaldo nas ciências da comunicação que caracterizadoras da sociedade moderna.

A proposta de Gómez-Jara Diez¹⁵⁰ pretende desenvolver um conceito de pessoa jurídico-penal que inclua tanto os indivíduos como as organizações empresariais.

Advoga ele uma concepção, atribuída a Gunther Jackobs, de que as pessoas se compreendem como “limitações individualmente atribuídas de possibilidades de comportamento”, e, por isso, não podem ser vistas como produto da natureza, mas decorrentes de um processo comunicativo, e esse processo de comunicação não é derivado delas, mas elas surgem dessa comunicação.

Nessa argumentação, contudo, entende-se que se evidencia fragilidade na construção dogmática, pois é evidente que as pessoas físicas, conquanto tenham, ao longo do tempo, angariado melhor reconhecimento de seus direitos, inerentes ao exercício da cidadania, não precisaram de ação comunicativa do direito, para o reconhecimento de sua natureza humana. Essa compreensão já lhes era assegurada desde o nascimento com vida, apesar da existência de preconceitos e tratamentos desiguais e injustos, como inclusive já se destacou neste trabalho.

Destarte, a possível indagação a fazer, sem qualquer juízo de valor precedente, do que vem a ser uma pessoa, não precisa da ação comunicativa do direito para que haja acerto na definição, pois é algo real e identificável para qualquer observador, ao se reportar ao ser humano, como exemplo de pessoa.

¹⁴⁹ GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 203.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p.220.

Já a pessoa jurídica é que precisa, desde o seu nascedouro, de ação comunicativa do direito, uma vez que ela é fruto de um acordo de vontades entre as pessoas físicas, que se unem com o propósito de exercer atividade empresarial e após o devido registro e conformação às diretrizes das regras jurídicas aplicáveis a essa entidade, passa ela então a ser considerada como pessoa.

Nesse aspecto, é nítida e intransponível a objeção apresentada pela doutrina contrária à responsabilização penal da pessoa jurídica, desde os primórdios desse debate, ao argumentar que, sendo a empresa fruto de ficção jurídica, não é capaz de apresentar ato volitivo e de ação e, por via de consequência, não se pode falar de culpabilidade do ente coletivo.

Para Gracia Martín¹⁵¹ a pretensão de Gomez-Jara Diez de construir um conceito jurídico-penal de pessoa, é inútil e equivocada, visto que:

Se fosse verdade que o sujeito de direito penal era uma "pessoa", então o autor espanhol deveria ter percebido que o conceito de "pessoa" já inclui por definição, tanto a física quanto a jurídica, e nesse sentido e só por essa razão, sua tentativa revela-se tão vazia e inútil, como seria, por exemplo, elaborar um conceito de batráquio que incluísse rãs e sapos ao mesmo tempo, embora isso já tenha sido definido por muito tempo na taxonomia zoológica.

Em que pese essa substancial crítica, boa parte da doutrina vem seguindo o caminho trilhado no modelo anglo-saxão e, por isso, tem servido de referência para a construção de conceito de culpabilidade própria da empresa, como argumenta Nieto Martín¹⁵² ao propor, inclusive, uma classificação, em conformidade com o fundamento que cada corrente sustenta: a) a culpabilidade da empresa como cultura corporativa desviada (CP australiano); b) a culpabilidade da empresa como ausência de um comportamento pós delitivo adequado (Fisse, Braithwaite); c) a culpabilidade da empresa como culpabilidade pelo caráter ou culpabilidade pela condução da empresa (Heine, Lampe) e d) a culpabilidade da empresa como defeito de organização (Reino Unido, Gomez-Jara Diez).

¹⁵¹ GRACIA MARTIN, Luis. *Concepto categorial teleológico y sistema dogmático del moderno Derecho penal económico y empresarial de los poderosos*. Revista para El Analisis Del Derecho, Dret.Barcelona, n. 3, p. 22, jul. 2016.

¹⁵² NIETO MÁRTIN, Adan. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un Modelo Legislativo*. Madrid: Iustel, 2008. p. 146.

Quanto à culpabilidade da empresa enquanto cultura corporativa desviada, é imperioso observar o que consta no Código Penal australiano¹⁵³ como definição do que vem a ser cultura corporativa, nestes termos: 12.3 (6): "uma atitude, política, tipo de conduta ou prática geral dentro da corporação ou em uma parte dela em que uma atividade importante acontece".

Destaca Nieto Martín que houve na Austrália mudança de critérios, pois havia anteriormente naquela legislação adoção da teoria da identificação.

Na atual regulamentação australiana, são estabelecidos os princípios gerais aplicáveis numa responsabilização criminal das pessoas jurídicas, havendo na primeira parte o que se denomina de elementos físicos, relativos aos atos praticados pelos integrantes do ente coletivo, independentemente do nível hierárquico deles na estrutura organizacional, com estabelecimento das hipóteses em que essas ações devam ser atribuídas à instituição.

A esse elemento físico se soma a culpabilidade da própria empresa, pela cultura corporativa desviada, prevista em dois tópicos dessa mesma divisão:

12.3 (2) c: provando que existe uma cultura corporativa dentro da corporação que dirigiu, encorajou, tolerou ou permitiu o não cumprimento da disposição relevante.

12.3 (2) d: provando que a corporação não criou e manteve uma cultura corporativa que exigia a conformidade com a previsão.

Na segunda classificação, os autores Fisse e Braithwaite¹⁵⁴ reforçam a necessidade de responsabilização do ente coletivo, quando argumentam que:

Em uma economia corporativa dinâmica, os modelos de lei criminal que foram projetados para estabilizar a responsabilidade criminal individual estão fadados ao fracasso. Quanto mais fluxo houver na economia, maior será a incerteza sobre a provável eficácia de qualquer estratégia de controle. Dada a incerteza crescente, mais imperativo se torna ter uma estratégia dinâmica e diversificada. Uma estratégia dinâmica é aquela que tenta o remédio após remédio, abandonando cada um se a experiência provar que é um fracasso.

¹⁵³ CRIMINAL Code Act 1995. Disponível em: <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion>. Acesso em 23 out. 2018.

¹⁵⁴ FISSE, Brent; BRAITHWAIT, John. *Corporations, crimes and accountability*. Cambridge, 1993. p. 218.

Nieto Martín¹⁵⁵ observa que Fisse e Braithwaite mostram, em sua proposta, estrutura temporal diferente para avaliação da culpabilidade da empresa, pois, diferentemente da responsabilização penal individual, em que a cronologia observada é: conduta + sanção, na responsabilização penal da empresa, a ordem que se deve observar é: ação individual + reação da empresa + (quando apropriada) sanção.

Por isso destaca que o importante não é como a empresa se comporta antes do ato criminoso, mas sua reação a eventos, ao comportamento pós-conflito ou à falha corporativa reativa, definida como sua culpabilidade, por não adotar medidas preventivas ou corretivas satisfatórias, em resposta à prática de crime por parte de seus empregados, quando agem em nome da corporação.

Na terceira classificação elencada por Nieto Martín¹⁵⁶ foi exposta a ideia de Heine sobre as condições para uma culpabilidade da empresa:

Uma empresa que negligencia os riscos típicos de sua atividade omitindo:

1. a obrigação de garantir as fontes de risco a longo prazo da actividade comercial através de medidas organizacionais e da adequação da estrutura interna da empresa;
2. a obrigação de manter o nível de segurança na delegação de competências empresariais,
3. A obrigação de supervisionar e controlar os riscos da actividade empresarial será sancionada com uma sanção da empresa quando ocorrer um distúrbio comercial relevante.

Há um distúrbio comercial relevante quando ocorrem:

1. morte ou lesão corporal grave em grupos da população,
2. perigos contra a comunidade, especialmente incêndios ou explosões (ou sérios danos a um grande número de edifícios),
3. Danos graves ao meio ambiente, que só podem ser aliviados com sérias dificuldades ou após um longo período de tempo.

Na complementação desse pensamento, surgiu o trabalho de Lampe, para quem:

A culpabilidade de uma empresa é consequência de um caráter comercial defeituoso que se mantém ao longo do tempo e que não se refere a ações

¹⁵⁵ NIETO MÁRTIN, Adan. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un Modelo Legislativo*. Madrid: Iustel, 2008, p. 138.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 139.

concretas, mas ao "ser" da corporação. Esse caráter defeituoso é expresso de duas maneiras, que lembram respectivamente a fraude ou imprudência. A primeira é uma filosofia ou cultura empresarial desviada, da qual o comportamento criminal individual constitui uma expressão. A lógica da responsabilidade pelo caráter é evidente: o ato criminoso nada mais é do que a expressão de uma personalidade defeituosa.

As críticas doutrinárias a essas ideias de Heine e Lampe foram contundentes, como advertem Busato e Reinaldet¹⁵⁷, na medida em que se identificou, com tal visão de culpabilidade da empresa, em face de sua própria condição defeituosa, independente da prática de fato delituoso, um indesejável retorno a um direito penal do autor, já refutado pela teoria do delito.

No mesmo sentido Galán Muñoz¹⁵⁸ assegura que:

Querer sustentar a responsabilidade das pessoas jurídicas não pela forma como agiram ou se omitiram num fato concreto, em que poderiam ser responsabilizadas, mas julgar a sua atividade comercial, antes da ocorrência de um fato delituoso, mostra semelhanças óbvias, com a velha e injuriada teoria da culpa pela conduta de vida.

Como última classificação proposta por Nieto Martín para as formas de culpabilidade da empresa, destaca-se aquela cujo fundamento denomina-se de defeito de organização, tendo como idealizador Klaus Tiedemann¹⁵⁹.

Para Nieto Martín a culpabilidade da empresa por defeito de organização atende aos propósitos delineados pela política anticriminal estimuladora da responsabilização penal da pessoa jurídica, pois a exigência de autorregulação é um dos meios recomendados para a prevenção de atos criminosos e a reparação de suas consequências.

O Reino Unido implantou esse fundamento em seu modelo de responsabilização penal da pessoa jurídica, na reforma ocorrida com o Relatório da Comissão Jurídica n. 237¹⁶⁰

¹⁵⁷ BUSATO, Paulo Cesar; REINALDET, Tracy Joseph. Crítica ao uso dogmático do *compliance* como eixo de discussão de uma culpabilidade de pessoas jurídicas. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO Paulo Cesar (Coord), DAVID, Décio Franco. (Org.). *Compliance e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2015.

¹⁵⁸ GALÁN MUÑOZ, A. La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: Entre la hetero - y la autorresponsabilidad. *Revista general de derecho penal, [S.l.]*, n. 16, p. 13, 2011.

¹⁵⁹ TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de derecho penal económico*. Barcelona: PPU, 1992. p. 239.

¹⁶⁰ REINO UNIDO. [Relatório da Comissão Jurídica n. 237 de 1996]. Disponível em: <http://www.lawcom.gov.uk>. Acesso em: 24 out. 2018.

de 1996, em que se inseriu um delito especificamente voltado para as pessoas jurídicas, denominado de "homicídio da corporação", como se lê:

- (1) Uma corporação é responsável pelo homicídio da corporação quando:
 - (a) uma falha em sua direção é a causa ou uma das causas da morte,
 - (b) tal decisão pode ser considerada uma ação que não cumpre com a norma que pode ser razoavelmente exigida de uma corporação em tais circunstâncias.
- (2) Para os fins da seção anterior, (1).
 - (a) Existe uma falha de gestão quando sua atividade é realizada e organizada sem garantir a saúde e a segurança das pessoas empregadas ou relacionadas a tal atividade.
 - (b) A decisão pode ser considerada a causa da morte, mesmo que sua causa imediata seja encontrada na ação ou na omissão de um indivíduo.

Essa iniciativa decorreu devida a vários acidentes fatais no transporte público, em especial um grave acidente marítimo em 1987, onde 188 pessoas perderam a vida. O debate sobre o modelo de imputação foi intensificado no Reino Unido, quando a ineficiência da teoria da identificação se tornou evidente, na medida em que os tribunais ingleses não conseguiram estabelecer a culpabilidade individual ao cargo de gerente sênior, do qual derivaria a responsabilidade da empresa.

Na exposição de motivos do Relatório da Comissão n. 237, que introduziu a alteração, há uma indicação específica desse julgamento, como se lê: Não havia provas suficientes para condenar qualquer desses réus individuais, e o caso contra a empresa também tinha de fracassar. Essa decisão destacou a grande dificuldade que deve ser superada antes que uma empresa possa ser processada com sucesso, ou seja, que os atos relevantes devem ser resolvidos, se cometidos por aqueles identificados como a personificação da própria empresa.

Nos sistemas jurídicos que adotaram esse modelo, tem havido estímulo estatal para a implementação de programas de cumprimento (*compliance programs*), em que se definem as medidas preventivas a ser adotadas para se evitar a ocorrência de riscos aos bens individuais ou coletivos, no desempenho das atividades da empresa.

Além disso, entende Nieto Martín¹⁶¹ que se evita uma superexploração do direito penal individual, reduzindo custos com processo penal, na perspectiva de que, com a

¹⁶¹ NIETO MÁRTIN, Adan. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un Modelo Legislativo*. Madrid: Iustel, 2008. p. 147.

autorregulação, também pode ser facilitado sobretudo o esclarecimento de crimes, já que a própria empresa passaria a se interessar pela investigação.

Ao abordar a importância da política de auto-organização da empresa, Esteve Pardo¹⁶² observa que, na área ambiental, as mais modernas e exigentes legislações consideram que a realização de controle da atividade desenvolvida pela pessoa jurídica, principalmente através de auditorias realizadas por empresas tecnicamente especializadas, pode colocar a empresa em situação muito mais sólida, ante possível ação de responsabilidade.

Essas regras a serem estabelecidas resultam de procedimento complexo, que envolve as normas gerais tratadas em legislação sobre a matéria, técnicas produzidas em cada setor, por especialistas designados para tal fim e regras consensuais, oriundas das rotinas adotadas noutras empresas, no desempenho de atividade similar, e que revelaram notória validade.

Os que identificam nesse modelo de autorregulação uma delegação em que o Estado confere para a própria empresa a disciplina de seu funcionamento, precisam compreender que a intervenção do ente público na esfera de autonomia privada, deve ser limitada apenas às hipóteses em que haja violação da norma legal.

Contudo, a normativa estatal, para ter efetividade, deve estabelecer critérios que observem tanto um mínimo de ofensividade ao bem jurídico, no seu aspecto material, quanto uma mera exposição a risco, quando considerar, em algumas atividades, que a ocorrência do dano seria mais grave do que a ação preventiva de sua ocorrência, como justificativa para a adoção de medidas preventivas.

Para Gomez-Jara Diez¹⁶³, a auto-organização empresarial tem, como primeiro fundamento, o fato de que a validade de certos padrões na vida social hodierna depende da adoção de lealdade à lei por parte das empresas.

Além disso, sustenta ele que o fenômeno da autorregulação nasce como reflexo da incapacidade do Estado em poder regular os riscos característicos da sociedade industrial pós-moderna.

¹⁶² ESTEVE PARDO, José. *Autorregulación: Génesis y efectos*. Navarra: Aranzadi, 2002. p. 17.

¹⁶³ GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos. Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, maio/ago., p. 17, 2006.

Eis aqui um ponto a unir ideia de autorregulação com postulados de política anticriminal justificativas da adoção de responsabilização penal das pessoas jurídicas, como já foi abordado.

