

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

GABRIEL BAINGO FABRIS

**A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA POR FATO PRÓPRIO:
UMA ANÁLISE DE SEUS CRITÉRIOS DE IMPUTAÇÃO**

SÃO LEOPOLDO

2016

GABRIEL BAINGO FABRIS

A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA POR FATO PRÓPRIO:
UMA ANÁLISE DE SEUS CRITÉRIOS DE IMPUTAÇÃO

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. André Luís Callegari

SÃO LEOPOLDO

2016

F128r Fabris, Gabriel Baingo.
A responsabilidade penal da pessoa jurídica por fato próprio : uma análise de seus critérios de imputação / por Gabriel Baingo Fabris. – 2016.
136 f. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016.
“Orientação: Prof. Dr. André Luís Callegari.”

1. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 2. Culpa (Direito). 3. Direito penal. I. Título.

CDU 343.222

Catálogo na Publicação:
Bibliotecária Fabiane Pacheco Martino - CRB 10/1256

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: "**A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA POR FATO PRÓPRIO: UMA ANÁLISE DE SEUS CRITÉRIOS DE IMPUTAÇÃO**" elaborada pelo mestrando **Gabriel Baingo Fabris**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 20 de dezembro de 2016.

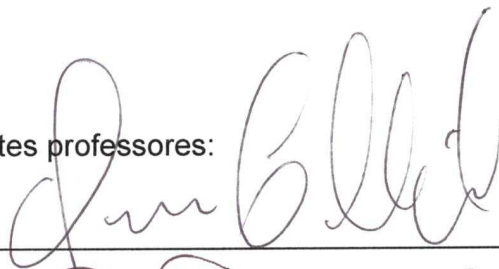


Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

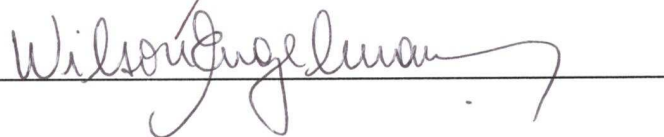
Presidente: Prof. Dr. André Luís Callegari



Membro: Prof. Dr. Alexandre Lima Wunderlich



Membro: Prof. Dr. Wilson Engelmann



À Priscila, que me acompanha todos os dias.

AGRADECIMENTOS

Teço meus sinceros agradecimentos:

Ao Prof. Dr. André Luis Callegari, pelo auxílio e orientação nesta dissertação.

Aos professores deste PPGD, em especial ao Prof. Dr. Wilson Engelmann, por toda a aprendizagem desde a graduação.

Aos secretários Vera Loebens e Ronaldo Cezar Rodrigues, por todo o auxílio durante este caminho.

Aos colegas deste PPGD, que deixarei de citar face à sua pluralidade.

À Priscila, por ter compreendido minha ausência e por ter mantido todo o companheirismo diariamente.

À minha família, em especial à minha mãe, por sempre ter acreditado em mim, ao meu irmão e ao meu pai.

Ao meu grande amigo Pedro Krebs, por toda a amizade, apoio e constantes discussões.

Ao meu amigo Jones Kehl, pelas discussões e debates.

Ao meu amigo Maurício Góes, por ter me encorajado a identificar o valor da Academia.

À minha amiga e colega Carina Góes, por ter compreendido minha ausência e ter acreditado em mim.

À minha amiga Cláudia Werle, pelo apoio e preocupação comigo.

Aos colegas de escritório – Andressa Pereira, Victoria Leal e Nathália Brehm – pelo apoio diário.

Ao meu amigo Christian Fischer, pela amizade.

À minha amiga Maíra Lanner, pelo apoio.

RESUMO

Em meio às modificações sociais, passa-se a constatar que o Direito penal é chamado para resolver problemas que outrora eram inimagináveis. Ao passo que o campo de atuação deste se amplia, verifica-se que passa a englobar novos bens jurídicos, sobretudo de cunho coletivo, supraindividual. Como resultado desta expansão, amplia-se o âmbito de responsabilidades, estendendo-se à pessoa jurídica, percebendo-se essa tendência em outros ordenamentos jurídicos. A partir de uma metodologia sistêmico-construtivista, utiliza-se a técnica de pesquisa, a partir de pesquisa bibliográfica, sobretudo de teorias previamente analisadas e discorridas pela doutrina, a partir de suas produções bibliográficas, englobando, a presente pesquisa, também, textos legislativos e análise da perspectiva jurisprudencial acerca da opção político-criminal. Ao passo em que são evidenciados problemas quando da identificação da autoria em meio à atividade empresarial, surgem problemas quanto à atribuição de responsabilidades por meio das normas de imputação inerentes ao Direito penal. Como resposta, a doutrina identifica duas formas de resolvê-lo: utilizar as normas de imputação do indivíduo que atua no interior da empresa ou utilizar normas de imputação próprias à pessoa jurídica. Partindo do pressuposto de que deveriam ser utilizadas normas de imputação diretamente à pessoa jurídica, perante o desenvolvimento das atividades empresariais, faz-se necessária uma análise acerca da adequação das normas de imputação – ação, tipicidade subjetiva e culpabilidade – sobretudo para que possam permitir a atribuição desta responsabilidade. Para esta adequação, o desenvolvimento de uma teoria do delito é realizado com base em critérios próprios da pessoa jurídica, a partir de sua própria estrutura organizativa. Desta análise, verifica-se que a doutrina não é pacífica e, embora suscetível a críticas, busca uma solução para este problema.

Palavras-chave: Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Regras de imputação da pessoa jurídica. Regras de imputação. Fato empresarial. Culpabilidade da pessoa jurídica.

ABSTRACT

Amid social changes, it becomes clear that Criminal law is called to solve problems that were once unimaginable. While the field of activity of this one is widening, it turns out to include new legal property, especially of a collective issue, supra-individual nature. As a result of this expansion, the range of responsibilities is widen, extending to the legal person, perceiving this tendency in other legal systems. From a systemic-constructivist methodology approach, the research technique is used based on a bibliographical research, mainly on theories previously analyzed and discussed by the doctrine, based on its bibliographic productions, encompassing, the present research, also, legislative texts and analysis of the jurisprudential perspective on the political-criminal option. Whereas problems are shown when identifying authorship among the business activity, problems come to light while regarding the attribution of responsibilities through the rules of imputation inherent in Criminal law. As a response, the doctrine identifies two ways of solving it: using the rules of imputation from the individual that operates inside the enterprise or using rules of imputation specific to the legal entity. Assuming that the rules of imputation should be used directly to the legal entity, towards the development of business activities, an analysis is required about the adequacy of the imputation rules - action, subjective typicity and culpability – especially so that they can allow the attribution of this liability. For this adequacy, the development of a theory of crime is made from own criteria of the legal entity, from its own organizational structure. From this analysis, it turns out that the doctrine is not peaceful and, although susceptible to criticism, seeks a solution to this problem.

Keywords: Criminal liability of the legal entity. Legal entity. Rules of imputation of legal entity. Business fact. Culpability of the legal person.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA	15
2.1 Da Expansão do Direito Penal na Sociedade do Risco.....	16
2.2 Da Supraindividualidade do Bem Jurídico.....	31
2.3 Tendências de Responsabilização Penal da Empresa.....	43
3 BASES PARA A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA	54
3.1 O Modelo Individual de Responsabilidade.....	54
3.2 A Responsabilidade Penal por Fato Alheio	65
3.3 A Responsabilidade Penal por Fato Próprio.....	76
4 A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA E AS NORMAS DE IMPUTAÇÃO.....	91
4.1 Da Capacidade de Ação da Empresa	91
4.2 Da Tipicidade Subjetiva	99
4.3 Da Culpabilidade da Empresa	109
5 CONCLUSÃO	121
REFERÊNCIAS.....	128

1 INTRODUÇÃO

Em meio às constantes modificações sociais, o Direito penal é chamado para solucionar problemas que outrora eram impensáveis em meio ao ramo, tendo este adentrado a novas formas de responsabilização, sobretudo no âmbito da atuação das empresas. A escolha do legislador por responsabilizar as pessoas jurídicas parte de uma opção político-criminal para conter os possíveis riscos causados pela atividade empresarial, sobretudo em relação ao meio ambiente.

Desta constatação, bem como partindo-se do pressuposto de que os elementos de responsabilização do Direito penal se constituem a partir do paradigma da pessoa física, são necessários critérios hábeis para estabelecer uma responsabilidade penal da pessoa jurídica, sobretudo enquanto se considere a necessária presença de uma ação típica, ilícita e culpável.

É inegável que diversas dificuldades são enfrentadas pelo modelo clássico de normas de imputação, sendo que o presente trabalho versará acerca dos fundamentos encontrados pela doutrina para a adoção de uma responsabilidade própria da pessoa jurídica, de modo a esclarecer critérios acerca da ação praticada pela empresa, os elementos subjetivos da própria empresa, bem como a construção de uma culpabilidade própria da empresa.

Desta tentativa, poder-se-ia chegar à uma declaração de impossibilidade de responsabilização da pessoa jurídica por completa incompatibilidade com as normas de imputação existentes no sistema. Entretanto, importante já trazer à tona que a construção dos elementos de imputação é possível a partir da compreensão de que seus fundamentos sejam encontrados na capacidade da própria empresa de possuir uma organização interna. Isso permite que seja observada, inclusive em perspectivas diversas, uma conduta praticada pela própria pessoa jurídica (ação), bem como uma aproximação aos elementos volitivos próprios do ente coletivo (tipicidade subjetiva) e os fundamentos de um juízo de reprobabilidade de seus atos (culpabilidade).

O objetivo geral do presente trabalho, então, repousa na análise e identificação das normas de imputação penal clássicas como viáveis para criminalizar os atos praticados pela pessoa jurídica. Esta análise terá como objetivos específicos, em um primeiro momento, uma análise do panorama político-criminal e da constatação da expansão do Direito penal a bens supraindividuais como causa

para a atribuição desta nova modalidade de responsabilidade. Em um segundo momento, permitir-se-á identificar os problemas de um modelo individual como resposta à atividade empresarial, bem como as tentativas de transposição de regras de imputação dos sujeitos individuais às pessoas jurídicas. Face à esta constatação, dentre as dificuldades de individualização de condutas na atividade empresarial, permitir-se-á buscar os fundamentos doutrinários acerca de um modelo baseado na própria pessoa jurídica, sobretudo a partir da opção do legislador de responsabilização da própria pessoa jurídica, de forma autônoma em relação às pessoas físicas que atuam em seu interior.

Em um terceiro momento, então, buscar-se-á desenvolver os fundamentos das categorias mais problemáticas para imputação da pessoa jurídica, que também são objeto das principais críticas ao instituto. Isto será realizado analisando algumas das críticas à adoção de um modelo que leve em consideração elementos de imputação próprios da pessoa jurídica. A constatação será realizada trazendo-se as críticas formuladas pela doutrina, bem como, por conseguinte, trazendo-se os fundamentos encontrados pela parcela da doutrina que defende o instituto de responsabilização da pessoa jurídica, a fim de estabilizar um conceito de conduta, tipicidade subjetiva e culpabilidade próprios da pessoa jurídica.

A partir da perspectiva ora abordada, passa a romper-se com os paradigmas clássicos do Direito penal e, adentrando ao marco expansionista em meio a sociedade do risco, se verifica a escolha político-criminal pela responsabilização da pessoa jurídica, rompendo com a máxima *societas delinquere non potest*. Muitas dificuldades, sobretudo em relação à dogmática penal e seus critérios de aplicação surgem à tona, podendo-se evidenciar não haver uma margem concreta para as normas de imputação no discurso punitivista da pessoa jurídica. Nesta senda, se evidencia a expansão do Direito penal e conseqüente responsabilização da pessoa jurídica, resultando na necessidade de delimitação dos critérios doutrinários acerca Direito penal voltado ao ente coletivo, mormente naquilo que se refere à sua tradução ao ente coletivo.

É de se ressaltar que a atualidade do presente tema se constitui como uma das justificativas do presente trabalho, tendo em vista que a responsabilidade do ente coletivo não se mostra novidade, porém, é a sua responsabilização no âmbito penal que se mostra inovação. A aplicação de uma responsabilidade penal à pessoa jurídica, atualmente, permite vastas discussões entre a doutrina penal, o que enseja

uma necessária reflexão acerca dos critérios de imputação do Direito penal da empresa. A partir disso, tem-se importância teórica o presente tema ao passo que permite uma reflexão acerca das modificações ocorridas no modelo penal de responsabilidade, que exige que se estabeleçam critérios (e se coloque à prova os existentes) para delimitar a imputação da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Ademais, mesmo que se considere a presença da responsabilidade penal da pessoa jurídica no âmbito constitucional, importante referir que somente uma dessas legislações, sobretudo em relação aos crimes ambientais efetivamente descreve tal responsabilidade, inexistindo adequação teórica acerca das normas de imputação penal. A partir da perspectiva de um Direito penal em expansão, mostra-se de suma importância que sejam identificados e estabelecidos critérios para a aplicação do Direito penal aos entes coletivos, sobretudo em um sistema que traz consigo normas de imputação notadamente voltadas ao indivíduo. Com isso, há importância prática no tema, dado o fato de que se verifica o processamento de empresas pela prática de delitos ambientais, sendo que parte da doutrina brasileira permanece em um movimento de resistência à escolha político-criminal de extensão à empresa.

O presente trabalho também encontra pertinência com a linha de pesquisa da universidade ao passo que o debate acerca das novas modalidades de criminalização no Estado democrático, bem como a concretização dos direitos fundamentais com a busca pela contenção de riscos resulta em consequente expansão do ramo, a partir da utilização do Direito penal. Este fundamento também se encontra nos limites a serem impostos e os meios dogmáticos a serem utilizados, sobretudo fundamentados na matriz constitucional.

Quanto à metodologia a ser utilizada, adotar-se-á o método sistêmico-construtivista, a partir da matriz de Niklas Luhmann¹, compreendendo-se que o conhecimento não se baseia em uma realidade externa, mas, sim, é gerado a partir das observações realizadas pelo pesquisador. A abordagem é realizada levando em consideração a existência do mundo em si, mas não o utilizando como mero objeto cognoscível, compreendendo-o como um horizonte fenomenológico inatingível, passível de ser observado. O conhecimento é, então, uma construção realizada pelo pesquisador enquanto observa esta realidade ou observa como outros observadores a constroem.

¹ LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. São Paulo: Paulus, 2005. p. 22-23.

Ademais, o método utilizado não se baseia em uma realidade estável e pré-estabelecida, calcada em verdades. Também não é desenvolvida a partir do marco zero, sendo, então, admitidas algumas informações como verossímeis para que se permita certa abertura para a construção de uma nova perspectiva das realidades enfrentadas.² A adoção da metodologia ora descrita fundamenta-se, também, pelo fato de que alguns autores abordados no presente trabalho, principalmente Carlos Gómez-Jara Díez³, também parte da mesma premissa metodológica.

Em relação ao método de procedimento, utilizar-se-á o método monográfico, eis que o primeiro capítulo, inclusive, busca compreender os fundamentos sociais para o desenvolvimento do tema, o que evidencia que não será feito apenas baseado na análise de cada aspecto, senão que seja realizado em diferentes perspectivas. Com tal método de procedimento, prevalece a pesquisa bibliográfica, sobretudo de países que adotam a perspectiva de punir a pessoa jurídica no âmbito da *civil law*, a fim de que se busque estabelecer os critérios de imputação da pessoa jurídica. Ainda, a partir deste aspecto, o método comparativo será utilizado, sobretudo em relação às contribuições da doutrina alemã e espanhola, que já possuem análises acerca do fenômeno de investigação do presente trabalho.

Como método de pesquisa, basear-se-á em pesquisa bibliográfica, sobretudo a partir do desenvolvimento de teorias previamente analisadas e percorridas pela doutrina, a partir de suas produções bibliográficas, englobando, a presente pesquisa, também, textos legislativos e análise da perspectiva jurisprudencial, na busca por evidências da aplicação prática das discussões aqui propostas.

A fim de se buscar uma adequação das normas de imputação à pessoa jurídica, far-se-á necessário partir do cenário que fundamentou a escolha político-criminal do legislador, de modo a permitir que sejam estabelecidas as proporções da nova atuação do âmbito de responsabilidade. Como ponto de partida, permitir-se-á abordar os novos moldes do Direito penal, sobretudo enquanto passa a ser desenvolvido em meio aos novos riscos sociais percebidos. Da mesma forma, analisar-se-á algumas das causas desta expansão do Direito penal, sobretudo enquanto se encontra em sua margem de razoabilidade. Serão, ainda, analisados os

² FERRARI, Vincenzo. **Primera lección de sociología del derecho**. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015. p. 85.

³ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**: teoria do crime para pessoas jurídicas. São Paulo: Atlas, 2015. p. 17-18.

fundamentos e fatores potencializadores de insegurança, que, de certa forma, a amplificação face aos novos riscos causados pela atividade humana.