Na sua proposição de autorresponsabilidade, Gomez-Jara Diez ¹⁶⁴ indica as penalidades criminais contra as empresas:

1. A organização empresarial é criminalmente responsável quando os riscos gerados por sua atividade comercial prejudicam ou põem em perigo os direitos legais protegidos na Parte Especial do Código Penal.
2. Da mesma forma, a organização empresarial é criminalmente responsável pelas ações criminosas de seus membros relacionadas à sua atividade comercial, quando não adotaram as medidas organizacionais apropriadas para impedir sua comissão.
3. Somente a produção intencional ou imprudente de riscos de negócios será punível.
4. A empresa estará isenta de responsabilidade quando tiver institucionalizado previamente o resultado prejudicial ou em perigo referido na secção 1, ou a execução do ato criminal consignado na secção 2, uma cultura empresarial de cumprimento o direito.

A questão que subsiste é se a adoção de autorregulação consagra os princípios necessários para que a dogmática penal da modernização tenha base de segurança para sua utilização como fundamento.

Uma das críticas mais contundente a este modelo de autorresponsabilidade continua sendo a de uma completa ausência de vontade própria e conscientização do ente coletivo, para determinar-se de acordo com este entendimento, características inerentes e exclusivas à condição de pessoa humana, dentro do modelo edificado e insuperável do *jus puniendi* no Estado de direito.

Ao discorrer sobre essa questão, destacando que tal não foi seu ponto de partida na argumentação, mas sim de chegada Gracia Martín ¹⁶⁵ justifica essa visível incapacidade da empresa, ao dizer que: “em suma, porque o substrato real da pessoa jurídica como tal é

¹⁶⁴ GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos. Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, maio/ago., 2006.

¹⁶⁵ GRACIA MARTIN, Luis. Concepto categorial teleológico y sistema dogmático del moderno Derecho penal económico y empresarial de los poderosos. *Revista para El Analisis Del Derecho, Dret. Barcelona*, n. 3, p. 16, jul. 2016.

absolutamente desprovido de qualquer propriedade com potencial adequado para executar ou omitir ações e, obviamente, para agir como culpado no sentido do direito penal”.

Gracia Martín¹⁶⁶ cita a mudança de posição de Gunther Jakobs, quando percebeu o equívoco de sua posição primitiva, para dessa feita asseverar de forma clara e, no seu entender, com toda a razão que:

‘A própria entidade jurídica não pode haver negação da norma’, como ela ‘não pode executar’ o papel de um autor, no sentido do direito penal, [...] o conceito de culpa, que foi desenvolvido para pessoas naturais, cuja identidade é estabelecida através da unidade da consciência que lhes é atribuída, não pode ser ampliada ou distorcida de tal forma que também inclua pessoas jurídicas, cuja identidade é garantida por meio de sua constituição.

Além desses aspectos, surgiram outras críticas, do ponto de vista dogmático, ao modelo de autorregulação, que podem ser sintetizadas, como salientam Busato e Reinaldet¹⁶⁷ da seguinte forma:

a) o defeito de organização não atende ao princípio da responsabilidade pessoal, pois não há na teoria construtiva da autorregulação a apresentação de respostas concretas a este respeito, pois permite que possa ser simplesmente considerado como um assunto interno da empresa; b) a “falha na instalação ou mal funcionamento de um sistema de *compliance* não se relaciona a uma pretensão de reprovação, mas muito mais a uma violação de dever.

Por isso entendem¹⁶⁸ que “adotar o conceito construtivista de culpabilidade empresarial, significa, de modo sumário, realizar um compromisso com o retrocesso da teoria do delito, pois estar-se-ia importando para a culpabilidade um conteúdo que é a toda evidência inerente ao injusto, ao tipo penal (*culpa strictu sensu*)”.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 16.

¹⁶⁷ BUSATO, Paulo Cesar; REINALDET, Tracy Joseph. Crítica ao uso dogmático do *compliance* como eixo de discussão de uma culpabilidade de pessoas jurídicas. *In.*: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO Paulo Cesar (Coord), DAVID, Décio Franco. (Org.). *Compliance e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 49.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 63.

Para Nieto Martín¹⁶⁹, dentre as questões cruciais a ser resolvidas na definição de qual desses modelos de responsabilização penal das pessoas jurídicas deve ser adotado, destaca-se “a relação entre culpabilidade individual e coletiva”.

Observa que na teoria vicarial ou de heterorresponsabilidade, tem-se o propósito de identificar as duas culpabilidades, tanto a individual como a do ente coletivo. Já, no modelo de autorresponsabilidade, a principal característica é o fortalecimento da ideia de culpabilidade corporativa, que dispensaria a necessidade de transferência e se desprezaria totalmente a conduta do agente.

Nieto Martín¹⁷⁰ entende que:

Ambos os extremos estão claramente errados: pois a culpa não ser transferida, como o modelo vicarial propõe, não implica, de forma alguma, que o agente e o grau de injustiça ou culpa que apresenta seu comportamento, são fatores que devem ser desprezados no momento de medir a culpabilidade da empresa, pois é tão errado ignorar o agente, quanto as características da empresa.

Compreende-se que a relação existente entre os comportamentos individuais e o proveito com o resultado para o ente coletivo realmente não podem ser dissociados, pois existe nítido vínculo de interdependência entre os dois, que podem ser agrupados em alguns tópicos:

a) o elemento subjetivo que norteia o comportamento é evidentemente do indivíduo, que, tendo o poder decisório ou a uma condição de agir, com uso fraudulento do nome da empresa, sobrepõe seus interesses individuais, aos legítimos que a organização deveria preservar;

b) a posição hierárquica do indivíduo dentro da estrutura organizacional, impacta a compreensão, por parte dos subordinados, do programa de cumprimento que efetivamente revela as diretrizes adotadas pela empresa;

c) a importância da avaliação desse comportamento individual, com seu viés subjetivo, possibilitará a adequação típica correta do resultado produzido pela conduta, isto é, se houve uma prática dolosa ou culposa;

¹⁶⁹ NIETO MÁRTIN, Adan. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un Modelo Legislativo*. Madrid: Iustel, 2008, p. 162.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 162.

d) a ausência de respostas satisfatórias do modelo único de responsabilização individual leva à impunidade de delitos empresariais.

Cada um desses tópicos demanda necessariamente maior aprofundamento, o que será feito ao longo deste trabalho.

Contudo, considerando a classificação que se seguiu dos modelos de responsabilização penal da pessoa jurídica, continuar-se-á na análise das formas utilizadas para a responsabilização penal da pessoa jurídica, com a identificação das principais características do modelo misto ou eclético, assim como das críticas que lhe são impostas pela doutrina.

4.4 O MODELO MISTO OU ECLÉTICO

Seguindo a linha da pesquisa desenvolvida por Nieto Martín¹⁷¹, existem três sistemas jurídicos que adotam este modelo assim denominado por conciliar a culpabilidade individual com a da empresa: o dos Estados Unidos, através das *Guidelines*, o da Itália com o decreto legislativo 231, de 2001, e o da Áustria, com a VbVG, de 2006.

Ressalve-se, no entanto, que, desses três sistemas, apenas o modelo americano é de responsabilização penal, pois enquanto o modelo austríaco é de responsabilização administrativa, o italiano apesar de sofrer uma forte crítica doutrinária, por ter sido desenvolvido na perspectiva de responsabilização penal, apresenta-se como sendo de responsabilização administrativa.

Nas *Guidelines* adotada nos Estados Unidos, a culpabilidade da empresa é levada em consideração na aplicação da pena, quando procedente de culpabilidade individual do representante do ente coletivo, identificado como responsável pela prática delitiva.

Mas, nesse modelo de imputação, desenvolveu-se uma das formas mais evoluídas de aplicação do modelo vicariante, visto que se utiliza, como fato de conexão entre a culpabilidade individual e a da empresa, a ocorrência, tão somente, de defeito de organização interna, consistente na ausência de supervisão permanente por parte da empresa.

¹⁷¹ NIETO MÁRTIN, Adan. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un Modelo Legislativo*. Madrid: Iustel, 2008. p. 177.

Afirma Nieto Martín¹⁷² que, numa análise dos julgados, publicados visando a uma padronização entre as condenações das empresas, restaram evidenciados os fundamentos de política criminal das diretrizes dessas *Guidelines*, que podem ser reduzidas a duas estratégias: a) a primeira e mais conhecida é o graficamente chamada de "cenouras e paus" (*carrots and stick*): que visa atenuar a pena quando a empresa colabora na prevenção e apuração do crime e no aumento das investigações, de forma indireta; b) a segunda estratégia consiste na regulamentação cooperativa, que representa uma síntese de todo um debate legislativo e doutrinário, ocorrente desde pelo menos os anos 1950, entre intervencionismo e autorregulação, e que considera a melhor maneira de se canalizar o comportamento empresarial é estabelecer, como forma de coação, sanções positivas ou negativas, para que as empresas se autorregulam de forma eficaz.

Por outro lado, essas estratégias adotadas na *Guidelines*, apontam na direção das medidas a serem adotadas pelas empresas, de forma preventiva, quais sejam: a adoção dos programas de cumprimento (*compliance programs*) a colaboração e o pacto com a administração da justiça, como garantia de atenuação, clemência ou até de anistia.

Revela-se muito interessante esta alternativa, pois a determinação do estabelecimento de programas de cumprimentos vem crescendo gradativamente no mundo corporativo, fomentando o desenvolvimento de tecnologias e o aperfeiçoamento técnico especializado. A iniciativa, indubitavelmente, é um ponto de destaque numa atuação preventiva contra os riscos que a atividade empresarial gera, em seu funcionamento regular.

Um exemplo que serve como referência para a necessidade de adoção de uma regra desse jaez no Brasil, ocorreu no julgamento em trâmite no Supremo Tribunal Federal, HC 83.554-6 PR, relatado pelo ministro Gilmar Mendes, em que se concedeu a ordem para trancamento da ação penal, por considerar que não seria atribuição do presidente da empresa controlar a realização de fiscalização sobre os 14 mil quilômetros de oleodutos, devido à existência na referida empresa de setores encarregados dessa tarefa.

O fato é que, ante a constatação de grave vazamento com danos ambientais incalculáveis, sobleva a importância de que a empresa usuária do oleoduto tenha que

¹⁷² NIETO MÁRTIN, Adan. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un Modelo Legislativo*. Madrid: Iustel, 2008. p.181-182.

efetivamente assumir de forma integral, como medida de prevenção, o controle e a fiscalização a fim de evitar qualquer vazamento.

A adoção de uma regra de cumprimento, concomitante à determinação de sanções positivas e negativas, à indicação de periodicidade mínima, além da obrigação de auditoria externa, certamente viriam resultar em redução dessas ocorrências.

Por isso, conclui Nieto Martín¹⁷³ nestes termos:

Em vez de pensar em corporações eticamente indiferentes, supõe-se que a empresa é ou pode ser um bom cidadão que colabora com a administração da justiça, promovendo ativamente dentro dela os valores e interesses que protegem a norma criminal. As boas corporações cidadãs, obterão em troca de sua colaboração não apenas reduções em suas sanções, mas uma melhor imagem e uma margem de confiança para implementar autonomamente seu sistema de prevenção e controle.

A crítica que se apresenta é de que a empresa que pratica delitos e não tinha realizado um programa de cumprimento estaria precocemente sendo vista de uma forma negativa em relação a que havia realizado o programa de cumprimentos.

No entanto, a adoção dessa estratégia, proporciona ao sistema penal uma atuação mais eficiente com as empresas que não adotem ou que não estejam executando seus programas de cumprimento, o que por certo diminuiria a quantidade de delitos empresariais que sequer estariam sendo alvo de investigação, por ausência de qualquer registro ou providência de ofício por parte dos segmentos responsáveis.

Na Itália, o Decreto Legislativo 231, de 08 de julho de 2001, estabeleceu a responsabilização administrativa das pessoas jurídicas pelos atos ilícitos praticados em seu interesse ou proveito.

Nesse decreto, percebe-se carácter complexo e audacioso, vez que, a forma utilizada que na heterorresponsabilidade, é a mesma para a responsabilidade criminal da pessoa física que cometeu um crime. Imputa-se responsabilidade à pessoa jurídica, em cujo interesse ou em benefício da qual a infração foi cometida. Apenas difere daquela, quanto à natureza da sanção imposta aos entes coletivos.

¹⁷³ NIETO MÁRTIN, Adan. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008. p. 183.

Efetivamente, como se observa no artigo 5º do decreto em tela¹⁷⁴, foi estabelecido que a pessoa jurídica responderá cada vez que cometer os delitos ali especificados "em seu interesse ou benefício exclusivo", nos seguintes assuntos:

- a) pessoas que exerçam funções de representação, administração ou gestão da entidade ou de alguma unidade orgânica dela, dotada de autonomia financeira e funcional, bem como pessoas que exerçam, de fato, sua gestão e controle (dirigentes, supervisores, gestores);
- b) pessoas sob a direção ou supervisão das pessoas mencionadas na letra "a".

A responsabilização da pessoa jurídica, apesar de definida pelo legislador como de natureza administrativa, mesmo vindo a ser atribuída no âmbito de processo penal, possui como característica, além disso, ser totalmente independente em relação à física que comete o crime. Com efeito, nos termos do artigo 8.º do decreto supracitado, a pessoa jurídica pode ser considerada responsável, mesmo que o autor material do crime não seja imputável não tenha sido identificado, ou mesmo que a infração tenha sido extinta por razões que não incluem a anistia.

A resistência à doutrina italiana era visível antes do movimento de política criminal que resultou na edição do decreto, como se percebe em Franco Bricola¹⁷⁵, numa expressa posição contrária à responsabilidade penal da pessoa jurídica:

Os argumentos apresentados pela doutrina em apoio à tese da irreponsabilidade criminal das sociedades são bem conhecidos e se espalham em diferentes níveis. Em primeiro lugar, em um nível lógico-conceitual, com a teoria da ficção, em que todo direito subjetivo existe por causa da liberdade moral inerente a cada homem e que, portanto, o conceito primitivo de pessoa como portadora de deficiência ou pessoa jurídica deve coincidir com o conceito de homem, porque cada homem e apenas cada homem é capaz de direitos.

Para esse autor¹⁷⁶, antes da edição do decreto de 2001, a adoção de responsabilização penal das pessoas jurídicas seria procedimento ultrapassado: "Um modelo

¹⁷⁴ ITÁLIA. *Decreto Legislativo 231, de 08 de julho de 2001*. [Estabelece a responsabilização administrativa das pessoas jurídicas pelos atos ilícitos praticados em seu interesse ou proveito]. Itália, 2001.

¹⁷⁵ BRICOLA, Franco. *Scritti di diritto penale*. Milano: Dott. A. Giuffré Editore, 1997. p. 2980.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 3091.

arcaico e mal adaptado ao papel das sociedades anônimas na economia do País, que deve ainda ser mudado de perspectiva, ao admitir que as sociedades anônimas não são feitas apenas para alimentar a seção financeira do Ministério Público”.

Dessa forma, compreende-se a preferência pela adoção das sanções administrativas, previstas no art. 9º do referido decreto ¹⁷⁷, aplicáveis contra a pessoa jurídica, como consequência da comissão ou da tentativa de cometimento dos crimes:

- a) multa de até 1.549.370,69 euros (e apreensão preventiva como medida cautelar);
- b) sanções de interdição (aplicáveis mesmo como medidas cautelares) de duração não inferior a três meses e não superior a dois anos, podendo consistir em: 1) interdição do exercício da atividade; 2) suspensão ou revogação das autorizações, 3) licenças ou concessões funcionais para a prática do ato ilícito; 4) proibição de contratar com a administração pública; 5) exclusão de subsídios, financiamentos, contribuições ou subsídios e possível revogação dos concedidos; 6) proibição de publicidade de bens ou serviços; 7) confisco (com bloqueio preventivo, como medida de precaução); 8) publicação do acórdão em caso de aplicação de uma sanção de interdição.