Desta introdução de tipos penais distanciados da concepção clássica, consubstanciados pela expansão do Direito penal, passa-se a verificar que a gestão de alguns dos riscos, outrora consubstanciados pelo Direito administrativo, passam a ser abordados pelo Direito penal, como forma de dar respostas aos riscos de lesão à uma coletividade.

Esta perspectiva permite visualizar que a expansão resulta em que alguns dos “novos”⁴ bens jurídicos passem a adquirir nova forma, e, assim, passam a abarcar novos campos de atuação, sendo afastados, portanto, de uma perspectiva calcada no indivíduo. O Direito penal, então, passará a formular respostas à “sociedade do risco”, passando a englobar, de igual forma, bens jurídicos coletivos.

Da constatação e na tentativa de dar respostas à proteção de bens jurídicos supraindividuais, o Direito penal também passa a abarcar novos agentes no âmbito criminal, no que resulta a responsabilização da pessoa jurídica. Ademais, notar-se-á que desta extensão do âmbito de responsabilidade, as proporções não são somente nacionais, sendo evidenciado o discurso punitivo em âmbito de diversos países com matriz histórica decorrente do modelo da *civil law*.

Em um segundo momento, far-se-á necessária a análise do porquê de o modelo individual enfrentar dificuldades enquanto busca conter a atividade empresarial, bem como se analisarão critérios utilizados pela doutrina para uma tentativa de identificação da autoria e conseqüente responsabilização dos sujeitos individuais no âmbito da empresa.

A partir disso, por existirem balizas à responsabilidade penal, consubstanciadas nas normas de imputação, permitir-se-á visualizar na doutrina duas tentativas de solução à imputação da pessoa jurídica. Uma, partindo da imputação dos sujeitos individuais internos a ela e outra, partindo a buscar um modelo que possa atribuir diretamente à pessoa jurídica.

⁴ Aborda-se a expressão “novos” para fundamentar um Direito penal afastado de sua matriz clássica, ao passo que se desenvolve em relação a uma matriz coletiva. Não se ignora o fato de que a expansão tenha ocorrido há quase 30 (trinta) anos, com a BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 10 dez. 2016, mas esta expressão é utilizada para simbolizar o distanciamento dos tipos penais e dos rumos do Direito penal atrelado à matriz individualista. O termo “novo”, abordado no presente trabalho, refere-se às inovações e novidades contidas em um fluxo de expansão contínuo.

É exatamente na tentativa de atribuição de normas de imputação à pessoa jurídica em si que o terceiro capítulo do presente trabalho buscará seus fundamentos. A partir das críticas realizadas pela doutrina, passar-se-á a evidenciar como é realizada a construção de uma ação, da tipicidade subjetiva e da culpabilidade a partir de critérios próprios à pessoa jurídica.

Tentar-se-á, desta forma, identificar como poderá ser percebida uma ação como praticada pela própria empresa. De igual modo, necessitar-se-á analisar como os elementos subjetivos e aqueles inerentes à própria culpabilidade, outrora fundamentados na matriz individual, poderão ser constatados enquanto a perspectiva parta da própria pessoa jurídica.

Para fim de tentar compreender como poderão ser dadas as respostas acerca das normas de imputação voltadas à pessoa jurídica que as próximas linhas serão desenvolvidas.

2 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Visto a importância da temática abordada e considerando os debates e discussões que vêm a muito sendo desenvolvidas no âmbito do Direito penal, sobretudo em relação às novas formas de criminalização, diversos são os enfoques que contribuem, historicamente, em cada sociedade, e que trazem à discussão aspectos relevantes, sobretudo no que se refere às estruturas delimitadoras desses novos tipos penais.

Vale ressaltar que a problemática das novas criminalidades vem sendo debatida há muito, e, com as contingentes modificações na realidade do Direito penal, surgem teorias para tentar fundamentar os novos fenômenos criminais no marco expansionista, umas admitindo sua aglutinação à seara penal⁵ e outras rechaçando a própria ideia desse Direito penal dito modernizado⁶.

Partindo-se, então, do pressuposto de que cada uma das sociedades resta por produzir sua própria criminalidade, tem-se o Direito penal como produto de cada uma delas, a partir de toda sua contextualização histórica. Ao passo que se admite que as sociedades se encontram em constante modificação, a partir, inclusive dos novos âmbitos de desenvolvimento, se permite afirmar que cada sociedade passa a condicionar suas normas, sobretudo no âmbito do Direito penal às novas realidades que passa a vivenciar.⁷

⁵ Para SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 79, acerca da administrativização do Direito Penal baseado na desconfiança “das Administrações Públicas nas quais se verifica uma tendência a buscar, mais do que meios de proteção, cúmplices de delitos socioeconômicos de várias espécies”.

⁶ Já HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal**. Tradução de Cezar Roberto Bitencourt. 1. ed. Porto Alegre: AMP/ Escola Superior do Ministério Público, 1993. p. 95, propõe, inclusive, a criação de um novo ramo do Direito, a fim de resguardar o Direito penal de modificações que pudessem ser prejudiciais à sua integridade, sendo que as novas tendências deveriam estar alocadas entre o Direito penal e o Direito Administrativo sancionador. É neste sentido que o autor refere: “Acho que o Direito Penal tem que abrir mão dessas partes modernas que examinei. O Direito Penal deve voltar ao aspecto central, ao Direito Penal formal, a um campo no qual pode funcionar, que são os bens e direitos individuais, vida, liberdade, propriedade, integridade física, enfim, direitos que podem ser descritos com precisão, cuja lesão pode ser objeto de um processo penal normal. [...] Acredito que é necessário pensarmos em um novo campo do direito que não aplique as pesadas sanções do Direito Penal, sobretudo as sanções de privação da liberdade e que, ao mesmo tempo, possa ter garantias menores. Eu vou chamá-lo de ‘Direito de Intervenção’. Esse nome pode ser mudado, mas por enquanto vamos chama-lo assim mesmo”.

⁷ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura del Carmen. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Navarra: Aranzadi. 2009. p. 55.

Nesta perspectiva, se pode falar que as circunstâncias sociais não determinam a existência da criminalidade, mas, sim, a forma pela qual ela se manifesta. Relembra-se a afirmativa de Claus Roxin, para quem:

[...] quando classes inteiras da população morrem de fome, aparece uma criminalidade oriunda da pobreza; quando a maioria vive em boas condições econômicas, se desenvolve a criminalidade do bem-estar.⁸

A base para se compreender, então, os fundamentos, bem como os problemas gerados pelas novas criminalidades e novas manifestações do Direito penal, situa-se, principalmente, no tempo e no espaço, que permite ao pesquisador a formação de critérios para compreender as novas formas de intervenção penal e, assim, para que se permita desenvolver uma ideia mais clara do fenômeno de expansão do Direito penal, na busca pela compreensão das escolhas político-criminais realizadas.

A par disso, adentrar-se-á ao tema de expansão do Direito penal, permitindo que se possa evidenciar os fundamentos da intervenção penal em novas modalidades delituosas, bem como o desenvolvimento de bens jurídicos supraindividuais e novas formas de responsabilidade, permitindo evidenciar esta tendência em outros ordenamentos jurídicos.

2.1 Da Expansão do Direito Penal na Sociedade do Risco

O Direito penal, atualmente, passa a sofrer influência da aparição de novos riscos no âmbito da sociedade. Tais fatores, de certa forma, o influenciam de modo a buscar sua atuação positiva, sendo que suas modificações demonstram reflexo das modificações ocorridas na própria sociedade, sobretudo sob a perspectiva da historicidade e dos eventos que contribuem para seu desenvolvimento.

Da análise de algumas causas que ensejaram o Direito penal a aumentar o seu campo de atuação, cumpre-se salientar que a sociedade se encontra, continuamente, em transmutação, o que faz com que, também, a seara penal se submeta a perspectiva de um marco expansionista.

⁸ ROXIN, Claus. **Dogmática penal y política criminal**. Lima: Idemsa. 1998. p. 443. “ [...] cuando clases enteras de la población se mueren de hambre, aparece una gran criminalidad de la pobreza; cuando la mayoría vive em buenas condiciones económicas, se desarrolla la criminalidade del bienestar” (Tradução Nossa).

É inevitável, quando se tratam de questões relativas ao expansionismo penal, que o ponto de partida sejam as novas realidades enfrentadas no âmbito social, haja vista que o Direito passa a adequar-se a partir de novos anseios sociais, a partir do “consenso básico”⁹ que é formado em questões políticas e sociais.

Pois bem, dentre estas novas realidades que passam a surgir, é importante que estas sejam admitidas como causas dessa expansão, e, assim, não necessariamente estejam intimamente ligadas a novas realidades que outrora não existiam, mas podem ser evidenciados fatores que permitam atribuir uma nova perspectiva ao que outrora não parecia relevante. É com base na identificação, por exemplo, de uma “deteriorização de realidades tradicionalmente abundantes”¹⁰, como ocorre com o meio ambiente, que tradicionalmente não possuía o mesmo valor que hoje possui, que se passa a conceder primazia à esta realidade.

É dizer que se passou a valorá-lo de modo diverso ao passo que este tornou-se escasso e, assim, identificou-se certa importância na sua proteção. A partir disso, um dos fundamentos é o próprio incremento essencial que se concede ao patrimônio histórico e cultural, que se encontra ao lado dessas novas realidades, que antes não eram abordadas, ou seja, trata-se de uma nova realidade com a qual o indivíduo passa a ter de lidar.¹¹

Entretanto, a formação de tal consenso somente encontraria legitimidade enquanto percebida, como constata Jesús-María Silva Sánchez¹², através da existência de uma efetiva demanda por mais proteção. Contudo, o alerta deste autor vai no sentido de que os meios formadores de opinião, também abarcados pela mídia, restam por instaurar um movimento de acolhimento do Direito penal às novas formas de criminalização, calcado, por vezes, em critérios irracionais, sem que

⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **Política criminal y derecho penal**: estudios. Valencia: Tirant lo Blanch. 2013. p. 15.

¹⁰ Para SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 33, identificam-se fatos e realidades preexistentes na sociedade, porém, constata-se uma amplificação da carga valorativa que tais bens passam a merecer, como o caso do meio ambiente. Para o autor: “deve aludir-se à deteriorização de realidades tradicionalmente abundantes que em nossos dias começam a manifestar-se como ‘bens escassos’, aos quais se atribui agora um valor que anteriormente não lhes correspondia, ao menos de modo expresse; por exemplo, o meio ambiente”.

¹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 33-34.

¹² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 30.

sejam feitas as devidas reflexões acerca do tema, resultando na adoção de medidas populistas como próprio fundamento destas novas punições.

Porém, não se pode dizer que a margem de expansão do Direito penal seja somente irrazoada, o que exige que exista um espaço em que se verifique uma expansão razoável. Uma coisa é efetivamente ter-se uma norma penal que alcance realidades que prejudiquem um bem jurídico protegido, outra seria considerar um marco de expansão desarrazoada, adotando-se uma postura de criminalizar condutas que não lesem efetivamente estes bens jurídicos.¹³

A par do que fora dito, uma abordagem do tema exige necessariamente que se identifiquem os novos riscos no âmbito do que se costuma chamar de “pós-modernidade”¹⁴, ou seja, pela atual realidade social. Trata-se do desmembramento da complexidade das relações sociais, ante os riscos e a insegurança gerados por diversas causas, dentre elas, as novas tecnologias.

Um dos fundamentos evocados¹⁵ repousa, sobretudo, nos efeitos causados pela própria globalização, da qual se emana um sentimento de insegurança, sobretudo da pluralidade de situações geradas, bem como a ausência de segurança e sua ocorrência concomitante aos desenvolvimentos tecnológicos. É nesse sentido que:

Paradoxalmente, o aumento da crença de se estar habitando um mundo cada vez mais seguro e controlado pela humanidade é inversamente proporcional ao avanço da ciência e da tecnologia.¹⁶

¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 33-35. Em se tratando de meio ambiente, por exemplo, uma manifestação razoável de expansão poderia ser dita em relação à responsabilização de empresas que alocam dejetos diretamente em um rio, porquanto uma irrazoável seria a responsabilização criminal de alguém pelo arremesso de uma bagana de cigarro ao chão.

¹⁴ Para BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 11: “Tudo é ‘pós’. Ao ‘pós-industrialismo’ já nos acostumamos há algum tempo. Ainda lhe associamos alguns conteúdos. Com a ‘pós-modernidade’, tudo já começa a ficar mais nebuloso. Na penumbra conceitual do pós-esclarecimento, todos os gatos são pardos. ‘Pós’ é a senha para a desorientação que se deixa levar pela moda. Ela aponta para um além que não é capaz de nomear, enquanto, nos conteúdos, que simultaneamente nomeia e nega, mantém-se a rigidez do que já é conhecido. Passado mais “pós? - essa é a receita básica com a qual confrontamos, em verborrágica e obtusa confusão, uma realidade que parece sair dos trilhos”.

¹⁵ CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13.

¹⁶ CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13.

Pode-se falar, então, no surgimento de uma “sociedade de riscos”, que demonstra a existência de novos riscos na sociedade, derivados do processo de modernização. Com o surgimento de constantes modificações sociais, é importante que se faça uma explanação ao entorno da proposta de Ulrich Beck acerca da “sociedade de riscos”¹⁷, eis que o risco está intimamente atrelado aos atos derivados da ação humana quando exposta ao manuseio dos avanços técnicos.¹⁸

Alerta-se que o presente trecho do trabalho não possui o condão de apreciar sociologicamente os conceitos abordados, tampouco se pretende analisar cada uma das causas sociológicas que serviriam como base a critérios de expansão do Direito penal, porém, possui a pretensão de, sistematicamente, analisar um viés sociológico como introdução às causas de expansão, sobretudo para o desenvolver da compreensão do cenário atual em que se encontra o desenvolvimento social, com a finalidade de compreender seus reflexos no âmbito do Direito penal.

É, então, a partir das mudanças sociais na perspectiva de uma “modernidade tardia”¹⁹, que se potencializam também os riscos que podem ser gerados, tendo-se, muitas vezes, somente uma promessa de (e não efetivamente uma) segurança, que passa a avançar conjuntamente com os riscos causados pelo desenvolvimento da sociedade, sobretudo no que tange às novas tecnologias.²⁰

Tais riscos contribuem diretamente para alocar a marginalidade para campos outrora impensáveis, “imediatamente pensados pelos demais como fonte de riscos pessoais e patrimoniais”²¹, quando principalmente se fala de criminalidade no âmbito econômico. Estes riscos são causados aos demais cidadãos, dentre consumidores, agentes econômicos ou qualquer cidadão que possua simples relações econômicas no mercado.

Cabe salientar que o conceito de *risco* de Beck não possui somente justificativa naqueles riscos ditos como pessoais, tendo em vista que:

¹⁷ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011. *passim*.

¹⁸ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 12.

¹⁹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 23.

²⁰ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 24.

²¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 36.

Quem – como Colombo – saiu em busca de novas terras e continentes por descobrir assumiu riscos. Estes eram, porém, riscos pessoais, e não situações de ameaça global, como as que surgem para toda a humanidade com a fissão nuclear ou com o acúmulo de lixo nuclear. A palavra “risco” tinha, no contexto daquela época, um tom de ousadia e aventura, e não o da possível autodestruição da vida na Terra.²²

A par disso, constata-se que os riscos vão além daqueles que possam, por vezes, ser percebidos pelos indivíduos, eis que, podem passar a ser vistos enquanto ameaças globais.

Laura del Carmen Zúñiga Rodríguez²³ relembra da necessária imposição de uma *lógica do risco*, tendo em vista que, mesmo que se considere que as novas tecnologias tenham trazido benefícios aos homens, estas podem refletir em perigos irreversíveis e inaceitáveis pela vontade individual, eis que tendem a traduzir-se em danos a uma coletividade de pessoas. É o caso de contaminações ambientais ou até grandes fraudes às relações de consumo.

O *risco*, então, no âmbito de proteção do meio ambiente, por exemplo, possui fundamento diverso do que outrora já teve, como no exemplo das queimadas e do desmatamento, que não mais são pontuais, porém “acontece globalmente – e na verdade como consequência implícita da industrialização – com consequências sociais e políticas inteiramente diversas”²⁴.

É nesta proporção que a sociedade passa a ter de rever as formas de conter desenvolvimentos sociais na base de um desenvolvimento de gestão de riscos, eis que estes são produzidos em formas avançadas de tecnologia (como a radioatividade), possuem efeito bumerangue²⁵ e sequer isentam aqueles que os produzem, ou que se encontram em estabilidade financeira, elevando a situação

²² BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 25.

²³ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura del Carmen. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Navarra: Aranzadi. 2009. p. 62.

²⁴ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 26.

²⁵ Importante a explicação de BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 27, sobretudo no que se refere à ideia de *efeito bumerangue*: “Tampouco os ricos e poderosos estão seguros diante deles. Isto não apenas sob a forma de ameaças à saúde, mas também como ameaças à legitimidade, à propriedade e ao lucro: com o reconhecimento social dos riscos da modernização estão associadas desvalorizações e desapropriações ecológicas, que incidem múltipla e sistematicamente a contrapelo dos interesses delucro e propriedade que impulsionam o processo de industrialização”.

capitalista a uma nova etapa, com o enfrentamento dos riscos causados pela modernização por agentes econômicos como *big business*.²⁶

O que se busca compreender é o fato de que, em sendo socialmente conhecidos, os riscos (agora conhecidos, ou, ao menos, previstos) “contêm um peculiar ingrediente político explosivo: aquilo que até há pouco era tido por apolítico torna-se político”²⁷. É dizer que a esfera pública adentra diretamente na esfera empresarial, de modo a buscar conter resultados como problemas de saúde, bem como efeitos causados nas demais áreas, sendo no âmbito social, econômico e político. É neste sentido que se torna imperiosa uma nova análise sobre a prevenção de tais riscos. Nas palavras de Ulrich Beck:

Sua prevenção e seu manejo podem acabar envolvendo uma reorganização do poder e da responsabilidade. A sociedade de risco é uma sociedade catastrófica. Nela, o estado de exceção ameaça converter-se em normalidade.²⁸

É imperioso que se faça um alerta: o termo *risco* pode não ser o melhor a ser utilizado. Este traduziria a necessidade de estarem postos, os riscos, como calculados, por estarem de acordo com a necessária regularidade da sociedade, o que seria pressuposto para que se pudesse buscar minimizá-lo.²⁹

Disso, a partir da perspectiva de André Luís Callegari e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth³⁰, tal conceito somente poderia ter lugar em um mundo rotinizado, no qual se houvesse certa previsibilidade de sucesso, ou seja, é dizer que tais riscos, de certa forma, poderiam ser calculados.

²⁶ Para BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 27-28, o aumento demasiado dos riscos não rompe com a lógica clássica do capitalismo, mas, sim, o move a uma nova etapa, fazendo com que os agentes econômicos partam a aderir à gestão desses riscos, e, paradoxalmente, a sociedade capitalista passa a se desenvolver. Tem-se aí, causa e “solução” Com isso, para este autor: “Com os riscos – poderíamos dizer com Luhmann -, a economia torna-se ‘autorreferencial’, independente do ambiente da satisfação das necessidades humanas. Isto significa, porém: com a canibalização econômica dos riscos que são desencadeados através dela, a sociedade industrial produz as situações de ameaça e o potencial político da sociedade de risco”.

²⁷ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 28.

²⁸ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 28.

²⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 129.

³⁰ CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 15.

Portanto, trata-se de aceitar o proposto por Zygmunt Bauman, com a substituição do conceito de “sociedade dos riscos” por “sociedade da incerteza”, dada a incalculabilidade dos perigos que possam ser gerados, ou seja, em um ambiente irregular, não havendo regras, mas, sim, incerteza.³¹

A base para a discussão, então, se fundamenta naquelas situações que estão fora do âmbito de alcance do controle em um mundo rotinizado, sendo que “a não-repetição de sequências se tornam a regra, e a anormalidade, a norma. A incerteza sob um nome diferente”³².

Esta proposta encontra guarida também pelo fato de que, além de os avanços tecnológicos poderem ser constatados, percebem-se a existência de efeitos desconhecidos ligados a eles. Isto ocorre principalmente pelo emprego de novos meios técnicos, comercialização de novos produtos e substâncias, cujos efeitos somente seriam percebidos em longo prazo, havendo um lapso temporal entre a prática da conduta e os possíveis efeitos negativos (resultado). Isto acarretaria em “um importante fator de incerteza na vida social. O cidadão anônimo diz: ‘Estão nos matando, mas não conseguimos ainda saber com certeza nem quem, nem como, nem a que ritmo’”³³.

Tais avanços sociais permitiram o surgimento da chamada “sensação geral de insegurança”³⁴, e o homem passa a se expor a inseguranças contínuas derivadas desse desenvolvimento social.

As ameaças constatadas são derivadas da ação humana, conforme descrito por João Paulo II³⁵, muito embora o medo trazido pelas modificações sociais seja instituído pela aceleração da sociedade³⁶, que é gerada através da revolução dos

³¹ BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 129.

³² BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 130.

³³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 37.

³⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 40.

³⁵ Para IOANNES PAULUS. **Redemptor hominis**. [S.l.], 1979. Disponível em <http://www.vatican.va/edocs/POR0061/___PG.HTM>. Acesso em 10 dez. 2016: “O homem de hoje parece estar sempre ameaçado por aquilo mesmo que produz; ou seja, pelo resultado do trabalho das suas mãos e, ainda mais, pelo resultado do trabalho da sua inteligência e das tendências da sua vontade”.

³⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 41-42.

meios de comunicação, restando por deixar de permitir que os cidadãos alcancem efetivamente o conhecimento e as informações claras acerca dos riscos, eis que se encontram diante de uma “avalancha de informações”³⁷. A atuação dos meios de comunicação dá lugar a percepções inexatas e a uma sensação geral de impotência, que, por vezes, se distancia do nível de risco objetivo, eis que passam a ser constatados pelos indivíduos de modo discrepante com a realidade.³⁸

Dada a complexidade, então, que a vida humana vivencia, passam-se a ser gerados resultados lesivos a partir das diversas interações entre os indivíduos. Tais resultados não são mais percebidos instantaneamente, e, por vezes, são constatados a longo prazo, acarretando em um rompimento com a lógica de causa e efeito, dando lugar a uma incerteza generalizada. Este seria o fundamento, inclusive, da proliferação de tipos penais de perigo.³⁹

Em relação aos resultados lesivos causados por estas interações sociais, consoante o entendimento de José Luis Díez Ripollés⁴⁰, buscam-se respostas na política criminal, que se manifesta na ampliação dos âmbitos sociais em que o Direito penal viria a intervir, ou sobre âmbitos em que a realidade teria potencializado a prática delituosa. Estes âmbitos poderiam ser referidos pela criminalização de delitos contra a ordem socioeconômica; a partir de uma transformação nos objetivos da política criminal, preocupando-se com a criminalidade dos poderosos; a partir da proeminência da intervenção punitiva da seara criminal em detrimento de outras áreas jurídicas; e da necessidade de adequação dos campos da matéria criminal, processual e material, ante as particularidades da persecução, na busca por tornar mais eficazes seus objetivos.

³⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 42.

³⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 48.

³⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 38.

⁴⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La política criminal en la encrucijada**. Buenos Aires: B de F, 2007. v. 3, p. 134-135.

Dessa ampliação da seara de atuação da esfera penal, constata-se que o próprio Direito penal é levado para além da sua atuação tradicional, e, assim, Silva Sánchez⁴¹ expõe algumas das causas que permitiria essa expansão.

Há uma tendência de introdução de tipos penais e agravamento daqueles existentes, o que poderia dar lugar a uma reinterpretação de garantias próprias do Direito penal e do Direito processual penal, bem como a criação de novos bens jurídicos, flexibilização de regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia, que seriam corretamente descritas como uma verdadeira expansão do Direito penal.⁴²

Esta expansão trata de bens jurídicos identificados a partir da aparente necessidade de criminalizar condutas, e pelo “aumento de valor experimentado por alguns dos que existiam anteriormente, que poderia legitimar sua proteção por meio do Direito Penal”⁴³.

Entretanto, a legitimação da expansão do Direito penal está também calcada na proporcionalidade do mal que possa ser gerado pela transgressão à norma penal com o mal gerado pela imposição da pena, sempre levando em consideração o interesse geral.⁴⁴

Díez Ripollés⁴⁵ friza a necessária diferenciação entre as justificativas punitivas de novos marcos regulatórios – dentre escolhas ideológicas ou realmente calcadas na realidade fática –, alertando acerca do *plus* de legitimidade que um modelo de

⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 28.

⁴² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 28.

⁴³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 33.

⁴⁴ ARROYO ZAPATERO, Luis. Derecho penal económico y constitución. **Revista penal**, Barcelona, n. 1, p. 1-15, jul. 1997, p. 1. “A primeira condição de legitimidade de uma infração penal é que se dirija à tutela de um bem jurídico. O mal que se causa através da imposição de uma pena somente resulta, a partir do princípio da proporcionalidade, se com ele se trata de tutelar um interesse essencial para o cidadão ou para a vida em comunidade”. “La primera condición de legitimidad de una infracción penal es que se dirija a la tutela de un bien jurídico. El mal que se causa a través de la imposición de una pena sólo resulta conforme con el principio de proporcionalidad si con ello se trata de tutelar un interés esencial para el ciudadano o la vida en comunidad.” (Tradução Nossa).

⁴⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **Política criminal y derecho penal**: estudios. Valencia: Tirant lo Blanch. 2013. p. 104.

segurança do cidadão⁴⁶ tem obtido, principalmente, a partir da ideia de *moderna sociedade de risco*. Estes modelos expansionistas, que buscam estender a intervenção penal em novas áreas efetivamente calcados nas novas modificações sociais, restam, contudo, legitimando uma expansão muito severa em relação também à delinquência clássica.

De suma importância, então, se mostra a constatação de Díez Ripollés⁴⁷, porquanto este constata a exigência de uma divisão acerca de três distintas realidades sociais à moderna noção de Direito penal da sociedade do risco: a primeira, baseada naquela criada pelos *riscos artificiais*, derivados da própria atividade humana, como consequência da utilização de novas tecnologias; a segunda, a partir da constatação de insuficiência de regras de imputação, eis que as atividades geradoras de risco transpassam às mãos daquele que a pratica, fundindo-se com outras atividades geradoras de risco, e, assim, tornando insuficientes os critérios clássicos de imputação; a terceira estaria calcada em um exagero quanto ao sentimento de insegurança gerado, porquanto a mídia permaneceria como um bloco para cobrir eventos perigosos e lesivos, fazendo com que o cidadão médio não cumprisse com a efetiva compreensão acerca do acelerado desenvolvimento tecnológico. É dizer que estar-se-ia diante de uma deturpação da percepção social em relação às efetivas transformações sociais.

É nesta senda que se pode referir que, por vezes, o Direito penal passa a ser utilizado como um instrumento da política de segurança utilizado pela “nova atitude da esquerda”⁴⁸, afastado de critérios ideológicos ou científicos, simplificando o discurso da política criminal e sendo orientado por discursos eleitoreiros e potencializado pelas camadas midiáticas e populistas. Neste sentido:

[...] ao fenômeno da expansão se somam os riscos de procedência humana, em uma sociedade de enorme complexidade, ante aos quais existe uma generalizada sensação subjetiva de insegurança no cidadão, potencializada pelos meios de comunicação, que não correspondem com o risco objetivo. A criminalização se constrói, desta maneira, em instrumento de propaganda política da ideia de

⁴⁶ Este modelo, para CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 74, passa a “resgatar no imaginário coletivo o medo relacionado à criminalidade clássica, o que resulta, por meiodas pressões populares nesse sentido, no exacerbamento punitivo voltado à criminalidade ‘tradicional’”.

⁴⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **Política criminal y derecho penal**: estudios. Valencia: Tirant lo Blanch. 2013. p. 105.

⁴⁸ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. **La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal posmoderno**. Madrid: Iustel. 2007. p. 310. “[...] nueva actitud de la izquierda” (Tradução nossa).

segurança e de pedagogia coletiva orientada ao respeito de técnicas, regras ou rôis sociais.⁴⁹

Assim, relembramos a constatação de Jesús-María Silva Sánchez acerca da criminalização enquanto instrumento de propaganda política:

[...] como produto de uma espécie de perversidade do aparato estatal, que buscaria no permanente recurso à legislação penal uma (aparente) solução fácil aos problemas sociais, deslocando ao plano simbólico (isto é, ao da declaração de princípios, que tranquiliza a opinião pública) o que deveria resolver-se ao nível da instrumentalidade (da proteção efetiva).⁵⁰

É, então, a partir desta perspectiva que surge a consequência da identificação direta da sociedade enquanto vítima dos delitos e os responsáveis pela gestão da moral não são mais os conservadores que outrora detinham tal incumbência. Fala-se, então, em “gestores atípicos da moral”⁵¹, porquanto são efetivamente atípicos aqueles que passam a gerir a perspectiva de identificação com vítimas de determinadas práticas, como, por exemplo, as associações feministas⁵², ecologistas⁵³, de consumidores (constatada pela propagação de crimes contra a relação de consumo, como as dispostas no Código de Defesa do Consumidor do

⁴⁹ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. **La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal posmoderno**. Madrid: lustel. 2007. p. 310. “[...]al fenomeno de la expansión se añaden los riesgos de procedencia humana, en una sociedad de enorme complejidad, ante los cuales existe una generalizada sensación subjetiva de inseguridad en el ciudadano, potencializada por los médios de la comunicación, que no corresponde com el riesgo objetivo. La criminalización se erige de esta manera en instrumento de propaganda política de la idea de seguridad y de pedagogía colectiva orientada al respecto de técnicas, reglas o roles sociales” (Tradução nossa).

⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 29.

⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 80 e ss.

⁵² Como se constata pela recente criminalização do delito de feminicídio no Brasil, inserido no Código Penal do Brasil pela BRASIL. **Lei nº 13.104 de 9 de março de 2015**. Altera o art. 121 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm#art1>. Acesso em 10 dez. 2016.

⁵³ Verificado a partir não só da previsão constitucional, mas como também da criminalização de práticas atentatórias ao meio ambiente previstas na em 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. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016.

Brasil⁵⁴ ou na Lei nº 8.137/90⁵⁵), pacifistas frente a ideologias violentas, de vizinhos contra os pequenos traficantes de drogas e organizações antidiscriminatórias.

Com isso, o movimento de tendências do Direito penal vai no sentido de buscar maiores punições, sobretudo por aqueles que outrora repudiavam sua utilização “como braço armado das classes poderosas contra as ‘subalternas’”⁵⁶, evidenciando-se, então, como necessário um Direito penal destas classes contra as classes mais altas, sendo que:

[...] as contraculturas (juvenis); os empresários morais que exigem prisão para obter a proteção penal das ‘normas e valores’ hegemônicos, assim como também os ‘empresários morais atípicos’, como, por exemplo, o movimento feminista, o meio-ambientalista ou o antirracista, que utilizam a criminalização como estratégia para fins emancipatórios.⁵⁷

Essa inversão da lógica tradicional acerca dos movimentos políticos em torno do Direito penal abre lugar a novas formas de influência política e de pressão popular, clamando por uma ampliação do Direito penal. Aqueles que outrora representavam resistência às novas formas de criminalização passam a clamar por maiores demandas de proteção em virtude de suas causas emancipatórias.⁵⁸

Neste sentido, importante a crítica de Sebastian Scheerer⁵⁹ acerca dos novos valores atrelados ao Direito penal, eivados da constatação de que os novos movimentos sociais que, sobretudo no âmbito do Direito penal do meio ambiente, estão distanciados dos valores que os fundamentam, inclusive em relação às suas

⁵⁴ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016.

⁵⁵ BRASIL. **Lei nº 8.137 de 27 de dezembro de 1990**. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 08 jan. 2017.

⁵⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 83.

⁵⁷ SWAANINGEN, René van. **Perspectivas europeas para una criminología crítica**. Buenos Aires: Editora B de F. 2011. p. 215. “[...] las contraculturas (juveniles); los empresarios morales que exigen prisión para obtener la protección penal de ‘las normas y valores’ hegemónicos, así como también los ‘empresarios morales atípicos’, como, por ejemplo, el movimiento feminista, el medioambientalista o el antirracista, que utilizan la criminalización como estrategia para fines emancipatórios.” (Tradução Nossa).

⁵⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 83-84.

⁵⁹ SCHEERER, Sebastian. Neue soziale bewegungen und strafrecht. **Kritische justiz**. Nº 18. p. 245-254. 1985.

teorias clássicas. Isto resta por reafirmar um Direito penal sob o prisma simbólico, sem efetivamente estar calcado em uma compreensão com estes fundamentos.