Nos artigos 6º e 7º do decreto italiano está prevista, a isenção de responsabilidade da pessoa jurídica por crimes cometidos por pessoas físicas em posição de superioridade hierárquica e por dirigentes a elas subordinados, nos casos em que o ente coletivo demonstre ter adotado e aplicado, efetivamente, os modelos necessários de organização, gestão e controle, para a prevenção da prática dessas infrações penais. Para esse propósito específico, o sistema prevê ainda a instituição de órgão de controle interno da entidade, com a função de monitorar a efetividade real do modelo.

Como afirmado anteriormente, é audacioso o modelo italiano, pois adota uma responsabilização administrativa com características que se assemelham ao modelo vicarial de heterorresponsabilidade, com a possibilidade de aplicação no mesmo processo penal em que o dirigente está sendo responsabilizado.

Por fim, dentro desse modelo eclético, em 1º de janeiro de 2006, na Áustria, entrou em vigor a lei conhecida pela sigla VbVG, relativa à responsabilidade criminal das pessoas coletivas.

¹⁷⁷ ITÁLIA. *Decreto Legislativo 231, de 08 de julho de 2001*. [Estabelece a responsabilização administrativa das pessoas jurídicas pelos atos ilícitos praticados em seu interesse ou proveito]. Itália, 2001.

Nessa lei foi adotada uma responsabilização administrativa, como expõe Robles Planas¹⁷⁸:

As pessoas coletivas respondem à prática de um ato criminoso por uma pessoa singular a ela ligada, evitando assim uma declaração sobre a natureza criminal ou não de tal responsabilidade, pois a lei não usa, a qualquer momento, expressões como pena ou sanção penal.

Entretanto, o legislador austríaco adotou um sistema de acumulação de penalidades para pessoas físicas e jurídicas (§ 3, seção 4), dentro do mesmo processo penal, em que é determinada a responsabilidade do indivíduo.

Nesse propósito, a VbVG contém uma série de preceitos de natureza processual, fundamentalmente destinados a estender o atual regulamento processual penal para pessoas físicas (StPO) a pessoas jurídicas que possam ser responsabilizadas nos termos da lei (§§ 13 a 27).

Assim, por exemplo, no § 14, seg. 3 da VbVG, ficou estabelecido que, na legislação austríaca de processo penal, a utilização dos termos suspeito, acusado ou culpado, também inclui as pessoas coletivas responsáveis.

Da mesma forma, a lei estabeleceu que a entidade seria considerada réu durante o procedimento, iniciado a pedido do Ministério Público, após a realização de investigação preliminar ou parte apropriada (§ 13).

Finalmente, destacam-se nessa legislação os amplos poderes para desistir da busca concedida ao Ministério Público (§ 18), que se pronuncia por ponderação dos diversos interesses conflitantes (gravidade do ato, produção de consequências, comportamento da corporação após o fato, danos por agrupamento, caso de sanção).

Conforme exposto no início deste tópico, apenas o modelo americano é de responsabilização penal e, dessa forma, justifica-se uma maior ênfase em sua análise, na perspectiva desenvolvida.

¹⁷⁸ ROBLES PLANAS, Ricardo. Delitos de personas jurídicas. *Indret*, Barcelona, n.2, 2006. p. 8.

Fincadas as premissas dos modelos adotados, patenteia-se sobretudo relevante o estudo mais acurado das contribuições da teoria da ação significativa para responsabilização da pessoa jurídica.

5 AS CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DA AÇÃO SIGNIFICATIVA

Durante o transcurso desta pesquisa, nos dias 24 e 25/08/2017, este doutorando teve a feliz oportunidade de participar do I Congresso Ibero-Americano de Direito Penal e Filosofia da Linguagem, ocorrido em Curitiba-PR, contando com a presença dos professores Tomás S. Vives Antón, José L. González Cussac e, como idealizador e coordenador, Paulo Busato.

Esse evento foi um divisor de águas no desenvolvimento dos estudos que até então caminhavam sobre indagações acerca do livre arbítrio e a releitura desenvolvida por Hans Welzel. As reflexões revelaram a existência de fundamentação estritamente normativa, apesar da forte argumentação da teoria da ação finalista sobre um pretense caráter ontológico.

A programação da instância investigativa na Universidade de Valencia, Espanha, durante os meses de setembro e outubro de 2018, além de ter possibilitado a participação no II Congresso Ibero-Americano, reforçou o interesse nos estudos da moderna teoria da ação significativa e suas contribuições para uma compreensão do direito penal e como de a sua aproximação com o tema objeto deste estudo.

O Professor Vives Antón não apresentou ainda um posicionamento em torno da aplicação da teoria que desenvolveu sobre a responsabilização penal da pessoa jurídica, conquanto muitos de seus seguidores já venham demonstrando a maior capacidade de rendimento que a ação significativa confere na aplicação da responsabilidade penal, considerando o significado que a ação provocou sobre o direito penal.

Nesse sentido, como já demonstrado em tópico específico, o trabalho de Carbonell Mateu acerca da influência da concepção significativa sobre a ação delituosa da empresa evidencia limitação dos conceitos causais-finalistas para o enfrentamento desse tema, por desatender a algo fundamental no estado democrático de direito, indistintamente destinado a todos submetidos às regras de um sistema jurídico: o princípio de igualdade perante a norma.

Para a efetividade de um tratamento igualitário, presume-se que a aplicação de critérios de desigualdade sejam aplicados para os desiguais, visando essencialmente atingir a consagração de direitos para todos, assim como a observância dos deveres inerentes ao convívio social.

Inadmitir a realização de condutas típicas, antijurídicas e culpáveis por parte das empresas, sob o argumento da prevalência do dogma *societas delinquere non potest*, mesmo

reconhecendo que, ao longo da história do direito penal, esse princípio já tenha sido flexibilizado em diversos sistemas jurídicos da *civil law*, e que nunca tenha prevalecido no sistema da *commom law*, é o mesmo que desconsiderar a influência das reflexões filosóficas sobre a necessidade constante de atualização da ciência jurídica.

A percepção do objeto de estudo e a forma como é feita sua abordagem, revela, em qualquer campo de conhecimento que se pretenda analisar, a premissa de juízo de identificação de pontos de partida em que o desenvolvimento e a conclusão acabam por ratificar, para aqueles possuidores de boa sensibilidade e perspicácia, a raiz filosófica utilizada na fundamentação.

A liberdade como pretexto é o título de livro publicado por Vives Antón¹⁷⁹, em que ele destaca um episódio ocorrido na Corte Suprema Americana em 1857, denominado *Dred Scott versus Stanford* em que a liberdade pessoal sucumbiu à patrimonial. O autor aponta, nesse conflito, um dos problemas mais graves da ideia de liberdade, que, mesmo com outras configurações, ainda persiste como algo não devidamente solucionado.

A concepção de liberdade é a premissa da teoria da ação significativa, quando desenvolve análise dela no plano pessoal, em face do rigor de uma norma, similar ao caso trazido como paradigma de reflexão, quando deixou de ser respeitada ante à liberdade patrimonial de poder dispor livremente da liberdade de um escravo, posto que considerado constitucionalmente legítimo o direito de propriedade sobre as pessoas, até então tratadas como coisas.

Fazendo uso desse modelo, como é possível atribuir ao representante legal, dirigente, colaborador, no pleno exercício de sua liberdade pessoal, a responsabilidade pelos atos praticados em nome e proveito da pessoa jurídica?

Talvez, porque devemos considerar que essa pessoa tenha agido com elementos subjetivos especiais que a transformaram em detentora de um tal poder, que conseguiu colocar toda a estrutura do ente coletivo como seu instrumento, como mero meio de alcançar os propósitos delineados.

No caso da violação de norma penal, é necessário e indispensável ainda que esse propósito tenha sido colocado em execução por meio de conduta dolosa ou culposa, em que

¹⁷⁹ VIVES ANTÓN, Tomás. *La libertad como pretexto*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995. p. 388.

esse domínio de vontade tenha sido determinante para a adesão de outros indivíduos ou que eles tenham atuado sem poder divergir ou sem o pleno exercício de seu livre arbítrio.

Torna-se necessário então que se observe como os direitos e as liberdades fundamentais não podem ser compreendidos como absolutos, por possuírem limites nas liberdades fundamentais dos outros cidadãos e no ordenamento jurídico, como defende Vives Anton,¹⁸⁰ em sua tese a partir de premissas valorativas e sistemáticas, com o método gramatical e lógico do sentido que lhes foi conferido por Wittgenstein, no “jogo de linguagem as expressões direito e liberdade só têm sentido quando a faculdade a que se referem é limitada, pois se assim não forem concebidas, não poderíamos falar de direito e liberdade com o significado que usualmente conferimos a tais palavras.”

Para defender sua posição, prossegue o autor¹⁸¹ explicando que:

O direito a vida, conquanto seja essencial e o principal, não é absoluto, pois se assim fosse a sua concepção, não se concederia a tutela com um pressuposto ontológico, sem o qual nenhum direito poderia existir e, o direito a vida estaria aniquilado se tivesse uma tutela absoluta, na medida em que se proibissem como ilícito, qualquer perigo para a vida (não somente as lesões e certos perigos qualificados), tornando impossível a vida e deixando o direito sem objeto. Por isso, em lugar de articular a defesa de minha tese sobre tais supostos fora da realidade, prefiro fazer levando em conta a própria realidade, com o uso da percepção e da compreensão dos conceitos, com a articulação de nossas pretensões de todos os dias.

Expondo sobre os pressupostos e a estrutura construída pela teoria jurídica do delito, asseveram González Cussac e Reinaldet¹⁸²:

Ao longo das últimas décadas, se tem falado em obediência a diferentes critérios de classificação e entendimento acerca dos conceitos centrais das dogmáticas clássicas, neoclássicas, positivistas, neokantianas, causalistas, finalistas, ecléticas, funcionalistas, teleológicas, objetivistas, etc. Mas, também têm se realizado agrupamentos em concepções ontológicas ou normativas. Em qualquer dessas hipóteses, temos que observar que esse debate não ocorreu unicamente em relação às categorias internas do direito

180 VIVES ANTÓN, Tomás. *La libertad como pretexto*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995. p. 399-400.

181 *Ibid.*, p. 400.

182 GONZÁLEZ CUSSAC, José; BERENGUER, Enrique Orts. *Compendio de derecho penal*. Parte General. 7. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017. p. 223.

penal, mas em grande medida sempre existiu a vocação e a necessidade de fundamentar os argumentos em um pensamento filosófico.

Na visão de Busato¹⁸³, os fundamentos da teoria da ação significativa foram construídos “nas bases oferecidas por Wittgenstein, de modo que a teoria do delito passa a ser organizada em termos de linguagem ordinária, através da própria prática social, em busca dos significados socialmente estáveis, bem assim, pela adoção, quanto ao método da teoria do discurso de Habermas”.

Nesse trilhar, define Vives Antón¹⁸⁴ que

o dilema enfrentado pela dogmática em sua pretensão de alcançar uma interpretação que dê um sentido seguro e estável às palavras da lei, com um método científico para obter um significado seguro e estável, acaba por abstrair das palavras, o contexto de uso em que haviam sido formuladas e as situa em um marco categorial variável segundo cada proposta que inevitavelmente troca o seu sentido. De modo que ao tratar de fixar um significado das palavras da lei, lhe concede um outro, distinto do que a própria lei lhes deu.

Por isso, para a teoria da ação significativa, uma análise da violação da norma penal, pressupõe que a conduta exteriorizada ofenda ao comando proibitivo e que assim seja compreendida na expressão usual de linguagem. Mas, para que haja essa constatação, é indispensável a verificação de uma conscientização coletiva acerca da ilicitude daquele comportamento, pois se era costumeiro violar a lei, apesar da existência de uma norma penal proibindo determinada conduta, observa-se uma separação entre o dever-ser e a realidade do convívio social.

Na análise das contribuições advindas com a teoria da ação significativa, apresenta-se a superação da pretensão ontológica finalista.

5.1 A SUPERACÃO DO CONCEITO ONTOLÓGICO FINALISTA

¹⁸³ BUSATO, Paulo. *Direito penal e ação significativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 185.

¹⁸⁴ VIVES ANTÓN, Tomás. *La libertad como pretexto*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995. p. 771.

Ao desenvolver sua tese, Vives Antón¹⁸⁵ observa que a afirmativa de que o problema do finalismo não estava relacionado ao conceito de ação, mas sim ao de injusto penal, acabava por repercutir na incapacidade do finalismo desempenhar as funções dogmáticas que lhe estavam sendo atribuídas. Por isso declarou:

Me proponho a demonstrar que nada disso é completamente exato, pois, em minha opinião, se Welzel sustenta um conceito subjetivo e pessoal de injusto, é porque concebe a ação de um determinado modo (que é relativamente independente do modo em que a define como categoria sistemática).

Essa percepção acerca da inadequação do finalismo na construção de seus alicerces, também ocorrera quando da adoção dos fundamentos que embasaram a teoria causal da ação, que foi a que inicialmente deu sustentação à teoria do delito.

O causalismo fincou suas raízes nas ciências naturais, como uma forma de angariar uma natureza científica que gradativamente foi sofrendo diversas críticas, cada vez mais consideradas plausíveis. Com isso, foi se revelando sua insuficiência dogmática na aplicação de uma lei natural de uma ciência exata, como a física, a um fenômeno humano e social, como é o crime.

Quando surgiu a teoria finalista da ação em 1939, houve a pretensão de se obter um conceito ontológico de ação, aumentando-se também a expectativa de que efetivamente a fundamentação finalista pudesse conferir maior segurança para a aplicação sistêmica do *jus puniendi*.

Mas, para evitar a alegação de utilização das bases finalistas como ideologia política, numa etapa seguinte, os seus defensores numa constante busca pelo aperfeiçoamento do sistema penal alemão, após o período de guerras, quando se deflagaram inúmeras polêmicas, que visam reforçar o caráter ontológico finalista, como a que foi relatada por Busato¹⁸⁶ entre Engisch e Stratenwerch, ocorrida em 1961, quando o primeiro fez a seguinte indagação: “onde termina a estrutura do ser e onde se insere o foco da valoração?”.

¹⁸⁵ VIVES ANTÓN, Tomás. *La libertad como pretexto*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995. p. 431.

¹⁸⁶ BUSATO, Paulo. *Direito penal e ação significativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 68.

Apesar de Engisch não ter considerado satisfatória a argumentação apresentada por Stratenwerch por achar que poucos avanços conferiu à admissão de uma natureza ontológica da ação final, a doutrina alemã perseverou noutras iniciativas de fundamentações teóricas que evitassem qualquer dependência de uma avaliação de adequação com a realidade social, como explicam os trabalhos desenvolvidos para a elaboração do projeto de novo código penal, denominado “E 1962.”

Por isso, a ideia de um isolamento político-ideológico, com proposições dogmáticas neutras ou, melhor dizendo, pretensamente neutras do finalismo, foram gradativamente sendo superadas, como observa Busato¹⁸⁷, com a ocorrência de dois movimentos:

A verdadeira revolução dogmática que tomou por ponto de partida as propostas de Roxin, relacionadas com a integração da dogmática às considerações político-criminais e um segundo, com a identificação mais clara dos problemas dogmáticos do sistema finalista e o intento de sua superação, através do desenvolvimento de novos conceitos para os elementos do delito, inclusive com novos conceitos de ação.