Neste sentido:

Subitamente, começou-se a debater leis cujo conteúdo correspondiam aos valores dos movimentos sociais, em especial, a legislação penal no âmbito do meio ambiente. Ao que tudo indica, tem início uma metamorfose de críticos que se tornam fornecedores ou participantes passivos de cruzadas da moralidade (exemplos podem ser encontrados em Brudersen/Kohl 1984). Essa mudança funcional apresentaria conformidade com a adoção do paradigma de interpretação favorável a uma abordagem teórica que se mostra mais aberta ao modelo ontologizante de empreendedores morais (p. ex., da tipologia de autor de crimes: o criminoso ambiental, o estuproador (ou violador, n. do tradutor)). Entre as abordagens teóricas em axiomas de cunho social-tecnológico construtivista tem-se atualmente o New Realism, com suas diversas modalidades, e o Realismo Ingênuo (Realismo Direto, Realismo de Senso Comum, n. do tradutor) (o qual se autodenomina Abolicionismo real (realista, n. do tradutor), vide Haferkamp 1984). Por assumir ideologemas sem aplicar nenhum questionamento, em relação à criminalidade, à dicotomia entre autor do crime/vítima etc., ambos se adequam ao uso por parte de políticas penais progressivas em tarefas de reparação de uma manta de retalhos esburacada em relação à legitimação de sanções legais públicas. Ao dar mais ênfase às áreas operacionais simbólicas do Direito Penal, os novos movimentos sociais e seus participantes passivos inclinam-se a uma concepção de Direito Penal baseada em teorias sistêmicas, que veem sua principal função na garantia da confiança.⁶⁰

Outra questão de suma importância no que se refere à expansão é a aglutinação de disposições de natureza administrativa ao Direito penal, consubstanciadas pelos ilícitos administrativos praticados contra o meio ambiente,

⁶⁰ SCHEERER, Sebastian. Neue soziale bewegungen und strafrecht. **Kritische justiz**. Nº 18. p. 245-254. 1985. p. 253." Plötzlich ging es um Gesetze, deren Inhalte den Werten der neuen sozialen Bewegungen entsprachen, insbesondere um Umwelt-Strafgesetze. Allem Anschein nach bahnt sich eine Wandlung vom Kritiker zum Zulieferer oder stillen Teilhaber von Moralkreuzzügen an (Beispiele bei Brudersen/Kohl 1984). Der veränderten Funktion würde die Verabschiedung des interpretativen Paradigmas zugunsten von Theorieansätzen, die sich der ontologisierenden Sichtweise moralischer Unternehmer (z.B. ihren Tätertypologien: der Umweltstraftäter, der Vergewaltiger) gegenüber aufgeschlossener zeigen, entsprechen. Als Theorieansätze mit einer konstruktivistisch handhabbaren sozialtechnologischen Axiomatik bieten sich gegenwärtig der New Realism in seinen verschiedenen Spielarten und ein naiver Realismus (der sich selbst als realen Abolitionismus bezeichnet vgl. Haferkamp 1984) an. Beide sind aufgrund ihrer unhinterfragten Übernahme von Ideologemen wie Kriminalität, der Täter-Opfer-Dichotomie usw. geeignet, im Namen fortschrittlicher Kriminalpolitik zu Ausbesserungsarbeiten am löchrigen Flickenteppich der Legitimation staatlichen Strafens herangezogen zu werden. Indem die neuen sozialen Bewegungen und ihre stillen Teilhaber die symbolischen Funktionsbereiche des Strafrechts emphatisch bekräftigen, tendieren sie zu einem systemtheoretisch fundierten Verständnis des Strafrechts, das dessen Hauptfunktion in der symbolisch vermittelten Sicherung des Rechtsvertrauens und darüber vermittelt des Gesamtsystems sieht." (Tradução Nossa).

por exemplo, que foram elevados à categoria de delito. Esta questão é enfrentada por Silva Sánchez⁶¹ como processo de administrativização do Direito penal.

Com a adoção da criminalização pelo Direito penal, passa-se a adotar também uma nova forma de racionalizar consolidada pelo ramo administrativo⁶² a partir das acumulações e repetições, vindo a ser um “Direito de gestão ordinária de grandes problemas sociais”⁶³, ou seja, o Direito penal passa a servir como meio de minoração das consequências que venham a lesar uma coletividade ou a bens jurídicos supraindividuais ou difusos.

Há de se fazer um alerta acerca da aglutinação de normas pertencentes ao Direito administrativo no âmbito do Direito penal, eis que comumente se concede primazia à ordem coletiva em excesso, quando da consideração do conteúdo a ser tutelado.⁶⁴

Santiago Mir Puig⁶⁵ tece severas críticas à utilização da proteção penal sob o prisma da extensão social dos danos que podem ser causados, trazendo o exemplo da saúde enquanto interesse coletivo, bem como o grau de lesividade individual que fundamenta a intervenção penal. Esta intervenção, portanto, não estaria legitimada enquanto se tentasse punir criminalmente a conduta de fumar em público.

⁶¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 145.

⁶² Cumpre salientar-se que, para SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 149-150, a principal distinção entre o ilícito penal e o ilícito administrativo não deveria ser realizada mediante a consolidação da ideia de tornar o injusto gradativo, quantificando os teores de injustiça do ato praticado, mas, sim, para além dessa gradatividade do injusto, devendo-se utilizar o critério teleológico para verificar o que é acossado por cada um dos ramos

⁶³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 156.

⁶⁴ Para MIR PUIG, Santiago. Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*. **Estudios penales y criminológicos**, Santiago da Compostela, nº 14, p. 203-216, 1989-1990. p. 213: “Creio que esta é uma linha de raciocínio que deve ser atendida se o objetivo é evitar a perigosa tendência que se coloca em todo Estado social, a de hipertrofiar o Direito Penal através de uma administrativização de seu conteúdo de tutela, que se produz quando se prima em excesso o ponto de vista da ordem coletiva”. “Creo que ésta es una vía de razonamiento que debe atenderse si se quiere evitar la peligrosa tendencia que pósee todo Estado social a hipertrofiar el Derecho penal a través de una administrativización de su contenido de tutela, que se produce cuando se prima em excesso el punto de vista del orden colectivo.” (Tradução Nossa).

⁶⁵ MIR PUIG, Santiago. Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*. **Estudios penales y criminológicos**, Santiago da Compostela, nº 14, p. 203-216, 1989-1990. p. 213-214. “[...] exigível uma importância do concreto grau de afetação de determinado bem. Não basta que a saúde seja em abstrato um bem social fundamental para proteger penalmente qualquer pequena redução de saúde”. “[...] exigible una importancia del concreto grado de afectación de dicho bien. No basta que la salud sea em abstrato un bien social fundamental para proteger penalmente cualquier pequeña merma de la salud” (Tradução Nossa).

Neste compasso de evidências, nota-se que se mantém um Direito penal clássico ao lado de um Direito penal mais afastado do “núcleo criminal e no qual se impusessem penas mais próximas às sanções administrativas”⁶⁶, afastados, sob um prisma de razoabilidade⁶⁷, das feições próprias do Direito penal.

Assim, o Direito penal se mostra atrelado a novos paradigmas, bem como a uma segunda velocidade⁶⁸, presente enquanto se passa a abarcar situações relativas a crimes econômicos, crimes contra o meio ambiente, bem como novos autores do fato criminoso, e, por conseguinte, quando se parte à uma responsabilização em novos âmbitos, como o da pessoa jurídica.

A própria responsabilização da atividade empresarial se calca, também, nas possibilidades que esta pode gerar em relação à produção de riscos, sobretudo enquanto se demonstra como uma organização complexa.⁶⁹

Vale referir que Silva Sánchez já denuncia as feições que este modelo de segunda velocidade passaria a ter, compreendendo como razoável uma perspectiva de Direito penal que se afastasse de sua concepção clássica. É dizer que esta segunda velocidade permitiria uma flexibilização das normas de imputação, bem como as garantias político-criminais, sendo perquiridos sem que houvesse, necessariamente, a imposição de uma pena de prisão.⁷⁰

⁶⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 18-189.

⁶⁷ Cumpre-se notar que, no caso do Direito penal de segunda velocidade, é inadmissível que as sanções tenham natureza de pena privativa de liberdade, tendo em vista que a gestão dos riscos aloca o próprio Direito penal em um âmbito secundário. Para SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 188-192: [...] a admissão da razoabilidade dessa segunda expansão, [...], exigiria inevitavelmente que os referidos ilícitos não recebessem penas de prisão. À medida que essa exigência não vem sendo respeitada pelos ordenamentos jurídicos de diversos países, até o momento, a expansão do Direito penal carece, em minha opinião, da requerida razoabilidade político-jurídica.

⁶⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 188-192.

⁶⁹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura del Carmen. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Navarra: Aranzadi. 2009. p. 82-83.

⁷⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 189.

2.2 Da Supraindividualidade do Bem Jurídico

Primeiramente, importa-nos referir que o objetivo do presente trabalho não é descrever quais venham a ser as funções do Direito penal, mas sim, proporcionar uma linha de raciocínio que permita abordar a perspectiva do bem jurídico e as suas novas atribuições e desenvolvimentos. Não se busca, então, no presente momento, esgotar todas as análises acerca do tema, mas, sim, permitir uma compreensão acerca da expansão no âmbito das desenvolturas do Direito penal na modernidade⁷¹.

A análise de uma perspectiva de função do Direito penal, que leve em consideração a proteção de bens jurídicos, nos permitirá a visita à designação de tutela de bens jurídicos, sendo de suma importância para a compreensão da própria expansão do Direito penal e os limites a ele impostos. A mudança do próprio conceito de bem jurídico, como se pretenderá expor, irá determinar os limites e os fundamentos para as novas formas de criminalização, bem como se pretenderá explicitar alguns dos âmbitos em que o Direito penal passa a atuar enquanto gestão de grandes riscos sociais, porquanto passa também a perquirir bens jurídicos de natureza coletiva.

A função pública do Direito penal traduz aquilo que lhe é social, sendo este caráter público atribuído ao Estado, que, de modo repressivo, impõe uma pena ao cidadão, além das sanções que competem aos demais campos do Direito, como a civil e a administrativa sancionadora.

Passa-se a constatar que o Direito penal perquire a defesa social, porquanto não lhe seja a função primordial, como se fora constatado durante as análises ao longo do desenvolvimento da ciência Penal⁷². A partir da perspectiva de Claus

⁷¹ Para SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 187: “Concretamente, uma oposição a ‘modernização’ integral do Direito Penal não tem por que ser merecedora da reprovação de atavismo que dirige Schünemann àqueles que situam os delitos contra o patrimônio no núcleo principal do Direito Penal, ao mesmo tempo em que pretendem restringir os fatos lesivos do meio ambiente em um momento de constante sobre-exploração dos recursos naturais, ao âmbito das infrações administrativas”.

⁷² Para FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1998. p. 123-124, o Direito penal possuía como função primordial a defesa social, eis que, para ele: “A missão da defesa social, que é o específico da justiça penal, não exclui, porém, que esta tenha, como reflexo ou consequência, qualquer outra função acessória. Antes de mais nada ela imprime, radica e transmite hereditariamente na consciência dos cidadãos o sentido do lícito e do ilícito, não só jurídico como moral, visto que todo preceito de ordem moral pode não só ser também jurídico (isto é, munido de sanção coercitiva), mas todo preceito jurídico é ao mesmo tempo um preceito moral,

Roxin, também corroborada por diversos autores, dentre eles Santiago Mir Puig⁷³, se entende que as normas jurídico-penais perseguem “o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos”⁷⁴.

Além dos institutos sociais de controle informais⁷⁵, constata-se que o Direito penal é um meio de controle social, ainda que sua função não seja, primordialmente, esta⁷⁶. Esta perspectiva pode ser entendida como um mecanismo de proteção da sociedade, porquanto Hans-Heinrich Jescheck⁷⁷ considera que

[...] a missão do Direito penal é a proteção da convivência humana na comunidade. Ninguém pode, eventualmente, fazer substituir-se, devido à natureza de suas condições existenciais, todas as pessoas dependem do intercâmbio, da colaboração e da confiança recíproca.⁷⁸

Desse conceito, seu desenvolvimento compreende duas funções distintas, quais sejam, a *repressiva* e a *preventiva*. Para aquela, o Direito penal defende a sociedade, castigando as infrações penais cometidas, porém, dada sua natureza,

ou pelo menos não pode ser um preceito imoral: portanto, a proibição de algumas ações acompanhada a marcha da imoralidade”.

⁷³ MIR PUIG, Santiago. **Intruducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F. 2003. p. 112. “Me refiero a la necesidad de que el derecho penal subjetivo se ejerza únicamente para proteger ‘bienes jurídicos’. “Me refiro à necessidade de que o direito penal subjetivo se exerça unicamente para proteger bens jurídicos” (Tradução Nossa).

⁷⁴ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 17.

⁷⁵ Neste caso, valemo-nos da constatação de MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal: parte general**. Barcelona: Reppertor. 1998. p. 5, quem constata que os meios informais são constituídos por: “[...] la familia, la escuela, la profesión, los grupos sociales, son también medios de control social”. “[...] a família, a escola, a profissão, os grupos sociais são também meios de controle social”. (Tradução nossa)

⁷⁶ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 18, entende que o Estado, por meio de normas penais busca garantir a coexistência, com a garantia de todas as instituições necessárias para este fim, considerando o Direito penal como *ultima ratio*. Para este autor: “[...] o Estado deve garantir, com os instrumentos jurídico-penais, não somente as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade, etc.), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração da justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção etc.), sempre e quando isto não se possa alcançar de outra forma melhor”.

⁷⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general**. 4. ed. Granada: Editorial Comares. 1993. p. 1-3.

⁷⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general**. 4. ed. Granada: Editorial Comares. 1993. p. 1. “la misión del Derecho penal es la protección de la convivencia humana en la comunidad. Nadie puede a la larga substituir por sí sólo, antes bien, debido a la naturaleza de sus condiciones existenciales, todas las personas dependen del intercambio, la colaboración y la confianza recíproca”. (Tradução Nossa).

esta função chegaria tarde, pois não pode modificar as questões já praticadas no passado. Já a função preventiva, traduziria-se por prevenir as infrações penais futuras. É importante, então, que se admita que ambas as estruturas, repressiva e preventiva, andem juntas, eis que também é “mediante a cominação, a imposição e a execução da pena justa, o Direito penal serve à finalidade de prevenir infrações jurídicas futuras”⁷⁹.

Entretanto, seria irreal idealizar as finalidades impostas às sanções criminais em função do que visa desempenhar o próprio Direito penal. Isto pelo fato de que o fim último deste, na perspectiva da teoria do bem jurídico, seria a proteção da sociedade mediante a proteção dos bens jurídicos ditos como essenciais. Este é o entendimento de Jesús-María Silva Sánchez:

Deve ficar claro, em todo caso, que a prevenção não constitui uma missão que carregue seu fim em si mesma, sem que, obviamente, se esteja a serviço de um fim próprio ao Direito penal, que é a proteção da sociedade através da proteção de bens jurídicos essenciais. A prevenção é, pois, o meio para tal.⁸⁰

Esta conceituação já era trazida por Franz von Liszt⁸¹, tendo prosseguido na ideia de Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, que contrariava a imputação de pena por questões tão somente incluídas no campo da moral⁸².

Para Feuerbach, no intuito de se buscar uma garantia geral de liberdade recíproca, remonta-se uma ordem jurídica, responsável por constituir seus objetivos,

⁷⁹ JESCHECK, Hans-Hainrich. **Tratado de derecho penal**: Parte General. 4. ed. Granada: Editorial Comares. 1993. p. 3. “[...] mediante la conminación, la imposición y la ejecución de la pena justa, el Derecho penal sirve a la finalidad de prevenir infracciones jurídicas del futuro” (Tradução Nossa).

⁸⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch. 1992. p. 199. “obtenção Deve quedar claro, en todo caso, que la prevención no constituye uns misión que lleve su fin en sí misma, sino que, obviamente, se halla al servicio de un fin último del Derecho penal, que es la protección de la sociedad a través de la protección de los bienes jurídicos esenciales. La prevención es, pues, el medio de tal protección” (Tradução Nossa).

⁸¹ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygidio Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Briguiet. 1899, p. 94.

⁸² HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal** (einführung in die grundlagen des strafrechts). Tradução de Pablo Rodrigo Alfien da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2005. p. 56.

que, para ele, teria “seu principal objetivo a criação da condição jurídica”⁸³, ou seja, garantir “a existência conjunta dos homens conforme as leis do direito”⁸⁴.

Antes da ideia ter sido desenvolvida por Liszt, Feuerbach se mostra capaz de trazer à discussão as questões atinentes à contradição dos objetivos do Estado mediante qualquer lesão jurídica, que é o que legitimaria a forma de coerção estatal.⁸⁵

Liszt⁸⁶, então, coloca a ideia de “interesse juridicamente protegido”⁸⁷, que seria traduzido, não como sendo um bem da ordem jurídica, mas, sim, um bem inerente ao homem, juridicamente reconhecido, sendo, portanto, superior a própria ideia de um direito subjetivo, tendo em vista que, em alguns casos, a lei estabelecerá critérios sem que, para tanto, fornecesse ou atribuísse direitos às pessoas, contrariando, inclusive, as ideias defendidas por muitos à época⁸⁸.

A partir desta perspectiva, a função do Direito penal não estaria abarcada tão somente por normas morais ou éticas, mas deveria efetivamente haver uma prova

⁸³ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal común vigente em alemania**. Tradução de Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagameier. Buenos Aires: Hammurabi.1989. p.58. “[...] su principal objetivo la creación de la condición jurídica seu principal objetivo a criação da condição jurídica”. (Tradução Nossa).

⁸⁴ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal común vigente em alemania**. Tradução de Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagameier. Buenos Aires: Hammurabi.1989. p.58. “[...] la existencia conjunta de los hombres conforme a las leyes del derecho”. (Tradução Nossa).

⁸⁵ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal común vigente em alemania**. Tradução de Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagameier. Buenos Aires: Hammurabi.1989. p.58-59.

⁸⁶ Para LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygidio Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Briguiet. 1899, p. 94: “A lei que estabelece impostos protectores de certas industrias, dia elle, aproveita aos fabricantes, favorece-os e protege-os na sua exploração industrial, mas não lhe confere direito algum. A lei em taes casos é decretada no interesse do Estado, e, si aproveita a particulares, é por um efeito reflexo, relação esta que, comquanto tenha a maior analogia com o direito subjectivo, delle deve-se cuidadosamente distinguir. Basta esta simples consideração para mostrar que é inadmissível a concepção de Feuerbach (Tratado, § 21) seguida por muitos criminalistas antigos e ainda hoje defendida na Allemanha e fora della, segundo a qual o crime é offensa do um direito subjectivo”.

⁸⁷ Para LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygidio Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Briguiet. 1899, p. 94-95: “Chamamos bens jurídicos os interesses que o direito protege. *Bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido*. Todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do indivíduo ou da coletividade. É a vida, e não o direito, que produz o interesse; mas só a protecção jurídica converte o interesse em bem jurídico. A liberdade individual, inviolabilidade do domicilio, o degredo epistolar eram interesses muito antes que as cartas constitucionais os garantissem contra a intervenção arbitraria do poder público”.

⁸⁸ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal** (einführung in die grundlagen des strafrechts). Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2005. p. 56.

de que a conduta a ser reprimida efetivamente lesionaria interesses de terceiros. Estes bens seriam aquilo que se pode denominar de bens jurídicos.⁸⁹

Nesta perspectiva, criminalizar uma conduta ou outra não seria tarefa de mero capricho do legislador, mas, sim, “a penalização de um comportamento necessita, em todo caso, de uma legitimação diferente da simples discricionariedade do legislador”⁹⁰, sendo remontada a uma “função social do Direito Penal”⁹¹ como determinante das garantias que busca alcançar.

Para que haja a busca pela determinação de bens jurídicos que venham a corresponder a um modelo de Estado atrelado aos ditames do Estado democrático de Direito, deve-se expressar, de certo modo, os reflexos das necessidades dos cidadãos, a fim de garantir-lhes o pleno exercício de seus direitos, pois, há de ser frisado que “as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos”⁹².

Contudo, a fim de que se possa cristalizar a ideia de proteção de um bem jurídico na sociedade, não se pode unicamente debruçar-se sobre a *ratio legis*, eis que não seria somente a interpretação teleológica que importaria à conceituação do bem jurídico, devendo existir certas balizas, tais como: o fato de se rechaçar normas jurídico-penais motivadas unicamente pela ideologia; o fato de o Direito penal tutelar sentimentos somente quando objetos de ameaça (como se verifica com a tutela da discriminação racial, eis que gera medo e insegurança nos ofendidos); e o fato de que afastará qualquer tipo de tutela da autolesão, eis que a este ramo do Direito importa tão somente a relação interpessoal, dentre outros limites.⁹³

Nesta perspectiva, a atuação do Direito penal frente às condutas criminalizáveis pode ser constatada pela lesão a um bem jurídico penalmente

⁸⁹ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal** (einführung in die grundlagen des strafrechts). Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2005. p. 56.

⁹⁰ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 11.

⁹¹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 16.

⁹² ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 17.

⁹³ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 20.

tutelado, quando haja uma ruptura com a norma por parte de seu destinatário⁹⁴, este que se obriga a estas normas. Trata-se, então, de um pressuposto para as inter-relações sociais organizadas.⁹⁵

Na tentativa de atribuímos uma conceituação aos bens jurídicos, estes seriam caracterizados tanto por aquilo que está posto, quanto aquilo que é produzido e criado pelo homem, desde que demonstre um valor que mereça a proteção pelo Direito. Neste compasso, ao se identificar um bem como valioso, entende-se que este possui um caráter público, sendo, então, atribuído um interesse público⁹⁶.

Dito processo de modernização do Direito penal passa a comportar novas realidades criminais, como bem salientado por Silva Sánchez⁹⁷, motivo pelo qual não se pode ignorar a realidade das modificações que o Direito penal tem sofrido. É imperativa a adequação da seara penal, porém, sempre a limitando enquanto abarque ações que diminuam “a coexistência livre e pacífica dos homens”⁹⁸

Dada a noção de bem jurídico, na forma em que fora formulada, parte-se à constatação de uma efetiva mudança de rumos na dogmática penal, sobretudo pela necessidade de que o Direito penal se mostre apto para resolver os novos problemas, eis que o contingente não se contrasta mais com àquele situado no passado. Não se pode mais negar que as modificações da sociedade acarretam inegavelmente na mudança de perspectiva do próprio Direito.

É nesta perspectiva que se pretende estabelecer uma relação entre as evidências de um Direito penal em constante expansão com os resultados de uma adequação das noções de bem jurídico estabelecidas, sobretudo desenvolvida no

⁹⁴ Alertamos que trouxemos algumas constatações acerca das funções do Direito penal, a fim de permitir visualizá-lo na perspectiva do bem jurídico. O presente trabalho não possui o objetivo de permitir encontrar uma função própria para o Direito penal, mas, sim, na presente etapa, entendemos necessária a exposição de aspectos relativos ao desenvolvimento do conceito de bem jurídico para que se possa constatar, também, a perspectiva dos bens jurídicos supraindividuais no marco da expansão do Direito penal.

⁹⁵ BOTTKE, Wilfried. Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania. **Revista penal**, Madrid, n. 2, p. 1-15, 1998, p. 9.

⁹⁶ PACELLI, Eugenio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 25.

⁹⁷ Para SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 187: “Opor-se à ‘modernização’, ademais, em absoluto equivale a propugnar um ‘Direito Penal de classes’, no qual o ladrão convencional continue sofrendo uma pena, enquanto o delinquente econômico ou ecológico ficaria à margem do Direito Penal”.

⁹⁸ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 21.

âmbito de esferas nas quais outrora não havia se pensado, no enfrentamento frente a bens jurídicos supraindividuais.

Consoante já referido, os bens jurídicos são, normalmente, tidos como individuais. Contudo, o próprio conceito de bem jurídico passa a se modificar, organizando-se, em alguns campos de atuação, em evidente expansão, à proteção de bens jurídicos coletivos, ou, melhor, supraindividuais.⁹⁹

Através da análise da finalidade da proteção, bem como da natureza dos bens jurídicos tutelados, passa-se a um contraponto à concepção neoiluminista, que identifica “os bens jurídicos como ‘direitos’ ou ‘interesses individuais’, tornando-as inidôneas para justificar a proibição de condutas como a corrupção, a malversação ou a fraude fiscal, lesivas de bens públicos ou coletivos”¹⁰⁰.

Adentra-se à proteção daqueles bens jurídicos atrelados com a coletividade, dando azo à criminalização de condutas que venham a lesar esferas que transpassam a esfera individualista. Desta ruptura dos paradigmas sociais, o Direito penal se expande com a função de proteger bens jurídicos de caráter supraindividual. Nessa estirpe, importante salientar a contribuição de Lenio Luiz Streck:

Persistimos atrelados a um paradigma penal de nítida feição liberal-individualista, isto é, preparados historicamente para o enfrentamento dos conflitos de índole interindividual, não engendramos, ainda, as condições necessárias para o enfrentamento dos conflitos (delitos) de feição transindividual (bens jurídicos supra-individuais), que compõem majoritariamente o cenário desta fase de desenvolvimento da Sociedade brasileira.¹⁰¹

O desenvolvimento do Direito penal parte a uma guinada, sendo uma “resposta às exigências da moderna ‘sociedade do risco’, a qual não mais compreende os bens jurídicos sob o ponto de vista de um perigo individual, mas sob o ponto de vista de um “grande transtorno” colocado em perigo”¹⁰², sendo possível,

⁹⁹ BOTTKE, Wilfried. Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania. **Revista penal**, Madrid, n. 2, p. 1-15, 1998, p. 9.

¹⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2006. p. 432.

¹⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. Direito e controle social: de como historicamente criminalizamos a pobreza em terrae brasilis. In STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (Org.). **20 anos de constituição**: os direitos humanos entre a norma e a política. São Leopoldo: Oikos, 2009. p. 91.

¹⁰² HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal** (einführung in die grundlagen des strafrechts). Tradução de Pablo Rodrigo Alfien da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2005. p. 361.

então, no estágio em que nos encontramos, visualizar um Direito penal que atue em outros campos, principalmente em relação à esfera econômica, meio ambiente, dentre outros. Assim é a afirmação de Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade:

Ninguém pensaria, [...], em incluir aqui o homicídio. Mas já ninguém estranhará que um conjunto de infrações, desde a falsificação da moeda à especulação, açambarcamento, práticas restritivas da concorrência, violação de normas fiscais e aduaneiras, destruição ou danificação de certos bens – sabotagem-, falsificação de pesos ou medidas, falências fraudulentas etc. possam com mais ou menos propriedade, incluir-se no Direito Penal Econômico. Infrações só possíveis, umas num direito penal perspectivado a partir duma forma de capitalismo de concorrência, outras privativas dum modelo socialista, outras ainda comuns a todos os sistemas mencionados.¹⁰³

Como concretude ao conceito de bem jurídico, Figueiredo Dias e Costa Andrade¹⁰⁴ descrevem que os bens jurídicos dos delitos econômicos são dotados de caráter supraindividual. É dizer que a coletividade está amparada pela economia nacional e sofre em sua integralidade, deixando de lado o interesse meramente individual. O ferimento gerado pela lesão produzida por uma atividade econômica se constrói a partir da premissa de lesão ao conjunto econômico. Por isso,

[...] o delito econômico não somente se dirige contra interesses individuais, senão também contra interesses social-supraindividuais (coletivos) da vida econômica, é dizer, se lesionam bens jurídicos coletivos ou social-supraindividuais da economia.¹⁰⁵

Uma das grandes críticas à proteção de bens jurídicos supraindividuais surge das ideias de Winfried Hassemer, que exige uma efetiva lesão, ao fim e ao cabo, a bens jurídicos individuais. Para este autor:

¹⁰³ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática geral das infrações contra a economia nacional. In PODVAL, Roberto et al. **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 68.

¹⁰⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática geral das infrações contra a economia nacional. In PODVAL, Roberto et al. **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 87.

¹⁰⁵ TIEDEMANN, Klaus. **Lecciones de derecho penal económico**: (comunitario, español, alemán). Barcelona: PPU, 1993. p. 31. “[...] el delito económico no sólo se dirige contra intereses individuales sino también contra intereses social-supraindividuales (colectivos) de la vida económica, é decir, se lesionan bienes jurídicos colectivos o social-supraindividuales de la economía”. (Tradução nossa).

Conceitos como ‘saúde popular’, ‘condições funcionais do mercado de capitais’, ‘economia popular’ ou ‘moralidade sexual coletiva’, não trazem nenhuma pitada político-criminal; eles servem para fundamentar tudo e nada ao mesmo tempo. Bens jurídicos modelares segundo o paladar do princípio em apreço são de outro calibre. Trata-se dos interesses primários da pessoa à vida, à saúde, à liberdade, à propriedade, ou seja, bens jurídicos individuais. Bens jurídicos universais, ao contrário – principalmente quando enunciados tão vagamente como os que acabamos de mencionar -, necessitam passar pelo teste que afere se eles, em última instância, remetem-se a interesses concretos e justos de pessoas concretas.¹⁰⁶

Seria, na perspectiva deste autor, necessária a lesão a bens jurídicos na esfera individual para evidenciar-se a tutela de bens jurídicos supraindividuais. Entende-se, como já salientado, que, ao contrário da teoria desenvolvida por este autor na Escola de Frankfurt, os bens jurídicos supraindividuais não exigem, necessariamente, uma comprovação da lesão na esfera individual, eis que, para tanto, exigir-se-ia uma análise minuciosa dos efeitos da lesão sempre que houvesse a ocorrência de um dano.

Sabe-se, outrossim, que não é necessariamente exigível a comprovação do dano efetivo para a criminalização de condutas no âmbito do Direito penal, eis que o este passa a comportar delitos de perigo, em que não é exigível a efetiva lesão aos bens jurídicos, sendo suficiente que o agente os coloque em perigo.¹⁰⁷

Com isso, o desenvolvimento da proteção do bem jurídico, bem como os avanços sociais e tecnológicos permitem identificar que sua proteção não

¹⁰⁶ HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal**. Tradução de Cezar Roberto Bitencourt. 1. ed. Porto Alegre: AMP/ Escola Superior do Ministério Público, 1993. p. 32.

¹⁰⁷ Importante para a compreensão do presente tema a colocação de ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Madrid: Civitas, 1997. t. I: fundamentos, la estructura de la teoria del delito. p. 60, que descreve acerca do exemplo dos crimes de perigo, para quem, nesta modalidade de delito “É suficiente a colocação em perigo dos bens jurídicos, que nos delitos de perigo concreto (por exemplo o el § 315 c: colocação em perigo do tráfico viário) o próprio tipo converte em requisito da punibilidade, ao passo que nos delitos de perigo abstrato (por exemplo o §316: condução sob a influencia de bebidas), os bens jurídicos protegidos (aqui: vida, integridade física, valores patrimoniais) não se mencionam em absoluto no tipo, mas constituem o motivo para a criação do preceito penal”. “Es suficiente una puesta en peligro de bienes jurídicos, que em los delitos de peligro concreto (p.ej. el § 315 c: puesta en peligro del tráfico viário) el próprio tipo converte em requisito de la punibilidad, mientras que em los delitos de peligro abstracto (p.ej. el §316: conducción/influencia de bebidas), los bienes jurídicos protegidos (aquí: vida, integridad corporal, valores patrimoniales) no se mencionan em absoluto em el tipo, sino que constituyen sólo el motivo para la creación del precepto penal”. (Tradução Nossa); Ademais, por exemplo, como no próprio caso do artigo 54 Lei nº 9.605/98 tem-se a presença de um delito de perigo abstrato. 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. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016. “Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa”.

necessariamente precisa guardar relação direta com os interesses individuais do cidadão, mas, sim, pode identificar-se, indiretamente a este, e diretamente às instituições sociais, restando evidente que “a proteção de bem [sic] jurídicos converte-se em proteção das instituições no moderno Direito Penal”¹⁰⁸. Passa-se a conceder importância aos bens jurídicos universais¹⁰⁹, modificando-se a forma de proteção de tais bens, atuando, então, de forma a manter o Direito penal “como instrumento da política de segurança pública”¹¹⁰.

Comporta-se, neste caso, também falar em bem jurídico “meio ambiente”, que pode ser constatado como “um dos menos precisos”¹¹¹, eis que se mostra “distante das concepções antropocêntricas do meio ambiente, em favor das [concepções] ecocêntricas”¹¹². Ainda, ao contrário da proposta de Hassemer supraexposta, o meio ambiente trata-se de bem jurídico em si. Sendo assim:

Se protege o meio ambiente por si, como bem jurídico novo, com entidade própria, e não em função do dano que sua perturbação ocasiona a outros valores como a vida humana, a saúde pública ou individual, a propriedade das coisas, animais ou plantas, etc.¹¹³

A partir da perspectiva ora abordada, justificado pelos anseios sociais de proteção de novas esferas coletivas, o Direito penal passa a se modificar, em âmbito

¹⁰⁸ HASSEMER, Winfried. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2008. p. 253.

¹⁰⁹ Para HASSEMER, Winfried. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2008. p. 253: “A isto se deve acrescentar que o legislador penal formula tais bens jurídicos de modo vago e genérico (proteção da saúde pública, do sistema de subvenções públicas, etc.). Assim procedendo, o Direito penal moderno se distancia de suas tradições em dois sentidos: antes, tratava-se da proteção imediata de bens jurídicos individuais, os quais, ademais, eram formulados com a máxima concretude e precisão possível. Já os bens jurídicos que o Direito penal moderno erige em critério de legitimação de ameaças de sanção penal não mais propicia distinções. É raro encontrar algum comportamento humano que possa ser descriminalizado à luz do princípio da proteção dos bens jurídicos”.

¹¹⁰ HASSEMER, Winfried. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2008. p. 244.

¹¹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Delitos contra el medio ambiente**. Valencia: Tirant lo Blanch. 1999. p. 17. “[...] uno de los menos precisos” (Tradução Nossa).

¹¹² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Delitos contra el medio ambiente**. Valencia: Tirant lo Blanch. 1999. p. 18. “[...] aleja de las concepciones antropocéntricas del medio ambiente, em favor de las ecocéntricas” (Tradução Nossa).

¹¹³ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido. La tutela del medio ambiente: análisis de sus novedades más relevantes. **La ley**: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. Nº 2, p. 1550-1555. 1996. p. 1552. “El medio ambiente se protege por sí mismo, como bien jurídico nuevo, com entidade própria, y no em función del daño que su perturbación ocasione a otros valores como la vida humana, la salud publica o individual, la propiedad de las cosas, animales o plantas, etc.”. (Tradução Nossa).

global, dando azo a novas formas de responsabilidade, expandindo-se, punindo, inclusive, novos agentes¹¹⁴, como se nota no caso dos *White-Collar Crimes*¹¹⁵.