Prossegue Busato¹⁸⁸, expondo sobre esses movimentos:

Foi Roxin em sua *Kriminalpolitik und Straffreshtssystem*, quem mudou decisivamente a opção científica proposta por finalistas e causalistas. Para Roxin, a mescla entre dogmática e política criminal não só é possível, mas saudável e necessária. Roxin propôs inclusive uma reorientação das categorias da dogmática jurídico-penal, tendo em conta suas funções político-criminais, abrindo passo ao que se denominou *funcionalismo*.

Entretanto, esse processo natural de evolução ocorrente com a teoria do delito, vem efetiva e gradualmente provocando diversas mudanças na compreensão do fenômeno criminal, seja pelo contexto de sua ocorrência, seja pelas nuances de cada um dos elementos do fato típico, que de alguma forma contribuíram para o resultado.

Mas, no desenvolvimento desse caminho, constatou-se também difícil compatibilidade entre o processo evolutivo alcançado pelas ciências naturais e sua adoção como

¹⁸⁷ BUSATO, Paulo. *Direito penal e ação significativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 67.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 69.

parâmetro para o aperfeiçoamento das ciências sociais. Além disso, os dissensos na relação histórica entre a dogmática penal e o aprimoramento alcançado pelo sistema jurídico, também provocaram inúmeros reflexos na relação entre a política criminal e a dogmática.

Sobre esse esgotamento do finalismo no processo evolutivo da dogmática, declara Busato¹⁸⁹:

Após viver seu auge desde o pós-guerra até o início dos anos 70, parece haver chegado o fim de sua capacidade de geração de propostas para a evolução da teoria do delito. E isto aparece claramente quando se observam os trabalhos dos mais modernos e atualizados autores que defendem perspectivas estritamente finalistas, os quais já não se ocupam de propor avanços com relação ao sistema e sim, principalmente de criticar as constantes e crescentes oposições que surgem a sua teoria.

Prossegue Busato asseverando que o modelo do sistema penal finalista vem sofrendo pressões que podem ser agrupadas em duas correntes: “relacionada a sua aplicação em frequente confrontação com resultados insatisfatórios, derivados da rigidez do modelo de imputação proposto pelo finalismo, com a moderna realidade criminológica e, em outra vertente, o desmantelamento de sua própria teoria de base: o neo-ontologicismo”.

Ao descrever esse desgaste ocorrido com o conceito finalista de ação, Roxin¹⁹⁰ assevera:

Atualmente o conceito final de ação perdeu amplamente a grande importância que tinha, sobretudo, pois não se discute mais se que este conceito não é adequado como elemento base do sistema jurídico-penal, vez que não atende aos delitos de omissão, como o omitente não causa e nem dirige nenhum curso causal, tampouco pode atuar de modo final.

Do mesmo modo, pontua ele¹⁹¹ acerca dos delitos imprudentes:

Originariamente Welzel havia contemplado ao fato com imprudência inconsciente, as consequências que não se causam de um modo final, mas sim de um modo causal cego, como uma forma desprezível de ação humana. Mas, como uma finalidade possível na realidade não é vista como finalidade, falta

¹⁸⁹ BUSATO, P. *Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 187.

¹⁹⁰ ROXIN, C. *Derecho penal. parte general. Tomo I*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2013. p. 240.

¹⁹¹ ROXIN, C. *Derecho penal. parte general..* Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2013. p. 241. t.1.

ao pretendido supraconceito finalista justificar a ocorrência do fato imprudente não poder ser considerado nem ação final, nem ação absoluta.

Conquanto essa redução de rendimento seja uma evidência, a expectativa de segurança proporcionada com os conceitos do finalismo concretizou-se com argumentação técnico-jurídica eficiente na demonstração da ocorrência de crimes intencionais. A previsibilidade do resultado e de seu querer, como propósito do autor, foi uma contribuição relevante para a teoria do delito, alcançada com o deslocamento dos elementos subjetivos e superando com sobras o causalismo, no qual a conduta típica era compreendida como mero acontecimento que deu causa ao resultado típico.

Mas, por outro lado, os argumentos apresentados de forma contundente em defesa do dogma *societas delinquere non potest*, estão ancorados principalmente nos fundamentos que embasam a teoria da ação finalista, que efetivamente só podem ser aplicáveis às pessoas humanas.

Entretanto, esse processo evolutivo da teoria do delito evidencia o quanto é importante e imprescindível a ocorrência de divergência dogmática, deveras evidenciada na transição do causalismo para o finalismo e, a partir da década de setenta, com o surgimento do funcionalismo.

Ao longo da história do direito, esse processo de modificação sempre foi derivado da oposição de um movimento mais conservador, tradicionalista, resistente às mudanças, que tinha que enfrentar um outro reacionário, instigador, que buscava a alteração do *status quo*, por considerá-lo ainda longe do ideário de justiça, que já se queria ver implementado.

Apresenta-se nesse sentido, como exemplo paradigmático, o processo de luta por efetivação de novos direitos e a própria condição de pessoa, na medida em que foi ocorrendo uma evolução de seu reconhecimento, ao reparar as injustiças acontecidas em convívios sociais que violaram os direitos fundamentais de liberdade e igualdade.

Desde o direito romano, a separação em castas conferia mais direitos e privilégios a uns indivíduos sobre outros, havendo algumas pessoas que sequer eram consideradas como possuidoras de algum direito.

A necessidade de corrigir esses desequilíbrios no convívio, com a compreensão do dinamismo da vida em sociedade, veio alterando de forma significativa os valores culturais preponderantes.

Por isso, desde o início deste trabalho, procurou-se destacar a importância dos estudos desenvolvidos por Claus Roxin para o direito penal e o quanto se obteve de evolução na compreensão do fenômeno criminal desde então.

Como a mudança de interesses, desejos, preferências, opções de vida tem sido característica cada vez mais frequente na sociedade atual, menos limitada em espaços geográficos e no tempo, porém muito mais questionadora de modelos herméticos e rígidos, seja no campo da economia, seja no da política e, por via de consequência, no direito, não há mais espaço para uma dogmática hermética.

Esses três vetores, a economia, a política e o direito são os que conduzem o processo histórico das regulações ou da ausência de regulações no estado de direito, determinando há muito tempo o caminho a ser seguido pela dogmática penal.

É bem verdade que uma atuação proativa e complementar da dogmática, não deve ser compreendida como forma necessária de simplesmente referendar os novos modelos propostos, mas sim de atuar na construção de mecanismos indispensáveis à adaptação do sistema jurídico ou de demonstrar a incompatibilidade do *jus puniendi* em face de nova realidade do contexto socioeconômico contemporâneo

No entanto, a fluidez e a dinâmica da realidade social é um contexto que o funcionalismo rerepresentou para a dogmática penal finalista e que agora com a teoria da ação significativa, revela-se como pedra angular para o exercício e aplicação de um sistema normativo.

Nesse caminho de modernização da dogmática, os estudos deparam-se, contudo, com diversos pontos de intercessão com as questões fundamentais que sempre nortearam a própria concepção do direito de punir, quais sejam: para quê, por quê e como?

Assim, a modernização do direito penal para enfrentar esses pontos cruciais precisa realizar nova leitura da sociedade à qual se destinará o direito penal. Destinar-se-á aquela que tem maior acesso à informação, em que o conhecimento seguramente é mais difundido, mas também em que se ampliam o desalento e a frustração com as expectativas não alcançadas de uma vida mais digna para a maioria.

Por isso, a definição dos vetores em torno da liberdade individual e da igualdade de todos perante a lei influenciam na definição do tamanho e no limite de poder do estado de direito na intervenção sobre a esfera privada de cada cidadão.

Então, nessa sociedade dinâmica e em transformação, a crise de identidade acerca de um modelo de referência do que seja efetivamente um caminho seguro a ser alcançado na compatibilização de diversos interesses em conflitos, tem elevado a pluralidade de valores assimilados e cultuados na complexa teia social hodierna.

O mundo em que o finalismo construiu os seus conceitos era bem distinto do atual. A premissa que se estabelece nessa nova leitura do *jus puniendi* é a de que haja manutenção das garantias e dos direitos individuais da forma consagrada e auferida pela humanidade, ao lado da implementação da modernização da teoria do delito, devidamente ajustada a uma nova compreensão da realidade social que se apresenta.

5.2 O AGIR COMUNICATIVO COMO BASE

A teoria da ação significativa tem sua base de fundamentação filosófica nos jogos de linguagem desenvolvidos por Ludwig Wittgenstein, mas com aprimoramento decorrente da ação comunicativa, como assevera Vives Antón¹⁹²:

De qualquer forma, importa ressaltar que sem um núcleo suficiente de ações comunicativas no sentido habermasiano (inteligíveis, verdadeiras e corretas) não seria possível a linguagem, nem caberia atribuir significado algum às ações, pois para que algo signifique é necessário um uso estável que resulta incompatível com uma comunicação geralmente distorcida.

Outrossim, ao delinear os contornos em que a filosofia da linguagem foi transformando a filosofia kantiana para um modo pragmático, Jürgen Habermas¹⁹³ ressaltou que foi Wittgenstein, com sua visão transcendental de linguagem, quem primeiro levou a sério a corporificação simbólica do linguajar cotidiano, aduzindo que:

Para a linguagem universal, logicamente transparente e que representa fatos, Wittgenstein atribui um caráter formador de mundo. Os limites da linguagem significam os limites de meu mundo, as proposições da semântica lógica nos permitem ver o andaime do mundo. No lugar das categorias do entendimento, que segundo Kant constituem os objetos de uma experiência possível, entre a forma lógica da proposição elementar: especificar a essência da proposição

¹⁹² VIVES ANTÓN, Tomás. *Fundamentos del sistema penal*. 2. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011. p. 538.

¹⁹³ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 1999. p. 77/78.

significa especificar a essência de toda descrição e, portanto, a essência do mundo.

Quando Habermas¹⁹⁴ enfatiza a importância da tese de Wittgenstein, explica que:

Não podemos vivenciar o sentido de uma proposição, pois a compreensão não é um processo psíquico, mas depende da observância de uma regra; “compare: quando suas dores diminuíram? ou quando você parou de compreender uma palavra? O saber quanto a maneira de aplicar um critério é uma faculdade prática, assim como se sabe jogar xadrez e não um estado mental ou uma propriedade psíquica.

Além disso, revela-se importante a análise da forma como o agir comunicativo se insere no contexto de uma sociedade organizada por regras de direito, especificamente na relação interna entre o direito e a política. Para Habermans¹⁹⁵:

O direito a iguais liberdades subjetivas de ação concretiza-se nos direitos fundamentais, os quais, enquanto direitos positivos, revestem-se de ameaças de sanções, podendo ser usados contra interesses opostos ou transgressões de normas. A pretensão a iguais direitos, numa associação espontânea de membros do direito, pressupõe uma coletividade limitada no espaço e no tempo, com a qual os membros se identificam e à qual eles podem imputar suas ações como partes do mesmo contexto de interação.

Assim, percebe-se que a ocorrência da superação da pretensão de um conceito ontológico de ação, não possibilitou, para a teoria do delito, um outro caminho que não fosse o reconhecimento de que a legitimidade, validade e eficácia normativa é que realmente possibilitam ao estado de direito, a preponderância do interesse coletivo sobre o individual, na medida em que haja compreensão da forma de vida e de como o poder político se apresenta no cotidiano dos indivíduos e, por isso, possa exigir do cidadão obediência aos comandos legais.

Mas, a crise de legitimidade do direito impôs um necessário processo de realinhamento das normas com os novos anseios sociais, com a percepção de que não caberia

¹⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 1999. p. 77 - 78.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 170.

mais uma definição estanque de referências, pois a dinâmica social tem provocado inúmeras alterações que não se limitam mais nos critérios até então utilizados.

Nessa trilha, surgiram as teorias pós-finalistas, como aduz Vives Antón¹⁹⁶:

Ao identificar que o surgimento do funcionalismo sociológico decorreu das primeiras formulações da antropologia: “por uma oposição ao evolucionismo, considerando as entidades culturais como estruturas orgânicas que se adaptam ao meio”.

Além disso, efetuou ele uma divisão entre um funcionalismo estrutural e um sistêmico.

No funcionalismo estrutural considera¹⁹⁷:

O sistema como uma estrutura rígida, como um conjunto organizado de pautas normativas orientadas a valores que tendem a se estabilizar, isto é, a alcançar um equilíbrio com o meio. O sistema social se constitui assim sobre um conjunto de valores básicos, que conformam a convivência e demandam pautas que podem mudar, vez que dirigidas a assegurar a manutenção de valores básicos, valores que ao internalizar-se pelos indivíduos, configuram a personalidade destes, que é assim tão social quanto o sistema mesmo. Esse tipo de racionalidade fundamental é conhecida por racionalidade teleológica.

Por seu turno, ao definir as bases desse sistema funcional teleológico, Roxin¹⁹⁸ sustenta:

Deve-se partir da tese de que um moderno sistema de direito penal deve ser estruturado teleologicamente, ou seja construído atendendo a finalidades valorativas, pois se a solução sistematicamente correta aparece como resultado de uma valoração previa, estará garantida de antemão a congruência sistemática e a correção material pretendida, cuja falta dá lugar a inúmeras dificuldades.

¹⁹⁶ VIVES ANTÓN, Tomás. *Fundamentos del sistema penal*. 2. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011. p. 441.

¹⁹⁷ VIVES ANTÓN, *op. cit.*

¹⁹⁸ ROXIN, Claus. *Derecho penal. parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2013. p. 217. t. 1

Na outra classificação, a do funcionalismo sistêmico, aduz Vives Antón¹⁹⁹: que: “a metáfora biológica se formula de modo post-darwinista, a estrutura deixa de ser estável. A adaptação ao entorno ou a relação sistema-entorno, passa a ser o ponto de partida”.

Quando apresenta as bases desse funcionalismo sistêmico pela vigência da norma, Günther Jakobs²⁰⁰ assevera que: “O direito penal tem por missão garantir a identidade da sociedade. Isto ocorre quando se verifica no fato punível o seu significado, como resultado da ação comunicativa, como expressão de um sentido.”

Mas, essa é uma visão reducionista e diferente da linha defendida por Vives Antón na ação significativa

Essa linha de pensamento de Jakobs é seguida por Gomez Jara-Diez²⁰¹ ao adotar como premissa o funcionalismo sistêmico e a percepção da influência do agir comunicativo, como ponto de partida para a construção de culpabilidade da própria empresa para explicar o fenômeno social, com o respaldo nas ciências de comunicação que caracterizam a sociedade atual.

Entretanto, na visão de Vives Antón²⁰², “não se duvida que o potencial crítico da ideia habermasiana de ação dirigida ao entendimento se encontra de uma forma estreita conectada à concepção da ação humana como origem e portadora de um significado, transferido à linguagem e configurado e mediado por ela”.

Prossegue o autor da teoria da ação significativa, aduzindo que a linguagem se encontra com a ação até o ponto em que “a intersubjetividade se mostra, como dissera Habermas, através das regras gramaticais das interações dirigidas por símbolos”.

Ao explicitar essa concepção significativa, argumento com muita nitidez Paulo Busato²⁰³:

Com a admissão do significado como reitor do conceito de ação, a ideia de ação se situa fora do sujeito e fora do objeto, para transferi-la à relação que se estabelece entre eles. Isto é um conceito de ação baseado no significado não

¹⁹⁹ ROXIN, Claus. *Derecho penal. parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2013. t. 1. p. 441.

²⁰⁰ JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Civitas, 2004. p. 75.