Esta perspectiva também nos permite chegar à própria atividade empresarial. É dizer que repousa exatamente no fato de que as pessoas jurídicas exercem um papel dentro da sociedade e em virtude de sua magnitude que:

Grande parte da responsabilidade por essa tendência se deve ao papel social desempenhado pelas pessoas jurídicas, pela relevância e amplitude dos danos advindos da atividade empresarial e da tomada de decisões, no âmbito da teoria do crime, influenciada pelos valores político-criminais.¹¹⁶

O modelo de responsabilidade próprio às pessoas jurídicas, há muito, tem sido traduzido pelo Direito administrativo e pelo Direito civil. Porém, as principais atuações da pessoa jurídica se mostram no âmbito econômico, tendo em vista o potencial da própria atividade empresarial e, assim, passa-se a ter uma preocupação especial em relação à atuação da empresa e as possíveis ações criminalizáveis derivadas também de seus atos.¹¹⁷

É neste sentido que se pode afirmar que os riscos, sobretudo em relação a bens jurídicos, podem ser produto da atividade empresarial, sendo que o marco de expansão do Direito penal passa a lidar com bens jurídicos que lidam com a gestão destes riscos.

Dessa forma, o Direito penal é evocado para trazer respostas à essa nova realidade:

¹¹⁴ Para SUTHERLAND, Edwin. *White Collar Criminality*. **American sociological review**, Indiana, v. 5, n. 1, p.13-18, 1940, p. 14: [...]“A criminalidade de colarinho branco nos negócios é expressada frequentemente na forma de falsas declarações nas demonstrações financeiras de empresas, na manipulação na bolsa de valores, em subornos, corrupção de funcionários públicos, direta ou indiretamente, a fim de assegurar contratos favoráveis e legislações favoráveis [...]”. “White-collar criminality in business is expressed most frequently in the form of misrepresentation in financial statements of corporations, manipulation in the stock exchange, commercial bribery, bribery of public officials directly or indirectly in order to secure favorable contracts and legislation (Tradução Nossa).

¹¹⁵ Trata-se de teoria criada por SUTHERLAND, Edwin. *White Collar Criminality*. **American sociological review**, Indiana, v. 5, n. 1, p.13-18, 1940, trazendo correlações entre o caráter criminoso desempenhado por empresários e profissionais enquanto causadores de prejuízo financeiro ao sistema, seja pelos danos causados ao consumidor ou pelos danos causados à economia, sobretudo naquilo que se refere aos danos causados às relações sociais.

¹¹⁶ PACELLI, Eugenio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2015. p. 224.

¹¹⁷ BACIGALUPO, Silvina. **La Responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A., 1998. p. 26-27.

Determinante nessa matéria, portanto, é o reflexo das atividades empresárias na sociedade, o que, por vezes, viola ou expõe a perigo um amplo conjunto de bens jurídicos de destacada relevância. Soma-se a isso uma necessidade de se desenvolver e incentivar políticas de gestão adequadas das pessoas jurídicas, como forma de tutela dos bens jurídicos envolvidos, o que nem sempre se alcança com as tutelas diversas da penal.¹¹⁸

É exatamente no fato de que a sociedade se encontra frente aos riscos que podem ser praticados pelas construções humanas, consoante já referido quando evidenciada a perspectiva de expansão do Direito penal, que se pode compreender que “são justamente as pessoas coletivas que aparecem como maiores produtoras de risco e de danos a bens transindividuais”¹¹⁹.

Com isso, é na própria constatação acerca de que as empresas são as principais protagonistas da proteção de bens jurídicos coletivos, por estarem, por aquilo que produzem, ligadas diretamente à gestão desses bens, que passam também a ser constatadas enquanto geradoras de risco em potencial. Nesta questão, pode-se referir os riscos ao meio ambiente encontram-se também inclusos.¹²⁰

Estes riscos são gerados, face ao meio ambiente, conforme evidenciado por Laura del Carmen Zúñiga Rodríguez¹²¹, enquanto haja a produção de dejetos industriais, em evidente lesão ao meio ambiente, constatando-se, assim, ser a atividade empresarial “uma importante fonte de riscos para bens jurídicos fundamentais de carácter individual e coletivo, como a vida, a saúde, o meio ambiente, a saúde pública”¹²²

Ademais, atrelado à esta evidência de expansão relacionada com as novas modalidades de criminalidade, o Direito penal também passa a se importar com a modalidade de responsabilidade voltada à uma organização criminosa, sendo certo

¹¹⁸ PACHELLI, Eugenio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 225.

¹¹⁹ PACHELLI, Eugenio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 225.

¹²⁰ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura del Carmen. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Navarra: Aranzadi. 2009. p. 104.

¹²¹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura del Carmen. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Navarra: Aranzadi. 2009. p. 105-106.

¹²² ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura del Carmen. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Navarra: Aranzadi. 2009. p. 105-106. “[...] una importante fuente de riesgos para bienes jurídicos fundamentales de carácter individual y colectivo, como la vida, la salud, o el medio ambiente, la salud pública” (Tradução nossa).

que não se possa negar que a discussão social abarque a criminalidade praticada pelas empresas¹²³.

Isto, inclusive se verifica com a ampliação do âmbito de responsabilidade enquanto da inserção na matriz constitucional de dispositivos que permitem a responsabilização penal da pessoa jurídica, bem como na atribuição de responsabilidade à esta na legislação que dispõe acerca dos crimes ambientais, o que se tratará no próximo item do presente trabalho.

Ademais, para evidenciarmos e contextualizarmos a questão ora posta, propõe-se analisar como o âmbito da expansão do Direito penal enquanto tutela do meio ambiente no Brasil, reflete na responsabilidade das pessoas jurídicas, bem como se propõe a analisar como se dá esta tendência de responsabilização em países que possuem tradição semelhante à nossa.

2.3 Tendências de Responsabilização Penal da Empresa

Em virtude das transformações sociais, bem como da busca por tutelar bens jurídicos supraindividuais, passa-se a modificar a própria percepção do Direito penal, sendo verificado, cada vez mais, que os riscos praticados pelas empresas se encontram nesta margem.¹²⁴

Na etapa presente, pretender-se-á passar a analisar o panorama comparativo dentre alguns dos diversos países que passaram a adotar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, a fim de buscar subsídios para que se possa compreender evidenciar que a tendência em relação a esta modalidade de responsabilização não é meramente pontual, sendo evidenciada no âmbito de outros países.

Para tanto, evidencia-se emanar, dentre alguns países que adotam o modelo da *civil law*, o clamor por uma responsabilidade da pessoa jurídica como modelo penal a ser adotado. Com isso, o escopo da presente etapa, frente à extensão da responsabilidade penal às pessoas jurídicas, é verificar, sobretudo, que esta

¹²³ Para SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 68: “Seja como for, o certo é que a criminalidade organizada (narcotráfico, terrorismo, pornografia), a criminalidade das empresas (delitos fiscais, contra o meio ambiente, contra as relações de consumo – saúde e interesses econômicos), a corrupção político-administrativa ou o abuso de poder e, inclusive, a violência conjugal do denominado ‘tirano doméstico’ e o acoso sexual aparecem no primeiro plano da discussão social sobre o delito”.

¹²⁴ PACELLI, Eugenio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2015. p. 224.

tendência se desenvolve também em outros países, de modo a permitir uma posterior análise acerca da reepção do instituto no Brasil.

Com isso, os modelos de responsabilidade que predominavam outrora, no âmbito global, rechaçavam a ideia de um Direito penal que aglutinasse em seu meio como sujeitos ativos dos delitos criminais as pessoas jurídicas, vigendo, portanto, o princípio *societas delinquere non potest*. Com isso, Silvina Bacigalupo explana acerca dos critérios paradigmáticos do sistema penal clássico, sobretudo com comentários à Espanha, em um momento anterior às modificações legislativas que incluíram a responsabilidade penal da pessoa jurídica:

Desde sempre se entende que segundo o Código penal somente as pessoas físicas podem ser puníveis. Outras pessoas ou entes jurídicos não são suscetíveis de ser submetidas ao controle penal e, portanto, não podem ter responsabilidade penal. Neste sentido, se entende que em nosso Direito Penal vige de forma geral a máxima: *societas delinquere non potest*.¹²⁵

Assim, a par destas características, se trará à tona correlações entre outros sistemas jurídicos, a fim de demonstrar a constante expansão do Direito penal e seus reflexos também na atividade empresarial.

Constata-se uma preocupação acerca da criminalização de condutas enquanto da atuação da pessoa jurídica, em decorrência, sobretudo, da expansão do Direito penal a bens jurídicos supraindividuais e a consequente atribuição de responsabilidade à pessoa jurídica.

Tanto é assim que, no Brasil, a própria Constituição Federal se preocupa com a responsabilidade penal da empresa em dois momentos distintos: No primeiro deles, no parágrafo 5º do artigo 173, da Constituição Federal¹²⁶, atribui-se a responsabilidade de atos praticados contra a ordem econômica, financeira e contra a economia popular. No segundo, quando trata do meio ambiente, presente no

¹²⁵ BACIGALUPO, Silvina. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A., 1998. p. 25-26. "Desde siempre se entiende que según el Código penal sólo las personas físicas pueden ser punibles. Otras personas o entes jurídicos no son susceptibles de ser sometidas al control penal y, por lo tanto, no pueden tener responsabilidad penal. En este sentido, se entiende que en nuestro Derecho penal rige de forma general la máxima: *societas delinquere non potest*" (Tradução nossa).

¹²⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 10 dez. 2016.

parágrafo 3º do artigo 225 da Constituição Federal¹²⁷, destinando a mesma preocupação enquanto extensão da responsabilidade ao ente coletivo. No Brasil, porém, o tipo penal em relação a esta responsabilidade, à *lege lata*, resta restrita aos dispositivos contido na Lei nº 9.605/98¹²⁸, que tutela o meio ambiente e os crimes a ele atentatórios.

Trata-se de um novo conceito de criminalidade, qual seja, a “Criminalidade da Empresa”¹²⁹, no qual se designam delitos nos quais a pessoa jurídica passa a tomar ações que venham a lesar bens jurídicos tutelados pelo Direito penal.

Passar-se-á a analisar as formas de criminalização emanadas de alguns sistemas jurídicos, a fim de estabelecer critérios que possam desmistificar a escolha penal produzida pelos movimentos político-criminais existentes. Dentre estes sistemas penais dos países que adotam o modelo da *civil law*, alguns passam a adotar em suas legislações a extensão da responsabilidade criminal às pessoas jurídicas. No presente trabalho buscar-se-á analisar alguns destes sistemas, com o fito de formar a compreensão acerca do assunto e, assim, notar-se alguns dos fundamentos desse fluxo do Direito penal. Salienta-se que deixaremos de analisar os sistemas da *common law*, frente à incompatibilidade histórica dentre a tradição e desenvolvimento das legislações.

Há de se relatar, primeiramente, a situação da Alemanha, porquanto passava a adotar um sistema hábil a transpor responsabilidades às pessoas jurídicas decorrentes de atos praticados por seus agentes desde a edição da Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG), em 1968, como um Código de Contraordenações.

¹²⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 10 dez. 2016.

¹²⁸ 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. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016.

¹²⁹ Conceito relatado por BACIGALUPO, Silvina. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A., 1998. p. 27, para quem: “Com o conceito de «criminalidade da empresa» se designa, pois, todo o âmbito dos delitos econômicos naqueles que, por meio da atuação para a empresa se lesionam bens jurídicos e interesses extremos, incluídos os bens jurídicos e interesses próprios dos colaboradores da empresa” (Tradução nossa). “Con el concepto de «criminalidad de la empresa» se designa, pues, todo el ámbito de los delitos económicos en los que por medio de la actuación para la empresa se lesionan bienes jurídicos e intereses externos, incluidos los bienes jurídicos e intereses propios de los colaboradores de la empresa”.

Um exemplo disso é o §30 da Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG)¹³⁰, cujo dispositivo explana acerca da imposição de *Geldbusse*, ou seja, a imposição de multas acessórias às sociedades quando um agente cometer uma contravenção ou um delito, na qualidade de autor, porém, sempre quando existe uma relação entre o ato praticado e a atividade da pessoa jurídica. Transcreve-se trecho do §30 da OWiG:

“(1) Alguém 1. como representante de quaisquer instituições superiores de uma pessoa colectiva ou um membro de um desses organismos, 2. como uma associação sem personalidade jurídica ou um membro de tal Conselho, 3. Representante autorizado como uma associação sem personalidade jurídica, 4. executivo geral ou com capacidade gerencial como um representante autorizado ou funcionário de uma entidade jurídica ou referido no ponto 2 ou 3 ou associação 5. como qualquer outra pessoa agindo responsável pela gestão do estabelecimento ou empresa de uma pessoa colectiva ou um referido no n.º 2 ou 3 pessoas, incluindo o controle da gestão ou outro exercício dos poderes de supervisão em uma função gerencial, houver cometido uma infração penal ou contravenção penal, pelos deveres que cumprem a pessoa colectiva ou associação de pessoas ou a pessoa coletiva ou associação de pessoas tem enriquecido ou deveria ter, pode ser imposta uma multa sobre eles.¹³¹

Este parágrafo dispõe acerca da multa imposta à empresa pelos atos praticados por seus representantes no desempenho de suas funções e, assim, para a imposição da referida penalidade, “basta com que o órgão (ou seu membro)

¹³⁰ DEUTSCHLAND. Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. **Gesetz über ordnungswidrigkeiten (OWiG)**. [S.l., 2016?]. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/owig_1968/__30.html>. Acesso em 10 dez. 2016.

¹³¹ DEUTSCHLAND. Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. **Gesetz über ordnungswidrigkeiten (OWiG)**. [S.l., 2016?]. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/owig_1968/__30.html>. Acesso em 10 dez. 2016. “(1) Hat jemand 1. als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs, 2. als Vorstand eines nicht rechtsfähigen Vereins oder als Mitglied eines solchen Vorstandes, 3. als vertretungsberechtigter Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft, 4. als Generalbevollmächtigter oder in leitender Stellung als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter einer juristischen Person oder einer in Nummer 2 oder 3 genannten Personenvereinigung oder 5. als sonstige Person, die für die Leitung des Betriebs oder Unternehmens einer juristischen Person oder einer in Nummer 2 oder 3 genannten Personenvereinigung verantwortlich handelt, wozu auch die Überwachung der Geschäftsführung oder die sonstige Ausübung von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung gehört, eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen, durch die Pflichten, welche die juristische Person oder die Personenvereinigung treffen, verletzt worden sind oder die juristische Person oder die Personenvereinigung bereichert worden ist oder werden sollte, so kann gegen diese eine Geldbuße festgesetzt werden.” (Tradução Nossa).

trabalhe dentro dos limites da empresa”¹³² para que a Empresa seja penalizada com a imposição de multa.

Ainda, o §30 da OWiG traz tão somente a imposição de uma multa, sendo que a imposição de pena seria considerada como ético-socialmente desproporcional com a própria imposição da multa, motivo pelo qual está fora a opção político-criminal da Alemanha¹³³. Esta imposição de reflexos decorrentes de atos praticados por membros de empresas também se encontra presente no §9º da Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG), que se transcreve:

(1) Se alguém age 1. como representante de quaisquer instituições superiores de uma pessoa colectiva ou um membro de um desses organismos, 2. O representante autorizado de uma associação sem personalidade jurídica ou 3. como o representante legal da outra, então em características, condições ou circunstâncias pessoais específicas (características pessoais especiais) estabelecem a possibilidade de punição, também aplicáveis ao representante, se esses recursos podem não estar com ele, mas com a pessoa representada.¹³⁴

Este parágrafo dispõe acerca da prática de delitos especiais, ou seja, aqueles que podem ser praticados por pessoas qualificadas para tanto, como os delitos funcionais, cometidos exclusivamente por funcionários públicos, como o delito de prevaricação¹³⁵.

A partir disso, no período do pós-guerra, na Alemanha, passa-se a adotar medidas “quase-penais”¹³⁶, nas palavras de Klaus Tiedemann, na medida em que:

¹³² GOTI, Malamud. **Persona jurídica y penalidad**. Buenos Aires: Depalma.. 1981. p. 4. “[...]basta con que el órgano (o su miembro) obre dentro del limite de los negocios de la empresa”. (Tradução Nossa)

¹³³ JAKOBS, Gunther. **Derecho penal: parte general – fundamentos y teoría de la imputación**. 2. ed. Madrid: Marical Pons, 1997. p. 182-183.

¹³⁴ DEUTSCHLAND. Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. **Gesetz über ordnungswidrigkeiten (OWiG)**. [S.l., 2016?]. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/owig_1968/_9.html>. Acesso em 10 dez. 2016. (1) Handelt jemand 1. als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs, 2. als vertretungsberechtigter Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft oder 3. als gesetzlicher Vertreter eines anderen, so ist ein Gesetz, nach dem besondere persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände (besondere persönliche Merkmale) die Möglichkeit der Ahndung begründen, auch auf den Vertreter anzuwenden, wenn diese Merkmale zwar nicht bei ihm, aber bei dem Vertretenen vorliegen”. (Tradução Nossa).