²⁰¹ BUSATO, Paulo. *Direito penal e ação significativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 203.

²⁰² VIVES ANTÓN, Tomás. *Fundamentos del sistema penal*. 2. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011. p. 539.

²⁰³ BUSATO, *op cit.*, p. 189.

se encontra a partir da perspectiva subjetiva de uma impressão que se tem da realidade, nem mesmo de um ponto de vista objetivo, do objeto observado, mas mantém como substrato a comunicação que provém da relação sujeito-objeto, quer dizer, da mensagem que comunica a atuação do sujeito ao relacionar-se com as circunstâncias do meio.

Assim, o reconhecimento de uma ação como significativa não é uma mera adjetivação de sua qualidade como geradora de consequências jurídico-penais, nem tampouco a constatação de um conteúdo ontológico ou de uma correspondência asséptica e avalorada entre a norma e o fato, mas sim o resultado de todo esse contexto em que se produziram e geraram resultados típicos.

Apesar de não ser um assunto imprescindível na argumentação do tema, a visão acerca do elemento doloso ou culposo nessa perspectiva da ação significativa será enfrentado por uma opção metodológica.

5. 3 A CONCEPÇÃO SIGNIFICATIVA DO DOLO E DA CULPA

A identificação da existência de intenção ou de propósito para a realização de conduta delituosa esteve, durante muito tempo, na teoria do delito, compreendida como sendo essencial para a concepção do dolo como elemento psicológico mais importante, mesmo que não tenha sido apresentada qualquer demonstração de como se desenvolvia esse processo interno.

Por certo, apenas numa mera perspectiva de ficção científica, como ocorrida no filme *Minority Report*, tornava-se possível adentrar no processo interno de pensamento do autor para que realmente se pudessem antever as imagens e demais atos preparatórios daquilo que de fato viesse a ser exteriorizado, como expressão do que estava em suas ideias, aspirações, conhecimento, vontade e na aceitação do resultado produzido.

Ao expor sobre essa forma de analisar o dolo, alega Vives Antón²⁰⁴: “atribuição de intenção não pode confundir-se com uma descrição de processos psicológicos, com um relato acerca do que a mente do sujeito sabia e queria”.

²⁰⁴ VIVES ANTÓN, Tomás. *Fundamentos del sistema penal*. 2. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011. p. 248.

Para Vives Antón o grande equívoco doutrinário é querer “atribuir à intenção subjetiva um papel conceitual, definidor da ação, sem reparar que a determinação da intenção entra no meio do jogo, depois que a ação se encontra definida”.

Assim, sendo evidentemente impossível demonstrar a ocorrência desse processo interno antes de sua exteriorização, resulta como indispensável a percepção do sentido ou da significação a que a conduta delituosa deu causa sobre algo relevante para o direito.

Nessa mesma trilha, esclarece Paulo Busato²⁰⁵:

O dolo, enquanto afirmação jurídica de um desvalor contido na decisão contrária do bem jurídico – não é uma entidade ontológica, mas atribuição de uma condição jurídica que deriva da identificação de um significado. Essa identificação depende de um compromisso do autor em atuar contra um bem jurídico.

Assevera ainda Busato²⁰⁶ que:

Abandona-se completamente a ideia errônea de pretender descrever quando há dolo e se substitui pelo intento de compreensão sobre o nível de gravidade refletido na contradição entre a ação realizada e a norma, que é, sem qualquer dúvida, a tarefa de adscrição do dolo.

Como se disse neste trabalho, ao longo deste processo evolutivo da teoria do delito, as doutrinas que se utilizam da vontade, como sendo um elemento propulsor para a conduta ilícita, perceberam que, para efeito de análise ou não da ocorrência de fato típico, haveria a necessidade de reunir os aspectos psicológicos com os normativos.

Porém, essa análise não precisava recair sobre uma mera vontade exteriorizada, mas sobre as que revelassem significância jurídica ou, mais especificamente, que provocassem ressonância no direito penal, ou seja, apenas aquelas vontades que violassem os bens jurídicos tutelados. Levando em consideração que estes foram previamente selecionados e as condutas

²⁰⁵ BUSATO, Paulo. *Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 245.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 245.

violadoras seriam apontadas como reprováveis, logo tais comportamentos não deveriam ter sido adotados.

Assim, decorreu a necessidade da construção de novas teorias legitimadoras para a ideia de dolo, ainda na sua concepção como elemento pré-jurídico, acrescentando também o conhecimento, pois, além da vontade, seria necessária, nessa percepção da conduta típica, que o propósito violador da norma contivesse, em sua formação, a capacidade do autor saber da ilicitude do fato.

Precisa foi a colocação proposta por Busato²⁰⁷ ao destacar: “A mais importante questão não é saber se a vontade deve ou não ser acrescentada ao conhecimento, mas quando se poderá dizer que o indivíduo que atuou, fê-lo dolosamente, intencionalmente ou conhecendo a possível ou provável provocação do resultado”.

As respostas que se apresentaram a esse questionamento variaram entre duas perspectivas: uma ontológica, que visava reforçar a ideia finalista e outra funcionalista, que postula uma concepção normativa para o dolo.

Na perspectiva ontológica, vale aqui relembrar a argumentação da falta de rendimento da teoria finalista, como já foi dito, visto que não há como adentrar na cabeça do autor do delito para determinar que ele sabia e queria o resultado típico, mas sim interpretar, a partir da exteriorização da sua ação, as circunstâncias em que o delito foi cometido, os motivos ou as consequências em relação ao autor para se obter alguma conexão com o elemento psicológico interno norteador.

No que se refere ao dolo normativo, este possibilita um exercício valorativo, sem amarras em aspectos psicológicos, como demonstra Busato²⁰⁸:

O dolo não é algo que existe, que seja constatável, mas sim o resultado de uma avaliação a respeito dos fatos que faz com que se impute a responsabilidade penal, se não é possível afirmar mais a possibilidade de existência real do dolo, o dolo será sempre, ao menos em parte, produto de uma valoração.

²⁰⁷ BUSATO, Paulo. *Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 235.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 228.

Destaca o autor²⁰⁹ que Roxin apresentou um dolo livre de amarras, ao considerar a presença do aspecto subjetivo, tanto no tipo como na culpabilidade. Mas, ressaltou que essa posição ainda foi limitada, pois: “embora o dolo figure em mais de uma categoria do delito, não deixa de ser condicionante do tipo”.

Apesar dessa tentativa de apresentação de concepção normativa do dolo, esta ficou também demonstrado ser ela um critério inseguro para definir a gravidade da conduta típica, razão pela qual surgiram trabalhos que visaram acrescentar a esse conceito outros indicadores externos, como o que foi desenvolvido por Hassemer.

Ao citar esse trabalho de Hassemer, que teve como base a concepção de Engisch, aduz Busato que²¹⁰:

As teorias aperfeiçoaram e desenvolveram as propostas de Engisch em distintas teses, que entretanto, mantêm em comum a ideia de renunciar à dissociação entre o elemento cognitivo e volitivo do dolo, unificando ambos em um mesmo marco conceitual, a par de reconhecerem que o dolo reside no âmbito interno do agente e aceitarem indistintamente a assunção de conceitos abstratos para a descrição do dolo, seja sob o critério da decisão a favor da lesão de bens jurídicos, decisão contra os bens jurídicos ou negação explícita realizada pelo agente.

Conclui Busato pontuando²¹¹ que essa ideia de Hassemer, mesmo sem ter essa pretensão: “assume que somente diante da expressão externa, compatível com a ratio incriminadora subjetiva dolosa é possível afirmar a existência do dolo, ou seja, a sua expressão significativa”.

Assim, destaca ele²¹² que a proposta da ação significativa: “é de reorganizar o sistema de imputação a partir dois pilares: a norma e a ação, as quais, conjugadas, convertem a teoria do delito, em um conjunto de pretensões normativas em face do sentido de um tipo de ação”.

²⁰⁹ BUSATO, Paulo. *Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 241.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 238.

²¹¹ *Ibid.*, p. 240.

²¹² *Ibid.*, p. 242.

Ao defender um olhar de um outro modo para a dogmática penal, assevera Vives Antón que²¹³:

O problema é que a dogmática se deparou em um paradoxo, pois o ponto de partida era que nenhuma norma legal poderia ter um significado estável e completo por si mesma, nem poderia se chegar a alcançá-lo pela via da interpretação, pois sempre caberia uma interpretação segundo a qual tudo poderia levar a se concordar ou se discordar da norma.

Ora, se a ausência de estabilidade de interpretação da norma é um fato, a compreensão da necessidade de se averiguar a significação do tipo de ação no contexto em que ela se operou é um caminho mais racional e humano do que a permanência numa pretensão de estabelecimento de falsas bases científicas para respaldar uma argumentação, em que a linguagem da norma e do fato não se comunicam.

A teoria da ação significativa também trouxe contribuições para a concepção da culpa ou imprudência (denominação mais utilizada pela dogmática penal europeia). Mas, tal como ocorreu em relação ao dolo, após um longo processo de tentativas de aperfeiçoamento das correntes dogmáticas.

No causalismo, a culpa estava inserida na categoria da culpabilidade, quando esta era concebida como apenas como um elemento psicológico que unia o autor ao fato típico. Nesse contexto, afirma Busato²¹⁴:

Houve quem concebesse a imprudência como um vício de inteligência em oposição ao vício de vontade representado pelo dolo. Também há os que consideram a imprudência uma forma de erro no sentido de que resulta de uma falta de compreensão capaz de afastar o caráter doloso do fato, mas que, por evitável, produz responsabilidade imprudente.

Numa outra etapa, a culpabilidade foi compreendida tanto no seu aspecto psicológico quanto normativo. Mas, a partir dos estudos desenvolvidos por Frank foi-lhe atribuído um conceito normativo de culpabilidade.

²¹³ VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011. p. 771.

²¹⁴ BUSATO, Paulo. *Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 258.

Ao expor sobre essas contribuições trazidas por Frank, diz Sebastian Mello²¹⁵ que:

Constata-se a existência de elementos necessários para a construção de um conceito normativo de culpabilidade. Substitui-se a ideia de gênero e espécie, típica da teoria psicológica, e se funda um conceito complexo, formado de elementos de igual nível, cujo conjunto constitui o conceito de reprovabilidade, de natureza eminentemente normativa. Trata-se de juízo valorativo de culpabilidade, sendo que o conteúdo psicológico (dolo e culpa) mantém-se na culpabilidade como objeto de valoração, motivo pelo qual a referida teoria foi denominada psicológico-normativa.

Com esse viés a culpa passou a ser compreendida como modalidade de violação do dever objetivo de cuidado que todos os cidadãos, no convívio social, deveriam adotar para não colocar em risco os bens jurídicos assegurados por uma proteção jurídico-penal.

Essa capacidade de ser cauteloso e obediente às regras de convívio estimularam a concepção de um parâmetro para servir de referência em caso concreto, surgindo assim a figura hipotética do *homo medius*, aquele que, ao ser transportado para a situação vivenciada na realidade, adotaria ou não a mesma conduta do autor.

Em caso positivo, a conduta seria considerada atípica, mas, na hipótese do *homo medius* ter sido mais cauteloso, haveria a caracterização de delito culposo ou imprudente a ser atribuído ao autor.

Por seu turno, na visão da teoria finalista, houve um deslocamento do dolo e da culpa para o fato típico, com a culpa sendo apresentada como ação cega, pois, mesmo que o principal objetivo fosse a construção de um conceito final de ação, que se adequava melhor ao dolo, a realocação dos elementos subjetivos no tipo, exigiram inicialmente um tratamento nos mesmos moldes para a culpa.

Entretanto, em face da evidente diferença entre o dolo e a culpa, as correntes finalistas mais modernas foram realizando atualizações dessa concepção, como assevera Busato²¹⁶:

Admitiram que as lesões infligidas aos bens jurídicos nos delitos imprudentes não são executadas finalisticamente, e sim produzidas de modo puramente causal. Assim, as razões pelas quais a ação culposa seria juridicamente punível se baseavam não

²¹⁵ MELLO, Sebastian. *Conceito material de culpabilidade*. Salvador: Juspodium, 2009. p. 138.

²¹⁶ BUSATO, Paulo. *Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 264.

nos fins perseguidos pelo agente, mas na forma de escolha e aplicação dos meios através dos quais tentava chegar aos fins.

Ocorre, entretanto, que essa tentativa finalista também mostrou-se frustrada, na medida em que a diferença entre o dolo e a culpa, tornava incompatível na explicação do delito culposo, considerando que o resultado lesivo em momento algum teria sido o propósito do autor, ao se levar em conta que para o finalismo a ação é concebida como sendo movida por uma finalidade,

Com o funcionalismo, corrente normativista que mais se destacou, a culpa foi concebida em duas perspectivas: a do funcionalismo teleológico e a do funcionalismo sistêmico.

Na visão de Roxin²¹⁷:

O tipo dos delitos imprudentes, na medida em que não contenha uma descrição adicional da conduta, se preenche mediante a teoria da imputação objetiva. Um resultado que se imputa ao tipo objetivo está causado imprudentemente, sem que se precise de outros critérios. Em realidade, as características de infração do dever de cuidado, abrangem distintos elementos de imputação que abrangem os pressupostos da imprudência de maneira mais precisa que uma fórmula geral.

Mas, apresentando críticas aos modelos funcionalistas nessa proposta de explanação sobre os delitos culposos, seja ao teleológico por fundamentar as bases de seu sistema em axiomas distintos, de fins da pena e da dignidade do homem, seja ao sistêmico, no reducionismo de converter as regras do reconhecimento de validade das normas a sua própria existência formal, Vives Antón apresenta uma concepção significativa da imprudência.

Para ele²¹⁸:

O tema de imprudência não é, não pode ser, como não pode ser o de dolo, o de haver ou não representação, algo que não podemos saber, mas o de determinar a gravidade da infração de dever de cuidado cometida pelo autor, para o que resultará decisivo determinar as suas habilidades teóricas e práticas e a sua capacidade de autodeterminação.

²¹⁷ ROXIN, C. *Derecho penal. Parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz Garcia Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2013. t. 1. p. 999.

²¹⁸ VIVES ANTÓN, Tomás. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011. p. 259.

Aduz ainda Vives Antón²¹⁹ que sua intenção no desenvolvimento da teoria da ação significativa, revelando a ilusão conceitual da dogmática, foi a apresentação dos seguintes fundamentos:

A ideia de que o sentido das palavras vem determinado por alguma atividade do espírito, de modo que seu significado vem dado por estados mentais e são uma espécie de objetos na mente e a ideia, e no complemento desta, que a linguagem se articula sobre um jogo básico, o jogo objeto-designação, no qual todas as palavras significativas seriam nomes e todas as proposições significativas, descrições.

Finaliza o autor da teoria da ação significativa, asseverando que:

Nem o dolo, nem a imprudência, unificados como juízos normativos, desempenham necessariamente uma função conceitual ou definitória da ação: em princípio e salvo que o significado objetivo (social) da ação os integre como elementos constitutivos do conceito de ação de que se trate, dolo e imprudência representam instâncias de imputação da antinormatividade de uma ação ou de uma omissão, previamente entendidas como tais.

Assim pela compreensão dos elementos subjetivos a partir de sua significação apresentada pela teoria significativa da ação, propõe-se que a análise do fenômeno criminal, pressupõe uma relação mais próxima entre a perspectiva do dever, ser como previsão normativa e a concepção intersubjetiva produzida pela comunicação usual e não apenas da análise da exteriorização da conduta delituosa.

Apresenta-se assim um acréscimo considerável para a análise do fenômeno criminal.