¹³⁵ GOTI, Malamud. **Persona jurídica y penalidad**. Buenos Aires: Depalma. 1981. p. 4.

¹³⁶ TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas em el derecho comparado. In: GOMES, Luiz Flávio *et al.* **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medida provisoria e direito penal**. 1. ed. v.2. São Paulo: R. dos Tribunais, 1999. p. 32.

[...] o art. 30 prevê a imposição de uma multa administrativa (Gelbusse) às agrupações, não somente por contravenções, mas também por crimes e delitos cometidos pelos dirigentes, no interesse da agrupação. Esta multa que leva um nome diferente da multa criminal (Geldstrafe), persegue fins preventivos e retributivos sem supor, uma reprovação ética ou moral.¹³⁷

Na própria Alemanha, então, nota-se que as tendências de estender reflexos da prática delituosa aos entes coletivos vem se estendendo ao longo de décadas, o que faz com que, cada vez mais, tal assunto se inclua em pauta quando das discussões, sobretudo em relação à dogmática penal.

O que existe é um adentramento dos ordenamentos jurídicos em uma nova forma de criminalização, derivada de uma nova modalidade de criminalidade, conforme já se pode verificar quando da análise de todo o desenvolvimento de um Direito penal atrelado ao seu próprio marco expansionista.

Em alguns países, como na Espanha, costumava-se falar que o problema do Direito penal da empresa trata-se de um problema de *lege ferenda*¹³⁸, eis que as discussões principalmente voltavam-se na órbita de uma tendência de criminalização futura, com o foco em fornecer subsídios para o desenvolvimento de um Direito penal pronto à abarcar estas novas mudanças.

Isto ocorria pelo fato de que na Espanha inexistia previsão legal para manter a pessoa jurídica enquanto autora do fato criminoso, ou mantê-la sob o prisma de uma persecução criminal, porque manteria-a na perspectiva de um Direito penal atrelado ao paradigma de imputação individual.¹³⁹

Ocorre que, com o advento do Código Penal Espanhol, com vigência a partir de julho de 2015, introduz-se a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, contendo uma alteração em seu artigo 31:

¹³⁷ TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas em el derecho comparado. In: GOMES, Luiz Flávio *et al.* **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medida provisoria e direito penal**. 1. ed. v.2. São Paulo: R. dos Tribunais, 1999. p. 33. “[...] el art. 30 prevé la imposición de una multa administrativa (Gelbusse) a las agrupaciones, no solamente por contravenciones, sino también por crímenes y delitos cometidos por los dirigentes, en el interés de la agrupación. Esta multa que lleva un nombre diferente a la multa criminal (Geldstrafe), persigue unos fines a la vez preventivos y retributivos sin suponer, por consiguiente, un reproche ético o moral”. (Tradução Nossa)

¹³⁸ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura del Carmen. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Navarra: Aranzadi. 2009. p. 17.

¹³⁹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura del Carmen. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Navarra: Aranzadi. 2009. p. 17-22.

Artigo 31 bis. 1. Nos dispositivos previstos neste Código, as pessoas jurídicas serão penalmente responsáveis: a) Pelos delitos cometidos em nome, ou por conta das mesmas, e em seu benefício, direto ou indireto, por seus representantes legais ou por aqueles que atuando individualmente como integrantes de um órgão da pessoa jurídica, estão autorizados a tomar decisões em nome da pessoa jurídica ou ostentam faculdades de organização e controle da mesma. b) Dos delitos cometidos no exercício das atividades sociais e por conta e em benefício direto ou indireto das mesmas, por quem, submetendo-se à autoridade das pessoas físicas mencionadas no parágrafo anterior, realizou ou feitos por estar influenciado severamente pelos deveres de supervisão, vigilância e controle de sua atividade, atendidas as circunstâncias concretas do caso.¹⁴⁰

Na Espanha houve, antes das modificações legislativas, uma série de estudos doutrinários acerca da *lege ferenda* relativa à criminalização das pessoas jurídicas, ou seja, desenvolveram-se teorias antes mesmo que o sistema penal daquele país aglutinasse esta modalidade de responsabilidade.¹⁴¹

Na Itália, em outro exemplo, se mantém a resistência à responsabilidade penal da pessoa jurídica, eis que na própria égide constitucional é excluída toda e qualquer responsabilização criminal diferente à individual, eis que o artigo 27 da Constituição Italiana dispõe que “a responsabilidade penal é pessoal”¹⁴².

Ocorre que esta não é a opção feita por outros países, sobretudo no âmbito europeu, eis que existe uma real tendência legislativa para abarcar novos âmbitos criminais, que surgem por meio de uma criminalização econômica, mas,

¹⁴⁰ ESPAÑA. **Código penal y legislación complementaria**. Madrid, 2016. Disponível em: <https://www.boe.es/legislacion/codigos/abrir_pdf.php?fich=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2016. “Artículo 31 bis. 1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y em beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso”. (Tradução nossa).

¹⁴¹ São as constatações de BACIGALUPO, Silvina. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A., 1998. p. 133-135; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **Cuestiones actuales de derecho penal económico**. Montevideo: Editorial B de F. 2009. p. 18-20; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **La culpabilidad penal de la empresa**. Barcelona: Marcial Pons, 2005. p. 74-79, os quais descrevem fundamentos para um modelo futuro de imputação penal da pessoa jurídica.

¹⁴² ITALIA. **La costituzione della repubblica italiana**. Roma, 2012. Disponível em <http://www.governo.it/Governo/Costituzione/1_titolo1.html>. Acesso em: 10 dez. 2016. “La responsabilità penale è personale” (Tradução Nossa).

principalmente porque se estendem em relação aos demais agentes que atuam no cenário econômico.¹⁴³

A partir do aspecto legislativo, a França, por sua vez, parte a esta extensão, eis que seu Code Pénal francês traz a inovação na responsabilidade penal a entes coletivos em seu artigo 121-2, que dispõe acerca da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Vale transcrever o trecho do referido artigo:

Artigo 121-2. Modificado pela Lei nº 2004-204 de 9 de março de 2004 – art. 54 JORF 10 de março de 2004 em vigor em dezembro de 2005. As pessoas jurídicas, excluindo o Estado, são criminalmente responsáveis, de acordo com as disposições nos artigos 121-4 e 121-7, em relação às infracções cometidas por sua conta, por seus órgãos ou representantes. No entanto, as autoridades locais e as suas associações incorrem na responsabilidade penal apenas para os crimes cometidos no exercício de actividades que podem ser objecto de acordos de delegação de serviço público. A responsabilidade penal das pessoas colectivas não exclui a das pessoas naturais ou cúmplices dos mesmos factos, sem prejuízo das disposições do quarto parágrafo do artigo 121-3.¹⁴⁴

A partir das disposições do Diploma francês, também se constata a mudança na legislação penal, que passa a admitir a responsabilização penal da pessoa jurídica, à exclusão da responsabilidade penal do Estado, bem como mantém também a responsabilidade da pessoa física daquele que comete o delito.

Isto também pode ser verificado quando se analisa o Code Pénal da Bélgica, com as modificações realizadas em sua legislação em 1999, que traz mudanças nos aspectos legislativos da responsabilidade penal do ente coletivo. Cita-se trecho de seu artigo 5º:

¹⁴³ Para TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas em el derecho comparado. In: GOMES, Luiz Flávio *et al.* **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medida provisoria e direito penal**. 1. ed. v.2. São Paulo: R. dos Tribunais, 1999. p. 26, trata-se de um fluxo que marca sua ocorrência em relação ao fracasso dos modelos de sistema socialista.

¹⁴⁴ FRANCE. **Code pénal**. [S.l., 2016?] Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719>>. Acesso em: 10 dez. 2016. “Article 121-2. Modifié par Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 - art. 54 JORF 10 mars 2004 en vigueur le 31 décembre 2005 Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants. Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public. La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3” (Tradução nossa).

Art. 5. <L 1999/05/04 / 60, art. 2, 024; Em vigor: 1999/02/07> Qualquer pessoa coletiva é criminalmente responsável pelos crimes que estão intrinsecamente ligados à realização dos seus objetivos ou a defesa dos seus interesses, ou aqueles que demonstram que eles estavam comprometidos com sua conta. Caso a responsabilidade da corporação esteja empenhada exclusivamente por causa da intervenção de um indivíduo identificado, apenas a pessoa que cometeu a mais grave conduta pode ser condenado. Se o indivíduo identificado o cometeu, consciente e intencionalmente, pode ser processado conjuntamente com a pessoa jurídica responsável.¹⁴⁵

A grafia deste artigo remonta a possibilidade de responsabilização criminal da pessoa jurídica também concomitantemente com a figura do administrador.

Entretanto, um significativo alerta há de ser feito: As mudanças principalmente são notadas em países europeus que adotam o sistema da *civil law*, e, em adição a isto, a inserção da responsabilidade penal, adentrando com a justificativa posta pela Recomendación nº R (88) 18, proferida pelo Comitê de Ministros da Comissão da Europa em 20 de outubro de 1988, na qual admitia:

A aplicação da responsabilidade e das sanções penais às empresas quando assim exija a natureza da infração, a gravidade da falta da empresa, as consequências para a sociedade, ou a necessidade de prevenir outras infrações; a aplicação de outros sistemas de responsabilidade e de sanções como as impostas pelas autoridades administrativas e submetidas a um controle judicial, em particular para todo comportamento ilícito que não exija que se trate ao autor da infração como a um criminal.¹⁴⁶

¹⁴⁵ BELGIQUE. **Code pénal.** [S.l.], 2016. Disponível em: <http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?DETAIL=1867060801%2FF&caller=list&row_id=1&numero=2&rech=4&cn=1867060801&table_name=LOI&nm=1867060850&la=F&dt=CODE+PENAL&language=fr&fr=f&choix1=ET&choix2=ET&fromtab=loi_all&trier=promulgation&chercher=t&sql=dt+c ontains++%27CODE%27%26+%27PENAL%27and+actif+%3D+%27Y%27&tri=dd+AS+RANK+&imgcn.x=41&imgcn.y=12>. Acesso em: 10 dez. 2016. “Art. 5.<L 1999-05-04/60, art. 2, 024; En vigueur : 02-07-1999> Toute personne morale est pénalement responsable des infractions qui sont intrinsèquement liées à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts, ou de celles dont les faits concrets démontrent qu'elles ont été commises pour son compte. Lorsque la responsabilité de la personne morale est engagée exclusivement en raison de l'intervention d'une personne physique identifiée, seule la personne qui a commis la faute la plus grave peut être condamnée. Si la personne physique identifiée a commis la faute sciemment et volontairement, elle peut être condamnée en même temps que la personne morale responsable”. (Tradução nossa).

¹⁴⁶ CONSEJO DE EUROPA. **Recomendaciones y resoluciones del comite de ministros del consejo de europa en materia jurídica.** Madrid: Ministerio de Justicia. 1992. p. 554. “La aplicación de la responsabilidad y de las sanciones penales a las empresas cuando así lo exijam la naturaliza de la infracción, la gravedad de la falta de la empresa, las consecuencias para la sociedad o la necesidad de prevenir otras infracciones; la aplicación de otros sistemas de responsabilidade y de sanciones como las impuestas por las autoridades administrativas y sometidas a um control judicial, em particular para todo compotamiento ilícito que no exija que se trate al autor de la infracción como a um criminal” (Tradução nossa).

Vale citar que tal Recomendação fora proferida aos países integrantes da União Europeia, tendo partido à diversas análises acerca do tema, verificando a viabilidade, bem como a necessidade de inserção da modalidade de responsabilização em seus diplomas. Este debate fora feito, também, na Alemanha, onde “nos anos de 1993 e 1994 foram publicadas cinco monografias sobre a questão”¹⁴⁷.

Ao mesmo momento em que fora proferida a Recomendação, vale lembrar que fora promulgada a Constituição Federal do Brasil de 1988, abarcando a matéria acerca da responsabilização penal em dois momentos distintos, conforme já referido, bem como em relação aos crimes praticados contra o meio ambiente.

Acerca da primeira questão, o dispositivo encontra-se no artigo 173, parágrafo 5º, da Constituição Federal. Transcreve-se a grafia do referido artigo:

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.¹⁴⁸

Em relação aos delitos praticados contra o meio ambiente, tal questão encontra guarida no artigo 225, parágrafo 3º do mesmo Diploma Constitucional, que se cita:

§ 3º 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.¹⁴⁹

No Brasil, somente a Lei nº 9.605/98¹⁵⁰ dispõe acerca da criminalização de atos atentatórios ao meio ambiente, não tendo a questão sido enfrentada, até o

¹⁴⁷ TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas em el derecho comparado. In: GOMES, Luiz Flávio *et al.* **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medida provisória e direito penal**. 1. ed. v.2. São Paulo: R. dos Tribunais, 1999. p. 25. “en los años 1993 y 1994 fueron publicadas cinco monografias sobre la cuestión” (Tradução nossa).

¹⁴⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016.

¹⁴⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016.

¹⁵⁰ 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

presente momento, em relação aos delitos econômicos. Em nossa legislação, a questão encontra-se descrita em seus artigos 29 a 69-A, bem como as sanções em seus artigos 22, 23 e 24.

Desta forma, pode-se evidenciar que os diversos ordenamentos, que possuem semelhante tradição histórica tal e qual o nosso, desenvolveram e preocuparam-se legislativamente em idealizar uma responsabilidade penal voltada à pessoa jurídica. Nestes casos, pode se evidenciar que há uma tendência de expansão do Direito penal a bens jurídicos supraindividuais atrelado também em relação ao âmbito desta responsabilização.

Passa-se a compreender, assim, o fluxo do Direito penal no desenvolvimento de uma responsabilidade penal da pessoa jurídica, como opção político-criminal realizada por uma pluralidade de países. Contudo, haja vista a ruptura com o paradigma clássico de um Direito penal voltado à pessoa física, faz-se necessário compreender as bases para o estabelecimento de uma responsabilidade penal, analisando os limites do modelo individual, bem como os fundamentos as hipóteses de uma responsabilização da pessoa jurídica, seja por fato alheio ou próprio. É o que se verá a seguir.

3 BASES PARA A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Conforme constatado no item anterior, dada a constatação da expansão do Direito penal em meio a uma sociedade de risco, bem como algumas de suas causas, identifica-se que o Direito penal passa a ter de lidar com a proliferação de bens jurídicos supraindividuais. Dessa análise, estes bens jurídicos podem ser idealizados enquanto constituírem um novo fundamento para a criação de tipos penais. Como potencial geradora de riscos, a atividade empresarial passa a ter lugar, também, no âmbito do Direito penal, em decorrência do desenvolvimento de tipos penais que a abarquem enquanto sujeito ativo.

A responsabilização penal da pessoa jurídica encontra dificuldades quando da aplicação das regras de imputação, uma vez que as mesmas são historicamente direcionadas às pessoas físicas. Assim, a doutrina, tanto em um momento anterior à evidenciada expansão e conseqüente atribuição da responsabilidade penal à pessoa jurídica, quanto no momento em que nega essa atribuição, busca critérios para resolver as conseqüências lesivas da atividade empresarial em critérios inerentes à pessoa física, na busca pela sua conseqüente responsabilização. Outra perspectiva passa a analisar as normas de imputação enquanto as transpõem da pessoa física que praticou a ação para a própria pessoa jurídica, com a conseqüente responsabilização desta. Ainda, em uma terceira perspectiva, cuja viabilidade de aplicação das normas de imputação será objeto de análise no último capítulo, verifica-se a responsabilidade a partir de um fato praticado pela própria pessoa jurídica, de modo a idealizar critérios de imputação voltados a ela.

O presente capítulo, então, tratará dessas três perspectivas de análise de quem poderá ser alvo da sanção penal: tão somente a pessoa física, negando qualquer responsabilidade à pessoa jurídica; eventual responsabilidade da pessoa jurídica em razão da prática por fato de terceiro; e a responsabilidade da pessoa jurídica em razão da prática de fato próprio.

3.1 O Modelo Individual de Responsabilidade

A adoção de um modelo de responsabilidade individual, visando a punição dos responsáveis pela lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico, encontra-se

prejudicada, até porque resta, muitas vezes, dificultada a identificação do verdadeiro autor, naquelas empresas cuja organização é demasiadamente complexa.

Partindo-se do pressuposto de que se verifica na legislação uma responsabilidade penal da pessoa jurídica como opção político-criminal, deve ser questionado, em um primeiro momento, a partir da identificação dessa atividade empresarial geradora de riscos que necessita ser criminalizada, qual o motivo de não se suceder simplesmente à responsabilização das pessoas físicas que atuam internamente à atividade empresarial.