5.4 A OMISSÃO IMPRÓPRIA

Ao destacar que o debate sobre os crimes comissivos por omissão violam o princípio da legalidade tem como ponto de partida os trabalhos desenvolvidos por Armin Kaufmann, Vives Antón²²⁰ explica que, nesse estudo, houve uma divisão metodológica entre

²¹⁹ *Ibid.*, p. 775.

²²⁰ VIVES ANTÓN, Tomás. *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017. p. 113.

uma etapa normativa-dogmática e uma outra legislativo-linguística, Mas, o autor estabeleceu como premissa para essa análise que: “o objetivo da dogmática é explicitar o sentido da constituição e das leis e que esse sentido não é outro que não seja o que se depreende do significado de suas palavras e orações.”

Essa ressalva de Vives Antón visou realçar a distinção que empreende na sua análise de um viés significativo da omissão, daquela com nítidas pretensões assépticas, estabelecidas por Gunther Jakobs, quando propõe, em lugar da observância do significado, a prevalência do sentido da própria regulação, como se isso fosse possível vir a ser efetivado.

Ao apresentar o plano normativo-dogmático de Kaufmann mostra Vives Antón²²¹ que:

A punição da omissão imprópria como realização de um delito comissivo parece incorrer em um círculo vicioso, pois se há infração de uma proibição de realizar um resultado é por que essa proibição se vulnera quando não se cumpre o mandato de evitar o resultado. Assim, a falta de evitação do resultado, por sua vez, supõe uma omissão que é um delito comissivo, mas o que infringe é uma proibição.

Essa constatação a partir da análise da linguagem revela a importância desse viés, mesmo dentro de uma perspectiva estritamente normativa, pois não se trata unicamente de uma interpretação, mas da observância do sentido que a comunicação textual produz e, por consequência, a efetividade ou não da norma.

Disso resulta que a análise estritamente normativa apresenta lacunas em sua aplicação, que não permitem, na própria visão sistêmica do direito, o estabelecimento de critério seguro para a imputação delitiva.

Mas, adverte Vives Antón, com muita acuidade, que a questão não se resume a um aspecto dogmático, mas sim ao plano constitucional de validade, pois, se a norma, ao definir a conduta típica de forma comissiva, deve ser aplicada da mesma forma na hipótese omissiva imprópria, com apoio na figura do garantidor, acaba por violar o princípio da taxatividade.

Por isso, entendendo não ser concebível a pretensão de explicar condutas delitivas, com formas de realização distintas, sem a utilização de linguagem clara e prosseguindo na

²²¹ VIVES ANTÓN, Tomás. *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017. p. 117.

crítica dessa posição finalista, Vives Antón²²² acrescenta “A incorreção radica em atribuir à linguagem comum uma pretensão de rigor conceitual e exatidão que falta na norma, embora necessite”.

Ao expor essa equiparação entre a ação e a omissão e apresentar diversos questionamentos sobre sua real necessidade, na medida em que gera contradições e dificulta a elaboração de uma teoria do injusto dos delitos omissivos, Juarez Tavares²²³ indaga:

Como se pode justificar a punibilidade de uma conduta por meio de um processo aproximativo, quando essa conduta não estiver legalmente prevista na lei? Essa continua sendo uma questão decisiva quando se trabalha com essa equiparação e, tendo em vista, as dificuldades de se encontrar uma solução precisa e segura para os desdobramentos que fomenta.

Apresentar a figura do garantidor, a ser identificado pela relação que se estabelece entre o autor e o bem jurídico violado, tem sido a alternativa utilizada pela dogmática penal. Assim, não se escolheria de forma aleatória a quem se responsabilizar, mas se identificariam, pela ocorrência de violação ao bem jurídico, quais foram os responsáveis legais pela conduta omissiva lesiva ao bem jurídico.

Entretanto, avaliando com ressalvas essa postura, assevera Busato²²⁴: “para solução desse paradoxo, a doutrina construiu como solução a chamada posição de garante, que consiste em condições especiais ocupadas pelo agente que, conjugadas à omissão e ao resultado, podem levar à atribuição deste àquele.”.

A legislação penal brasileira estabelece, no art. 13, §2º, que a omissão é penalmente relevante quando o omitente podia e devia agir para evitar o resultado, e se enquadra dentre as seguintes situações que lhe conferiam essa condição de garantidor: a) teve por lei a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Toda essa previsão trilha na perspectiva da compreensão de que o sujeito ativo da omissão imprópria é somente a pessoa humana, na medida em que a teoria do delito até então

²²² *Ibid.*, p. 122.

²²³ TAVARES, J. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 162.

²²⁴ BUSATO, Paulo. Concepção significativa da ação e sua capacidade de rendimento para o sistema de imputação. *Revista de estudos criminais, [S.l.]*, v. 18, n. 73, p.149, jun. 2109.

refuta a responsabilização penal da pessoa jurídica, pois não compreende a realização do fato típico pela sua significação social, mas sim pela presença de elementos subjetivos, mesmo que não se possa estabelecer um liame de causalidade entre a ação humana e a produção do resultado típico.

Essa forma de compreensão a partir da significação do resultado, poderia, entretanto, ser perfeitamente aplicada na análise do desmoronamento de uma barragem de resíduos, quando a reutilização do material sólido dependesse de nova utilização de jatos de água, mesmo havendo um alerta técnico de que haveria um grande risco de a estrutura não suportar o novo processo de produção, com garantia de que haveria uma volumosa expansão do líquido por toda a barragem.

Nessa hipótese, as ações dos empregados que estivessem realizando os trabalhos, nada mais seriam do que atender à determinação da empresa, ao estabelecer suas metas e propósitos de atuação em sua atividade empresarial. Mas, poderia ser compreendida que a empresa seria a autora dos delitos ambientais decorrentes dessa iniciativa, na medida em que o rompimento efetivamente provocasse danos, que a ação isolada de qualquer dos trabalhadores não poderia ser a única causadora.

Raciocinar de forma distinta é não apenas deixar de reconhecer o significado que a violação do bem jurídico provocou, mas também deixar de aplicar a norma penal, como projetada para ser aplicada numa visão estritamente normativa.

Assim, poder-se-ia interpretar como cabendo à pessoa jurídica o dever legal de impedir a ocorrência do rompimento da barragem por ações ou omissões de seus trabalhadores que estivessem agindo dentro do exercício regular de suas atividades laborativas.

Nessa linha, entende Busato²²⁵:

Se partirmos de que a única coisa que converte uma ausência de movimentos em ação é seu sentido, e que a omissão não requer suporte material algum, podemos afirmar, com Carbonell Mateu, que as concepções clássicas de interpretação do que seja uma ação ou omissão, desde um ponto de vista jurídico, estiveram equivocadamente atreladas a um pensamento cartesiano e uns vestígios naturalistas irredutíveis

²²⁵ BUSATO, Paulo. Concepção significativa da ação e sua capacidade de rendimento para o sistema de imputação. *Revista de estudos criminais, [S.l.]*, v. 18, n. 73, p. 159, jun. 2109.

completamente incorretos, já que a ação não era o não fazer, mas seu sentido comunicativo.

Sobre essa superação de um pensamento cartesiano, esta pesquisa tem procurado demonstrar como é difícil ser alcançado, quando os preconceitos e as filiações a correntes dogmáticas são assimilados como verdades absolutas e irrefutáveis.

Assim, o menoscabo ou desinteresse por uma nova teoria, por certo tem levado os defensores da aplicação da teoria da ação significativa ao direito penal, a serem denominados como meros intérpretes da linguagem estabelecida na norma.

Ocorre, todavia, como já exposto em outras passagens, que o processo evolutivo dogmático esgotou-se num estágio tal, que não tem apresentado qualquer sinal de que possa vir a surgir alguma teoria que não volte a recorrer a argumentos oriundos das ciências naturais, como forma de explicar o fenômeno criminal.

A complexidade envolvendo o estabelecimento de regras de conduta e a assimilação dessas normas pelos seus destinatários transcendem todos os campos até então trilhados pelas importantes áreas do conhecimento humano e não permitem a pretendida segurança e homogeneidade de interpretação que venham prescindir do contexto de sua ocorrência e da forma de vida em que ocorreram.

Assim, ao abordar a etapa legislativo-linguística, Vives Antón continua, em sua análise do trabalho desenvolvido por Armin Kaufmann, fazendo referência ao fato de que esse autor, mesmo sem ter apresentado argumentos satisfatórios do ponto de vista dogmático, ao defeito de legalidade apresentado pelos crimes omissivos impróprios na visão finalista, adentra nessa segunda etapa realçando dois pontos.

O primeiro argumento apresentado por Vives Antón²²⁶ nessa perspectiva do trabalho desenvolvido por Armin Kaufmann:

Não caberia remeter-se a uma suposta linguagem comum e usual, de acordo com a qual o omitir a evitação possível de um resultado estaria compreendido no verbo que expressa a produção desse resultado. A existir realmente tal uso linguístico unitário e poder chegar este a ser diretriz da interpretação legal, evidentemente toda não evitação do resultado se enquadraria em delito comissivo e não haveria delitos de omissão imprópria, vez que toda restrição

²²⁶ VIVES ANTÓN, Tomás. *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017. p. 128-129.

pela falta de posição de garantidor desautorizaria ao uso linguístico antes levado a uma diretriz.

Para o jurista esse posicionamento defendido por Kaufmann, mesmo que venha a ser considerado como alinhado ao pensamento de Welzel, para quem ação e omissão são, em princípio, “A” e “não A”, embora proponha uma forma positiva de descrição da norma com algumas previsões omissivas específicas “logicamente deveria poder incluir todas as possibilidades, pois nada no conceito puramente descritivo de ação permitiria discriminar entre diversas classes de omissão, pois se as omissões não são e nem podem ser ações, nenhuma delas pode ser classificada de ação”.

Como segundo ponto, Vives Antón²²⁷ destaca que Kaufmann, em seu trabalho, assevera:

Mas, apesar de não existir um uso linguístico unitário, se o cirurgião X vai de férias a Palmas de Mallorca de avião, ao invés de pegar um voo a Cartum e lá operar a Y, de cujo mal soube pelo rádio, nada poderá vincular tal fato a X haver matado a Y, assim é verdade que há casos que, segundo a linguagem comum, a omissão aparece como ação. Mas, esse uso linguístico se limita a poucos supostos.

Por isso, argumenta o idealizador da teoria da ação significativa sobre essa contradição: “se contradiz imediatamente com os pressupostos da argumentação defendida no ponto anterior e não cabe aduzir que essa assimilação ao ocorrer por poucas vezes, não implica em nenhum defeito de legalidade.”

Assim, entende o jurista que essas propostas não abdicam de uma necessária reflexão posterior para que possa vir a ser aplicada aos delitos omissos impróprios, o que reforça a importância de uma concepção do significado da conduta para uma real identificação da violação de uma norma penal.

Ora, se é um fato observável na realidade, a possibilidade de que os bens jurídicos penalmente relevantes podem ser violados pela ausência de observância das regras sociais, que são exigíveis de quem atua com a responsabilidade de garantir a segurança desse bem jurídico,

²²⁷ VIVES ANTÓN, Tomás. *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017. p. 128-129.

é razoável compreender a complexidade que seria a delimitação nos tipos penais de todas as possibilidades que pudessem ensejar uma responsabilização penal.

Entretanto, em nosso entendimento, tal fato, além de demonstrar que, nos crimes omissivos impróprios, não apenas a ocorrência do resultado, mas principalmente a relevância do sentido e do significado que esse resultado causa na conscientização desses deveres objetivos de obediência à norma, também abrem perspectiva para que os autores desses delitos sejam considerados tanto pessoas físicas como jurídicas.

Mesmo que ainda não tenha havido por parte de Vives Antón o desenvolvimento de trabalhos que revelam a plausibilidade dessa aplicação ao tema desta pesquisa, tem sido o entendimento apresentado por muitos de seus seguidores, como Carbonell Mateu, José González Cussac e Paulo Busato, dentre outros.

5. 5 A AUTORIA E A RESPONSABILIZAÇÃO

Ao colacionar de forma condensada os elementos que respaldam a teoria da ação significativa e as consequências dogmáticas sobre a teoria do delito, Vives Antón²²⁸ primeiramente rebateu duas das principais críticas recebidas que foram: a) que a ação significativa seria uma mera releitura da teoria social da ação e b) que seria um processo de analogia entre a ação e a linguagem.

Esclareceu Vives Antón²²⁹ que, diferentemente da teoria social da ação, na ação significativa não se apresenta conceito de ação, levando em conta uma valoração desse elemento como sendo socialmente relevante, pois considera que “cada tipo de ação está delimitado na descrição que lhe conferiu a lei.” Dessa forma, a ação significativa não visa identificar “notas que compõem todas as ações, pois não há nada que seja comum a todas elas”.

Para ele “a importância que cada um dos elementos ocupa na estrutura global do delito” possibilita a adoção de decisões sistêmicas acerca do conteúdo da norma e de sua significação.

²²⁸ VIVES ANTÓN, Tomás. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011. p. 781.

²²⁹ *Ibid.*, p. 781

Considerando que a análise do significado da ação tem como “ponto de partida o conteúdo linguístico expressado na proposição legal”, sua compreensão não pode ser fracionada, pois a identificação desse significado não depende de conceito mais ou menos bem formulado, mas deriva essencialmente do pleno “conhecimento das regras de uso das palavras e orações em que se expressa”.

Assim, apresenta como consequências para a dogmática:

1) o tipo de ação não desempenha uma função meramente negativa, mas junto a delimitação do legalmente relevante, oferece o fundamento dos juízos de ofensividade, ilicitude e reprovação; 2) o sistema não é um repositório da estrutura real do objeto nem da estrutura lógica dos conceitos, mas um simples guia ou um esquema que permite tratar, segundo uma certa ordem, os problemas que surgem na aplicação da lei aos casos.

Apesar de essa forma organizada não poder ficar dependente de análises meramente subjetivas, que levariam ao desvirtuamento da própria concepção de ordem, deve-se observar que “a circularidade dos fenômenos sociais é inevitável e não pode eliminar-se através de nenhum artifício sistemático”.

Pontua Vives Antón²³⁰, ao final, que “a investigação doutrinal deveria abandonar suas pretensões de cientificidade e substituí-las por outras relativas à melhoria do sistema jurídico.” Adotando esse novo viés, a dogmática deveria enfatizar menos a teoria e priorizar a prática, “menos conceitos e dogmas e mais princípios constitucionais e a sua efetividade”.

Com esse embasamento, a teoria da ação significativa apresenta aspectos relacionados à autoria, que ainda não haviam sido satisfatoriamente abordados com o finalismo e funcionalismo. Enquanto Welzel valora a finalidade como fator crucial para identificação da autoria, na visão de Roxin o domínio do fato e suas inúmeras possibilidades acabaram deslocando a análise para o aspecto da responsabilização e não da ação delitiva.

Para Vives Antón²³¹, o caminho adequado “para fixar o significado dos verbos típicos e estabelecer quem realiza em cada caso a ação típica, é atender ao uso da linguagem do caso, abandonando-se a ideia de um termo geral, comum a todas as suas aplicações”.

²³⁰ VIVES ANTÓN, Tomás. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011. p. 785

²³¹ *Ibid.*, p. 785.

Nesse sentido, demonstrando a importância da concepção significativa numa releitura do sistema de imputação, esclarece Busato:²³² “O significado de uma proposição, tanto em linguagem comum, quanto em linguagem científica (em nosso caso, em linguagem técnico-jurídica), descansa sobre o uso que se faz dele, e só pode ser melhorado na medida em que melhoram as práticas nas quais se assenta”.

Prossegue ele²³³, afirmando que: “um sistema jurídico-penal de imputação não é mais do que a estruturação linguística de uma práxis que consiste em cotejar normas e ações com o objetivo de afirmar, do modo mais justo possível, que algumas dessas ações são crimes e outras, não”.

Mesmo considerando que se as normas penais fossem elaboradas com o rigor técnico-jurídico esperado pela teoria do delito, a sua aplicação pelos destinatários deveria ser fruto da compreensão do significado que estas produziram desde a sua vigência.

Mas, como é sabido, o déficit de compreensão entre o comando normativo e o senso comum, não é decorrente unicamente da má técnica de elaboração das normas, mas principalmente da baixa conscientização que os destinatários possuem acerca da importância da obediência ao direito para o convívio social.

Por isso, com apoio nesse novo trilhar da ação significativa, em que se defende que a ação é um sentido de um substrato, sustenta-se nesse trabalho a tese de que o significado da ação sempre será fruto da compreensão desse substrato a ser encontrado na valoração usual da linguagem e na superação dos preconceitos dogmáticos.

A partir da identificação do sentido desse substrato, a análise da norma penal, com o viés de preservação principiológica aos direitos fundamentais de igualdade e de liberdade, possibilitam no sistema de imputação a definição da autoria.

Esse revela-se como melhor e mais seguro caminho a ser trilhado pela teoria do delito, pois os que foram seguidos, até então, criaram mais expectativas de segurança jurídica do que àquelas que efetivamente foram produzidas.

²³² BUSATO, Paulo. Concepção significativa da ação e sua capacidade de rendimento para o sistema de imputação. *Revista de estudos criminais*, [S.l.], v. 18, n. 73, p. 137, jun. 2019.

²³³ *Ibid.*, p. 141, 2019.

Nesse sentido, lúcida a assertiva de Vives Amtón²³⁴ “o papel nuclear e primário da realização de uma ação ou omissão típica, tal como o legislador a descreve, é determinante da autoria.”

Explana esse jurista que a forma de se identificar a autoria de um delito é formular a indagação: quem fez? Este questionamento não pode gerar dúvida para ser respondido, pois não há nada mais básico a ser identificado na ocorrência de um fato típico do que a sua autoria, pois “antes da ação e da linguagem não há nada que possa determinar o sentido que vem na vida social com eles.”

Além disso, as doutrinas objetivo-formais que visam estabelecer concepções de acessoriedade para a autoria, segundo Vives Antón²³⁵ esbarram no dilema que ocorre quando o autor realiza a conduta amparado por uma causa excludente de antijuridicidade, pois nessa hipótese transforma a sua relação em relação ao delito, deixando de ser considerado autor para ser responsável.

Da mesma forma, no que se refere a teoria do domínio do fato em que: “a hierarquia de deveres, apesar do que afirmam [...] a pergunta que tratam de responder não é a sobre a realização do fato, mas de quem são os responsáveis do delito.”

Neste plano da responsabilidade e não da autoria, Vives Antón²³⁶ aduz que essas teorias apresentam um melhor rendimento, embora menor do que aqueles professados pelos seus cultores.

Entretanto, mesmo sem que tenha havido essa pretensão dessa crítica, quando utiliza-se dessa argumentação para questionar a prática de um delito por parte de uma empresa, os conceitos finalistas e funcionalistas também revelam-se plenamente superados e insuficientes.

Consciente dessa realidade de insuficiência de rendimento de continuar pelo mesmo caminho dogmático, por vezes muito bem trilhado por inúmeros juristas que antecederam em pesquisas sobre este tema, implica em adotar uma outra opção na análise que norteou esse trabalho, ao reconhecer que o atual contexto social conduz inexoravelmente para uma mudança de referencial do direito penal e a revisão de seus dogmas.

²³⁴ VIVES ANTÓN, Tomás. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011. p. 789.

²³⁵ *Ibid.*, p. 791.

²³⁶ *Ibid.*, p. 796.

Assim, ao considerar a prática de delitos por empresas como uma realidade e a ausência de uma responsabilização direta, cujo principal óbice é um dogma construído num período em que o mundo era menos complexo e a economia ainda não tinha revelado o forte poder político dos entes coletivos, adota-se nesta tese uma nova leitura do direito penal, sob a ótica da teoria da ação significativa.

Nesse sentido, conceber a autorresponsabilidade da pessoa jurídica pelo significado do resultado lesivo ao bem jurídico tutelado, apresenta-se como o melhor caminho, pois a própria empresa passa a ser identificada como autora do delito e a sua alegada incapacidade de ação, fica restrita aos limites da concepção causal-finalista do delito.

Outrossim, é preciso também reconhecer que a construção dogmática de um conceito de autorresponsabilidade, adotando como base a teoria de sistemas autopoieticos e dependente de um fato de conexão da atuação humana, como formulado pelos doutrinadores já citados neste trabalho revelou-se insegura do ponto de vista sistêmico.

Nessa perspectiva de autorresponsabilidade, adotada pelos juristas que seguiram a linha de Gomez-Jara Diez, aduz Paulo Busato²³⁷ “assumia a ideia de autorreferencialidade da empresa e que é o direito quem gera a condição de pessoa.”

Mas, esse posicionamento, como foi exposto no capítulo terceiro, é completamente diverso do que ora se apresenta, com a adoção da ação significativa.

Sobreleva-se, assim, a importância da percepção da autorresponsabilidade da empresa na perspectiva da ação significativa, pois ao mesmo tempo em que se preserva o direito penal das garantias individuais, como base em sua aplicação, confere-se uma maior efetividade aos princípios, cujas violações decorrem da preponderância de uma mera visão dogmática.

Por sua vez, a adoção do modelo de heterorresponsabilidade para as pessoas jurídicas, também se apresenta como violador ao princípio da culpabilidade, por utilizar-se da culpabilidade de outrem para a imputação de pena.

Assim, com a constatação de inconsistência sistêmica e da ocorrência de uma colisão entre princípios jurídicos, a adoção do princípio da proporcionalidade, como método de composição, não pode ser visto como um mero critério interpretativo de linguagem.

²³⁷ BUSATO, Paulo. *Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas*. [S.n.]: Valencia, 2019. p. 87.

Por isso, se reconhecemos que as pessoas jurídicas não são capazes de possuir elementos subjetivos, mas que são capazes de adotar uma postura que representem a sua própria vontade, podemos compreender, adotando o princípio da proporcionalidade, que o sentido do substrato de um fato típico, cuja significação social e o sistema jurídico vigente assim possibilitem, é a imputação direta do fato à própria pessoa jurídica.

Nessa linha de pensamento, mesmo justificando que os jogos de linguagem de Wittgenstein referiam-se a ações humanas, mas adotando as suas premissas na perspectiva de que a teoria da ação significativa confere uma maior capacidade de rendimento para a análise da ação praticada diretamente pela pessoa jurídica, aduz Paulo Busato²³⁸

Se tem sentido tudo o que, de acordo com a nossa linguagem social e comunicativa comum, possa ser fonte de significado, ou seja, se uma ação ou omissão, em sentido jurídico, é a expressão comunicativa de um fazer ou não fazer, traduzida em um verbo típico que expressa intenções, segundo a linguagem comum, parece ser possível afirmar que uma pessoa jurídica efetivamente atue. [...]

Então, se faz sentido linguístico comum afirmar um fazer de pessoas jurídicas, é porque essas ações são algo que se encontra no fundo do desenvolvimento da própria linguagem com sentido e é o que se lhe permite reconhecer enquanto tal.

Os modelos de responsabilização penal das empresas que tentaram ter como respaldo a conexão com a ação de um de seus representantes legais ou dirigentes que estivessem atuando em nome e em proveito do ente coletivo sempre conduziram a conclusão de que não havia por parte deste indivíduo a capacidade de poder agir de outro modo, face à complexidade que a adoção de uma decisão por parte do ente coletivo representava.

Por outro lado, a identificação de que o sentido do substrato da conduta significativa auferir benefícios para a própria empresa com aquela prática, sempre restou evidenciado. Neste sentido foi o entendimento defendido em trabalho anterior, quanto aos delitos tributários, pois a sonegação de tributos, implica automaticamente no aumento da rentabilidade auferida no negócio das empresas.

²³⁸ BUSATO, Paulo. Concepção significativa da ação e sua capacidade de rendimento para o sistema de imputação. *Revista de Estudos Criminais*, [S.l.], v. 18, n. 73, p. 160, jun. 2019.

Assim, a adoção da autorresponsabilidade da empresa com respaldo na teoria da ação significativa, confere um vasto campo de aplicação ao direito penal, a ser limitado pelos princípios e regras constitucionais que assegurem critérios de imputação mais justos no sistema jurídico.

Nesse contexto de aplicação, as garantias individuais não se alteram, pois a responsabilização do próprio ente coletivo, não visa inibir a responsabilização individual de algum de seus dirigentes, dentro do devido processo legal, desde que, obviamente, este tenha atuado de forma independente e contrária aos interesses da empresa.

Mas, assegura também a responsabilização direta, quando a vontade da pessoa jurídica foi no sentido do substrato de violação da norma penal.

A análise da autoria e da responsabilização serão realizadas a partir das normas penais que estejam inseridas nos delitos passíveis de realização pela pessoa jurídica.

Assim, a aplicação da teoria da ação significativa como um critério de imputação de autorresponsabilidade às pessoas jurídicas, apresenta um sentido ao substrato de que o significado do resultado típico, violador da norma, revelou uma compreensão social de que o desenvolvimento das atividades econômicas nesta hipótese adotou um comportamento contrário à obediência ao direito penal.

6 CONCLUSÃO

Ao término de um trabalho de pesquisa, retorna-se ao caminho inicial norteador do enfrentamento do desafio, com observação sobre a relevância do tema e se as hipóteses levantadas foram evidenciadas de acordo com o método escolhido, para que, ao final, possibilite-se o desenvolvimento de novos trabalhos.

Além disso, em se tratando de uma tese, a necessidade de que seja inovadora, desperta muita polêmica, mas precisa ser contextualizada, para que se possa demonstrar que, muitas vezes, caminhos diferentes podem alcançar a mesma conclusão, embora seja importante considerar as nuances individuais de cada trabalho e a *expertise* de cada pesquisador

Assim, o ponto de partida utilizado foi analisar a importância alcançada pela política criminal perante a dogmática penal, desde quando a política criminal angariou um *status* científico, como destacado no primeiro capítulo deste trabalho. A partir dessa nova compreensão, os avanços ou retrocessos suscetíveis de ocorrer na tênue relação entre a preservação de liberdades e a imposição de novas regras de conduta, serão resultantes de forte influxo de posicionamentos divergentes, mas necessários ao direito penal.

A preocupação com a manutenção dos postulados garantistas alcançados pela humanidade com muita luta e sacrifício, além de legítima, é indispensável a esse debate. Com isso, evita-se que haja preponderância nas valorações de política criminal sobre a função sistemática de construção de conceitos, evitando-se uma ruptura de princípios dogmáticos, em prol da homogeneidade sistêmica e aplicação imparcial do direito.

Por isso, em momento algum desta pesquisa, suscitou-se divisão do direito penal, com graus de velocidades e garantias distintas, como apresentado por alguns juristas, pois tal proposição causaria muito mais problemas do que benefícios.

Resistir a esse debate de posições tão antagônicas, sem perder a essência de que o direito penal deva continuar a ser um ramo, cuja defesa de um comprometimento ético-social, esteja como seu núcleo duro, seguramente, deve ser e será o limite intransponível a ser respeitado pelos defensores de cada corrente.

Ocorre, todavia que o tema da responsabilização penal das pessoas jurídicas tornou-se tão relevante que transcende a discussão entre correntes dogmáticas, uma vez que, nos mais diversos rincões do mundo globalizado, houve um direcionamento político-criminal impulsionado por diversas recomendações de organismos, como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, a Recomendação 18/88 do Conselho de Ministros dos Estados Membros do Conselho da Europa, o Convênio de combate aos crimes cibernéticos do Conselho da Europa de 2001, o Convênio de proteção aos interesses financeiros da União Europeia de 1995.

Mas, a intervenção penal, sendo a *ultima ratio*, não deveria ser reservada aos demais ramos de atuação reguladora nessa seara? Por que deveria haver inversão dessa racionalidade?

Em relação à primeira das questões, o processo seletivo de intervenção penal, em qualquer sistema jurídico, é suscetível de críticas e os argumentos apresentados, favoráveis ou contrários à adoção sistêmica, são plausíveis, mas devem reconhecer que foi uma etapa superada, na medida em que houve a previsão constitucional e legislativa no sentido da intervenção.

No Brasil, a questão da responsabilização penal da pessoa jurídica prevista na Constituição Federal de 1988 e através de uma lei de crimes contra o meio ambiente (Lei 9.605/98), tem revelado uma aplicação muito tímida, mas as decisões do STF ratificam a constitucionalidade da responsabilização e, no mais recente julgamento, definiu-se a imputação direta, conforme RE 548.181 - Relatora Min. Rosa Weber.

Além disso, o PL 236/2010, que trata da reforma do Código Penal, estabelece a previsão da responsabilização penal das empresas, apesar de toda a celeuma que tem sofrido na sua tramitação no Congresso Nacional.

Ao segundo questionamento (por que deveria haver uma inversão dessa racionalidade), evidenciou-se, neste estudo, que as denominadas situações de risco têm influenciado numa conscientização coletiva, em muito facilitada pelo acesso à informação, ampliando o nível de insegurança e de cobrança por regulação estatal mais efetiva. A ideia de liberdade de atuação na economia teve historicamente anseios por intervenções estatais, visando ao reestabelecimento do equilíbrio no mercado.

Disso resulta que o tema escolhido efetivamente é relevante e ainda desperta necessidade de aprofundamento nos estudos, pois evidenciou-se, nesta abordagem, a enorme

dificuldade, no campo técnico-jurídico, de o sistema *civil law* tornar a responsabilização penal uma realidade, pois não obstante a atmosfera social favorável, a resistência dogmática apresenta sinais claros de apego aos postulados causais-finalistas.

Nesse particular, dentro da lealdade que deve nortear o trabalho acadêmico, desde o início, não foi defendida com a mesma convicção que ora se sustenta a responsabilização penal das pessoas jurídicas, pois são evidentes os obstáculos dogmáticos, sob a ótica causal-finalista, que resultam na admissão unicamente da pessoa humana como sujeito ativo de delito.

Com essa convicção, foi delimitado o problema enfrentado na pesquisa, pois, *ao concebermos a responsabilização penal das pessoas jurídicas no sistema penal brasileiro como uma previsão constitucional, como é possível atribuir ao próprio ente coletivo as consequências penais pelos atos que tenham sido praticados em proveito da empresa?*

Durante a instância investigativa na Universidade de Valência, identificamos as tentativas de adaptação dogmática desenvolvidas no modelo de heterorresponsabilidade, adotado no Código Penal espanhol, que vem despertando discussões no âmbito jurisprudencial, como o ocorrido em seu último julgamento ainda não concluído, cujo entendimento já sinaliza por reconhecer como modelo de autorresponsabilidade.

Destarte, o primeiro objetivo específico para a defesa da tese da responsabilização penal foi compreender como a pessoa jurídica manifesta uma vontade autônoma, independentemente da individualizada de cada um de seus dirigentes, mesmo não possuindo elementos psíquicos.

A polêmica em reconhecer a existência dessa vontade, é exclusiva do direito penal, pois o elemento subjetivo é colocado no modelo causal-finalista como determinante para a análise da conduta delituosa.

Ocorre que o princípio da igualdade, sendo um axioma da própria concepção de direito, obriga aplicação de métodos de compensação ao tratamento dos desiguais, conforme já sustentado em trabalho anterior, pois, no desempenho de atividades em que haja predominantemente atuação de pessoas jurídicas, não é razoável e justo deixar de aplicar sanções penais, como ocorreria na mesma situação com as pessoas físicas.

Aplicar esses meios de compensação para a prevalência do princípio da igualdade, é o desafio sobre o qual a dogmática penal ora se debruça e, por isso, a expectativa em torno das novas teorias que analisadoras do fenômeno criminal, apresenta-se como alternativa viável.

Nesse sentido, surgiram os primeiros contatos com a teoria da ação significativa, através de alguns dos trabalhos publicados por seguidores da tese construída por Vives Antón.

A argumentação da teoria da ação significativa revela de forma clara e objetiva inúmeras lacunas de rendimento das teorias finalistas e funcionalistas para os conceitos de ação, omissão, imprudência e culpabilidade.

Apesar de o idealizador da teoria ainda não ter manifestado sua opinião sobre a responsabilização penal das pessoas jurídicas, revelou-se, nos postulados apresentados, a desproporcionalidade, dentro do sistema jurídico, da convivência das pessoas físicas, sem que as empresas estejam submetidas às mesmas consequências jurídicas.

Assim, enfrentamos o segundo objetivo específico da abordagem: demonstrar a prática de delitos por parte das próprias empresas. Ressalte-se, no entanto, que, mesmo entre os doutrinadores contrários à responsabilização penal, não se debate tanto acerca dessa impossibilidade, quando se considera que a definição da norma penal, em respeito ao princípio da legalidade, é que se encarregará da definição das condutas típicas.

Algumas dessas tipicidades efetivamente somente se aplicam às pessoas humanas, mas, nas tipificações de condutas contra o meio ambiente, por exemplo, como ocorre na Lei 9.605/98, a teoria do delito vinha adaptando o sistema de imputação, visando à identificação de quem atuava naquela conduta típica em nome da empresa, para que também fosse responsabilizado penalmente pelos atos praticados, em proveito do ente coletivo. Tal era o entendimento do STJ nos julgamentos em que sustentava a dupla imputação.

Considerando como necessária uma alteração desse critério de aplicação, formulou-se neste estudo a primeira das hipóteses de conclusão: *a identificação do(s) autor(es) e de que a conduta foi praticada em virtude de uma deliberação da administração do ente coletivo, apenas o(s) indivíduo(s) deve(m) ser responsabilizado(s) penalmente, cabendo aplicação de medidas administrativas para a empresa como efeitos da condenação.*

Na adoção desse viés, as consequências jurídicas contra os entes coletivos seriam aplicadas pela Justiça Criminal, mas teriam natureza administrativa. É dessa forma que se aplica na Alemanha e Itália, mas ocorria também na Espanha, antes da reforma de 2010.

Acontece, todavia, que a identificação dos responsáveis legais que tinham poder decisório para realizar ou não a deliberação da própria empresa, sempre resultou na denominada irresponsabilidade organizada, ante a ausência de condições de poder delimitar as condutas

individuais, inviabilizando também a aplicação de sanções administrativas às pessoas jurídicas, como efeitos de condenação.

Na segunda hipótese suscitada *havendo ou não a identificação do(s) autor(es), mas sendo a conduta praticada em virtude de uma deliberação da administração do ente coletivo, deve-se atribuir apenas a responsabilidade penal à própria pessoa jurídica, a partir de critérios definidos na lei.*

Para isso, a autorresponsabilidade apresenta-se como a melhor alternativa, embora dependente da construção de uma teoria de culpabilidade própria para a pessoa jurídica. Dentro dessa perspectiva, para o modelo causal-finalista é imprescindível um fato de conexão com as condutas de seus dirigentes, mas todo o esforço doutrinário, até então desenvolvido, não obteve o rendimento esperado, sucumbindo às severas críticas apresentadas.

Por seu turno, com a análise das opções que a teoria da ação significativa proporciona a esse processo construtivo de uma autorresponsabilidade, como forma de responsabilização penal direta da pessoa jurídica, a tese que ora se defende, deve-se aos seguintes fundamentos:

1) A vinculação aos elementos subjetivos para a definição da conduta típica, durante toda a formação acadêmica e na atuação como integrante do Ministério Público, sempre foi a defendida, pois a perspectiva de que apenas o ser humano, e somente ele, pode efetivamente realizar escolhas e, através destas, sofrer as consequências penais, quando poderia e devia ter agido de outro modo;

2) Com a graduação em economia, aliada às atribuições exercidas no *Parquet*, proporcionaram no desempenho de atividades de persecução criminal em delitos econômicos, uma enorme complexidade em tentar unir dois mundos tão díspares em regulações objetivas e claras, como deveriam ser as normas penais. No contexto da legislação brasileira, a Lei 8.137/90 é um exemplo dessa falta da boa técnica legislativa para sua melhor aplicação;

3) Apesar da crise de legitimação do direito, tentar ser propositivo numa seara em que boa parte do discurso dogmático é no sentido de apontar o *jus puniendi* como seletivo, e atuar de forma muito mais intensa sobre a população mais humilde e menos preparada para compreender as normas, aumenta o desafio de poder contribuir para torná-lo mais justo e imparcial, mostrando-se caminhos com muitas etapas ainda a serem vencidas;

4) Apesar disso, a neutralidade do olhar, necessária no estudo acadêmico, durante o desenvolvimento desta pesquisa, deveu-se ao fato de não exercer, há mais de seis anos, qualquer atuação de persecução criminal, na medida em que houve a assunção de atribuições em áreas cíveis e administrativas;

5) Com esse olhar externo e pretensamente neutro, observou-se, ao longo da pesquisa, o quanto têm sido debatido e construídos argumentos plausíveis para a refutação da premissa de que *societas delinquere non potest*. Nesta tese, essa premissa também restou refutada e os recentes episódios ocorridos com o rompimento de barragens em Minas Gerais, dentro de curto espaço de tempo, reforçam essa lamentável constatação;

6) A adoção do critério de uma autorresponsabilidade e a teoria da ação significativa como método para a construção dessa culpabilidade da própria empresa não encerram o enfrentamento do tema desta pesquisa;

7) Entretanto, apontando-se esse como um caminho plausível, vislumbra-se que, na sua aplicação a um caso concreto, a evidência do sentido do substrato que norteia a ofensa ou violação ao bem jurídico penalmente tutelado, revelará a autoria da pessoa jurídica, sem que isso venha provocar tanta surpresa com sua a consequente responsabilização penal, principalmente quando as decisões judiciais forem transitando em julgado.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BECK, Ulrich. *O que é Globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização*. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2013.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1.
- BONAVIDES, Paulo. *História constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.
- BRASIL. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19605.htm.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 548.141/PR. *Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Paraná, 06 ago., 2013.
- BRICOLA, Franco. *Scritti di diritto penale*. Milano: Dott. A. Giuffré Editore, 1997.
- BUSATO, Paulo. Concepção significativa da ação e sua capacidade de rendimento para o sistema de imputação. *Revista de estudos criminais, [S.l.]*, v. 18, n. 73, p.149, jun. 2109.
- BUSATO, Paulo. *Direito penal & ação significativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BUSATO, Paulo. O leviatã de Brumadinho. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 27, n. 316, p. 8, 2019.
- BUSATO, Paulo. Razões político-criminais para a responsabilidade penal de pessoas jurídicas In: BUSATO, Paulo. *Responsabilidade penal de pessoas jurídicas*, Rio de Janeiro: Tirant Lo Blanch, 2018.

BUSATO, Paulo. *Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BUSATO, Paulo. *Responsabilidade penal de pessoas jurídicas no projeto do novo código penal brasileiro*. *Revista Liberdades*, São Paulo, 2012. Ed. especial.

BUSATO, Paulo. *Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas*. [S.n.]: Valencia, 2019. p. 87.

BUSATO, Paulo. Vontade Penal da Pessoa Jurídica: um problema prático de imputação de responsabilidade criminal. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, ano 6, n. 12., p. 173-174, abr. 2001.

BUSATO, Paulo Cesar; REINALDET, Tracy Joseph. Crítica ao uso dogmático do compliance como eixo de discussão de uma culpabilidade de pessoas jurídicas. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO Paulo Cesar (Coord), DAVID, Décio Franco. (Org.). *Compliance e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMPOS, Patrícia Toledo. Comentários à lei 12.846/2103: Lei anticorrupção. *Revista digital de direito administrativo*, São Paulo, v. 2, n. 1, 2015.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: reflexões em torno de sua dogmática e sobre o sistema da reforma de 2010 do CP espanhol. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 133, p. 44, 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito Civil. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA, José Faria. A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade das pessoas coletivas, à luz do direito penal). *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, ano 2, n. 4, out-dez. 1992.

CRIMINAL Code Act 1995. Disponível em:
<http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion>. Acesso em 23 out. 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Direito constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Resultados y problemas en la construcción de un sistema de derecho penal funcional y racionalmente final*. Fundamentos de um sistema europeo del derecho penal. Barcelona: J M Bosh Editor, 1995.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo José. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 9, jan/abr. 2012.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo José. Culpabilidad y punición de personas jurídicas? In: CUELLAR, Jaime Bernal *et al.* (Org.). *El funcionalismo en derecho penal: Libro Homenaje al Profesor Gunther. Jackobs*, Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2003. v. 1.

FERNANDES, Leonardo; PINA, Rute. Histórico de violações da Vale vai muito além de Mariana e Brumadinho: terceira maior mineradora do mundo, empresa tem trajetória marcada por crimes contra o meio ambiente e comunidades. *Brasil de fato*, São Paulo, 29 jan. 2019. Disponível em: <http://www.brasildefato.com.br>. Acesso em: 14 fev. 2019.

FISSE, Brent; BRAITHWAIT, John. *Corporations, crimes and accountability*. Cambridge, 1993.

FORIGO, Camila Rodrigues. O criminal compliance e a autorregulação regulada: Privatização no controle à criminalidade econômica. In: GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Direito penal econômico*. Londrina: Thoth, 2017.

GALÁN MUÑOZ, A. La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: Entre la hetero - y la autorresponsabilidad. *Revista general de derecho penal*, [S.l.], n. 16, 2011.

GALVÃO, Fernando Antonio. Possibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica por crime ambiental. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 6, 2006.

GRACIA MARTIN, Luis. Concepto categorial teleológico y sistema dogmático del moderno Derecho penal económico y empresarial de los poderosos. *Revista para El Analysis Del Derecho*, Dret.Barcelona, n. 3, p. 22, jul. 2016.

GRACIA MARTIN, Luis. *El Actuar em lugar de outren en derecho Penal*. Zaragoza: 1985.

GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos. Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, [S.l.], maio/ago. 2006.

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

GOMES, Luiz Flávio. Crime ambiental e responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito público. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, [S.l.], v. 9, n. 49, 2008.

GOMES, Mariângela G.M. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: RT, 2003.

GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts 31, bis ter, quárter y quinquies*. In: GONZÁLEZ CUSSAC, José. *Comentarios a la reforma del código penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.

GONZÁLEZ CUSSAC, José L.; BERENGUER, Enrique Orts. *Compendio de derecho penal*. Parte General. 7. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017.

- GORDILHO, Heron José de Santana. *Direito ambiental pós-moderno*. Curitiba: Juruá, 2011.
- GRECO, Luís. Por que é ilegítimo e quase de todo inconstitucional punir pessoas jurídicas. In: *Responsabilidade penal de pessoas jurídicas*. Rio de Janeiro: Tirant Lo Blanch, 2018.
- HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 1999.
- ITÁLIA. *Decreto Legislativo 231, de 08 de julho de 2001*. [Estabelece a responsabilização administrativa das pessoas jurídicas pelos atos ilícitos praticados em seu interesse ou proveito]. Itália, 2001.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCrim). *Comentários ao relatório Senador Pedro Taques em face do PLS nº 236/12*. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/docs/codigo_penal.pdf. Acesso em: 06 maio 2019.
- JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Civitas, 2004.
- LEITE, Alaor. Observações provisórias sobre a responsabilização penal das pessoas jurídicas. In: *Responsabilidade penal de pessoas jurídicas*. Rio de Janeiro: Tirant Lo Blanch, 2018.
- [LEVANTAMENTOS realizados pela Revista Exame]. *Revista Exame*, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://exame.abril.com.br>. Notícia divulgada em: 03 abr. 2018.
- MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade o risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.
- MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. *O conceito material de culpabilidade*. Salvador: JusPodivm, 2009.
- MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal em el estado social y democratico de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.
- NIETO MÁRTIN, Adan. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008.
- PIERANGELLI, José Henrique. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas e a nova lei ambiental. *Revista CEJAP, [S.l.]*, v. 3, n. 5, 2002.
- PARDO, Jose Esteve. *Autorregulación : génesis y efectos*. Navarra: Aranzadi, 2002. p. 15-16.
- PRADO, Alessandra R. Mascarenhas. Sobre a tipificação da poluição em face do princípio da legalidade. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, [S.l.]*, n. 5, v. 3, 2006.

PRADO, Alessandra R. Mascarenhas. Sobre a tipificação da poluição em face do princípio da legalidade. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, [S.l.]*, v.3, n.5, p. 162, 2006.

PRADO, Luiz Regis. Crime ambiental: responsabilidade penal da pessoa jurídica? *Boletim do IBCCrim 65, [S.l.]*, p. 2., abr. 1998. Edição especial.

REINO UNIDO. [Relatório da Comissão Jurídica n. 237 de 1996]. Disponível em <http://www.lawcom.gov.uk>. Acesso em 24 out. 2018.

ROBLES PLANAS, Ricardo. Delitos de personas jurídicas. *Indret*, Barcelona, n.2, 2006.

RODRIGUEZ ZUNINGA, Laura. *Bases para un Modelo de Imputacion de Responsabilidad Penal a Las Personas Jurídicas*. Aranzadi, 2000.

ROTHENBURGH, Walter Claudius. *A pessoa jurídica criminosa*. Curitiba: Juruá, 2009. Exame

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

ROXIN, Claus. *Derecho penal. parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2013. t. 1.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Bruna Couto. Uma breve análise acerca da ineficácia da constituição cidadã frente à possibilidade de execução provisória da pena em um Brasil juristocrático. *Revista da Academia de Letras Jurídicas da Bahia, [S.l.]*, Salvador, n.23, 2018.

SILVA, Marco Antonio Chaves da. *A autoria Coletiva em Crimes Tributários*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Madrid: Edisofer, 2016.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. Responsabilidade penal da pessoa jurídica na Lei 9.605/1998. In: *Doutrinas Essenciais Direito Penal Econômico e da Empresa*. São Paulo: RT, 2011. v. 1.

TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

[TESCO Supermarket Ltd x Natrass]. 2011. Disponível em: <http://nebosh-revision.blogspot.com/2011/03/case-law-tesco-supermarkets-ltd-v.html>. Acesso em: 03 out. 2018.

TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de derecho penal econômico*. Barcelona: PPU, 1992.

VIVES ANTÓN, Tomás. *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017.

VIVES ANTÓN, Tomás. *Fundamentos del sistema penal*. 2. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.

VIVES ANTÓN, Tomás. *La libertad como pretexto*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995.

VON BEYME, Klaus. *Teoría política del siglo XX*. Versión española de Jesus Alborés. Madrid: Alianza Universidad, 1994.

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*. Montevideo-Buenos Aires: IbdeF, 2004.