Assim, retroagir-se-á no tempo para permitir uma visualização das tentativas realizadas pela doutrina acerca da atribuição da responsabilidade diretamente ao indivíduo. Partiremos a abordagem de dois critérios elencados por Bernardo Feijóo Sánchez¹⁵¹, para que se demonstre a tentativa da dogmática tradicional de solucionar o problema dos riscos gerados por empresas a partir da perspectiva do indivíduo.

Elencam-se, neste sentido, duas soluções para tentar resolver o problema, adentrando-se à esfera dos indivíduos que atuam no interior da empresa, sobretudo para fins de atribuição de responsabilidade a eles, quais sejam, a *autoria como domínio do fato* e o *domínio da organização enquanto autoria mediata*.

Para a teoria do domínio do fato¹⁵², sobretudo em sua matriz finalista, “não é autor de uma ação dolosa quem somente causa um resultado, senão quem possui o domínio consciente do fato dirigido a um fim”¹⁵³. Seria o autor do fato, então, aquele que desempenhe a ação “na forma final, em razão de sua decisão volitiva”¹⁵⁴. Neste caso, a perspectiva de autor do fato estaria ligada diretamente àquele que pratica a ação física no mundo, que detém efetivo domínio sobre o fato praticado.

Então, no caso da atuação empresarial responderão aqueles que praticam o ato típico¹⁵⁵, consubstanciando-se pelo ato praticado por um empregado enquanto

¹⁵¹ FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. **Cuestiones actuales de derecho penal económico**. Buenos Aires: Editorial B de F., 2009. p. 05.

¹⁵² WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 104-105.

¹⁵³ WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 104. “No es autor de una acción dolosa quien solamente causa un resultado, sino quien tiene el dominio consciente del hecho dirigido hacia el fin” (Tradução Nossa).

¹⁵⁴ PACELLI, Eugenio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2015. p. 356.

¹⁵⁵ FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. **Cuestiones actuales de derecho penal económico**. Buenos Aires: Editorial B de F., 2009., p. 05.

exerce seu trabalho.¹⁵⁶ Esta perspectiva exigiria que a responsabilização penal recaísse sobre este indivíduo, sendo, em um primeiro momento, contrariado, inclusive, pelo norte da opção político-criminal de responsabilização da pessoa jurídica.

Reforça a crítica a esse modelo de responsabilização tão somente do empregado uma decisão proferida pelo Tribunal Supremo espanhol, na qual buscou-se a responsabilização daqueles hierarquicamente superiores no interior da empresa:

A organização hierárquica das empresas determina que nem sempre a conduta puramente executiva do operário subordinado seja a que deva ser examinada desde a perspectiva de sua possível relevância jurídico-penal, sem que normalmente seja muito mais importante o papel dos que estão situados hierarquicamente acima (especialmente se se trata de quem detenha o controle efetivo da empresa ou, como neste caso, a autoridade no processo de produção). Se trata de que, neste âmbito de relações hierarquizadas, a conduta relevante será a daquele que 'é responsável pelo âmbito de organização por ser legitimado para o configurar, com exclusão de outras pessoas'.¹⁵⁷

A partir da perspectiva abordada neste julgado, a adoção da teoria pura do domínio do fato, como se o juízo de censura recaísse tão somente sobre o domínio fático naturalístico do empregado, demonstra incompatibilidade na atribuição da responsabilidade por critérios de razoabilidade. É dizer que não haveria como se admitir a punição de um empregado que cumprira ordens, demonstrando-se certa irrazoabilidade ao se aplicar a penalidade tão somente a ele, que estaria na base da execução de uma ação típica.¹⁵⁸ Neste caso, em virtude das ordens emanadas, porquanto decorrente de uma atividade empresarial, a própria lógica da atribuição da

¹⁵⁶ Esta questão pode ser visualizada no seguinte exemplo: uma empresa decide acerca do descarte de dejetos químicos em um córrego ao lado de sua sede, e não em local indicado pelas autoridades administrativas; assim, o empregado que atende a tal determinação, será o autor do delito e, portanto, o responsável pelo dano.

¹⁵⁷ ESPAÑA. Tribunal Supremo. **Sentencia nº 1828/2002**. Madrid, 25 out. 2002. Disponível em <<http://supremo.vlex.es/vid/-15406881>>. Acesso em: 10 dez. 2016. "La organización jerárquica de las empresas determina que no siempre la conducta puramente ejecutiva del operario subordinado sea la que deba ser examinada desde la perspectiva de su posible relevancia jurídico penal, sino que normalmente será mucho más importante el papel de los que están situados jerárquicamente por encima (especialmente si se trata de quienes detentan el control efectivo de la empresa o, como en este caso, la jefatura en el proceso de producción). Se trata de que en este ámbito de relaciones jerarquizadas la conducta relevante será la de aquél que 'es responsable del ámbito de organización por ser el legitimado para configurarlo con exclusión de otras personas'". (Tradução Nossa).

¹⁵⁸ FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. **Cuestiones actuales de derecho penal económico**. Buenos Aires: Editorial B de F., 2009. p. 06.

responsabilidade remontaria à persecução daquele que se encontra no vértice da pirâmide de decisões.¹⁵⁹

No mesmo sentido, os comportamentos desempenhados pelos empregados podem ser designados como *standard*, sobretudo em relação àqueles em que os operários de determinada empresa, que desempenham a execução de atos. Estes, por certas vezes, desempenham o trabalho com finalidade neutra, afastados dos elementos subjetivos, e, assim, sem destinar sua ação a qualquer fim, senão aquele inerente ao próprio trabalho desempenhado, quedando seu agir no inconsciente, e, portanto, não se mostrando penalmente relevante.¹⁶⁰

Com isso, a adoção desta teoria, com a finalidade de conter práticas empresariais, não se mostraria efetivamente uma alternativa hábil, eis que o preposto não possuiria o domínio do fato que seria relevante ao meio penal, ou o *domínio normativo do fato*, sendo o ponto em que “a dogmática tradicional da autoria choca-se frontalmente com a realidade social”¹⁶¹.

Tal crítica também é retratada por Lothar Kuhlen, que descreve que, neste caso, o Direito penal se desliga em relação “à fixação tradicional no sujeito mais imediato ou próximo ao fato em um sentido naturalístico”¹⁶², pelo motivo de os prepostos não terem qualquer poder de decisão no âmbito interno da empresa.¹⁶³

Trata-se de uma perspectiva que não teria lugar enquanto observasse tão somente os critérios do sujeito quando da responsabilização penal. Adota-se um Direito penal voltado diretamente ao fato praticado, e, assim, afasta-se da base estrutural da empresa, que sequer possui qualquer competência interna para tomada de decisões. Neste sentido, o enfoque da questão passa a voltar-se a um “exame de cima para baixo”¹⁶⁴, idealizando, assim, as pessoas que efetivamente

¹⁵⁹ FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. **Cuestiones actuales de derecho penal económico**. Buenos Aires: Editorial B de F., 2009. p. 06.

¹⁶⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Delitos contra el medio ambiente**. Valencia: Tirant lo Blanch. 1999. p. 37.

¹⁶¹ FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. **Cuestiones actuales de derecho penal económico**. Buenos Aires: Editorial B de F. 2009. p. 07.

¹⁶² KUHLEN, Lothar. Responsabilidad penal de las empresas In: MIR PUIG, Santiago; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1996. p. 238. “[...] fijación tradicional em el sujeto más inmediato o próximo al hecho em um sentido naturalístico” (Tradução nossa).

¹⁶³ KUHLEN, Lothar. Responsabilidad penal de las empresas In: MIR PUIG, Santiago; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1996. p. 238

¹⁶⁴ KUHLEN, Lothar. Responsabilidad penal de las empresas In: MIR PUIG, Santiago; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1996. p. 238.

teriam poder de decisão dentro da empresa.¹⁶⁵ Em detrimento deste enfoque, qual seja, passar-se a analisar a responsabilidade a partir do topo da empresa, evoca-se a teoria do *domínio da organização enquanto autoria mediata*¹⁶⁶, sobretudo calcada nos sujeitos que não executam faticamente as ações que possam lhes trazer as consequências do Direito penal, mas naqueles que detenham poder de decisão internamente à empresa.¹⁶⁷

Uma das críticas à adoção da teoria do *o domínio da organização enquanto autoria mediata*, na solução de problemas no âmbito empresarial, primordialmente refere-se ao fato de que ela, na forma desenvolvida por Claus Roxin, possuiria sua justificativa pela atuação no campo do Direito internacional¹⁶⁸ e em questões relativas a delitos de Estado¹⁶⁹ e não na criminalidade da empresa.

Necessário que se idealize em qual contexto tal teoria fora formulada, até para que sejam compreendidos seus fundamentos. Conforme Roxin explica:

Minha idéia era a de transpor este conceito cotidiano às precisas categorias da dogmática jurídica. A razão imediata para este esforço era justamente o processo promovido em Jerusalém contra Adolf Eichmann, um dos principais responsáveis pelo assassinato de judeus no período nazista. Nas décadas seguintes esta moderna construção jurídica se impôs na literatura alemã em sua grande maioria e no ano de 1994 foi aceita pelo Supremo Tribunal Federal alemão. Nesta decisão um membro do assim chamado Conselho

¹⁶⁵ FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. **Cuestiones actuales de derecho penal económico**. Buenos Aires: Editorial B de F. 2009. p. 8.

¹⁶⁶ Para WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 122, sobre a autoria mediata: “[...] não é necessário que o autor execute o fato em todas as suas fases de própria mão; pode utilizar de meios mecânicos, como pode, também, utilizar de terceiros para seus fins, porquanto conserve, ele mesmo, o pleno domínio do fato, em diferença ao terceiro”. [...] no es necesario que el autor ejecute el hecho en todas sus fases de propia mano; puede servirse para ello de medios mecánicos, como puede, también, utilizar a terceros para sus fines, en tanto conserve él mismo el pleno dominio del hecho, a diferencia de tercero” (Tradução Nossa).

¹⁶⁷ Para ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. **Revista eletrônica acadêmica de direito**, ano 3, n. 17, nov. 2009. p. 69. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_69-94/94>. Acesso em: 10 dez. 2016: “Ela se baseia na tese de que em uma organização delitativa os homens de trás, que ordenam fatos puníveis com poder de mando autônomo, também podem ser responsabilizados como autores mediatos, se os executores diretos igualmente forem punidos como autores plenamente responsáveis”.

¹⁶⁸ Para ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. **Revista eletrônica acadêmica de direito**, ano 3, n. 17, nov. 2009. p. 70. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_69-94/94>. Acesso em 10 dez. 2016: “Isso porque o Art. 25, III, a do Estatuto do Tribunal Penal Internacional não só reconhece a autoria mediata, como acentua expressamente que independe de que o executor direto também seja penalmente responsável («regardless of whether that other person is criminally responsible»).

¹⁶⁹ FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. **Cuestiones actuales de derecho penal económico**. Buenos Aires: Editorial B de F. 2009. p. 9-10.

Nacional de Defesa, do antigo governo da Alemanha oriental, foi condenado como autor mediato de homicídio doloso, porque teria ordenado que os fugitivos que quisessem ultrapassar o muro da fronteira do Estado alemão oriental fossem impedidos de realizar o seu propósito, em caso necessário, até mesmo por meio de disparos mortais. Os soldados da fronteira, os «atiradores do muro», que teriam realizado os fuzilamentos com as próprias mãos, foram igualmente condenados por homicídio doloso.¹⁷⁰

Trata-se da adoção de uma teoria para impulsionar a reação estatal frente a violações de direitos humanos, como as realizadas pelo partido nacional-socialista, na Alemanha¹⁷¹. Nesta teoria, considerava-se que o “homem de trás”¹⁷², ou seja, aquele que pratica o mando, teria o domínio sobre o resultado típico, sendo que o domínio do fato pelo autor direto seria um meio para a obtenção do resultado pretendido. Esta teoria seria aplicada em atos de extermínio, cujo emissor do mando consubstanciava-se em uma figura central nesta relação.¹⁷³

Roxin expõe que a teoria do *domínio da organização enquanto autoria mediata* teria, necessariamente, quatro requisitos, que deveriam ser aplicados em conjunto: *poder de mando, desvinculação do direito, fungibilidade do executor direto e disposição essencialmente elevada dos executores ao fato*.

Quanto ao primeiro requisito, Roxin entende que o *poder de mando* deveria ser exercido por alguém que detivesse poder e o utilizasse para produzir relações típicas.¹⁷⁴

Quanto ao segundo requisito – *desvinculação do direito* –, a estrutura, ou o aparato de poder, deveria, necessariamente, estar desvinculado de qualquer

¹⁷⁰ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. **Revista eletrônica acadêmica de direito**, ano 3, n. 17, nov. 2009. p. 79. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_69-94/94>. Acesso em: 10 dez. 2016.

¹⁷¹ FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. **Cuestiones actuales de derecho penal económico**. Buenos Aires: Editorial B de F. 2009. p. 11.

¹⁷² ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. **Revista eletrônica acadêmica de direito**, ano 3, n. 17, nov. 2009. p. 70. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_69-94/94>. Acesso em: 10 dez. 2016.

¹⁷³ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. **Revista eletrônica acadêmica de direito**, ano 3, n. 17, nov. 2009. p. 70. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_69-94/94>. Acesso em: 10 dez. 2016.

¹⁷⁴ Para ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. **Revista eletrônica acadêmica de direito**, ano 3, n. 17, nov. 2009. p. 81. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_69-94/94>. Acesso em: 10 dez. 2016: “O comandante de um campo de concentração nazista era, portanto, autor mediato dos assassinatos ordenados por ele, mesmo quando ele próprio agia com base em uma instrução de um superior”.

sistema do Direito. Pode-se citar o exemplo no qual o Partido Nacional-Socialista que, não obstante tivesse atos legítimos e envoltos na legalidade, também praticava suas ações com a intenção de buscar uma “solução final para o problema relativo aos judeus”¹⁷⁵. Neste aspecto, a própria prática de extermínio não guardaria relação com o Direito, sendo dele desvinculada.

Quanto à *fungibilidade do executor direto*¹⁷⁶, calcar-se-ia na possibilidade de substituição daquele que age diretamente no fato por qualquer outra pessoa que estivesse submissa também ao âmbito desta organização.

Por fim, a *disposição essencialmente elevada dos executores ao fato*¹⁷⁷ repousaria no critério decisivo desta teoria: aquele que age diretamente sobre o fato naturalístico teria de ter agido de acordo com influências que o tornassem mais determinado à prática do fato.

Um exemplo deste caso seria uma decisão mandamental, realizada pelo coordenador de um campo de concentração (poder de mando), na busca por exterminar judeus (desvinculação com o Direito), utiliza-se de um soldado qualquer (fungibilidade do executor direto), do exército nazista (disposição essencialmente elevada dos executores ao fato) para tanto.

Quanto à aplicação, então, da teoria do domínio da organização enquanto autoria mediata voltada às empresas. Roxin explana os motivos pelos quais, com base nos pressupostos de adoção da teoria, esta não poderia ser aplicada:

[...] dos quatro pressupostos do domínio por organização faltam, em regra, no mínimo três: as empresas econômicas, contanto que não estejam envolvidas desde o princípio em atividades criminosas, como regra, não trabalham desvinculadas do direito. Falta também a possibilidade de substituição daquele que prepara as condutas criminosas. E também não se pode falar de uma disposição essencialmente elevada ao fato pelos integrantes da empresa, porque, como mostra a realidade da vida, o cometimento de delitos econômicos e ambientais, ou até mesmo de delitos de homicídio em

¹⁷⁵ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. **Revista eletrônica acadêmica de direito**, ano 3, n. 17, nov. 2009. p. 81. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_69-94/94>. Acesso em: 10 dez. 2016.

¹⁷⁶ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. **Revista eletrônica acadêmica de direito**, ano 3, n. 17, nov. 2009. p. 82. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_69-94/94>. Acesso em 10 dez. 2016.

¹⁷⁷ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. **Revista eletrônica acadêmica de direito**, ano 3, n. 17, nov. 2009. p. 85. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_69-94/94>. Acesso em: 10 dez. 2016.

hospitais, traz consigo o grave risco de punibilidade e também o risco de perda do lugar na empresa.¹⁷⁸

Sendo negada por Roxin a adoção da teoria do domínio da organização enquanto autoria mediata para a prática empresarial, a atribuição de responsabilidade penal ao dirigente da empresa, em sua opinião, somente poderia ser levada à cabo se houvesse uma regulamentação específica que previsse tal responsabilidade enquanto autoria própria. Esta regulamentação seria uma forma alternativa de buscar a responsabilidade do superior da empresa, afastada da teoria do *domínio da organização enquanto autoria mediata*.¹⁷⁹

Ocorre que há uma modificação social que dificulta ainda mais a adoção de ambas as teorias – domínio do fato e domínio da organização enquanto autoria mediata –, sobretudo pelo fato de que as empresas não mais possuem uma estrutura hierárquica linear, como poderia ser visualizada nos aparatos de poder Estatais. É dizer que a empresa, por vezes, não possui uma estrutura hierárquica suficiente para estabelecer um vértice de onde emanariam as decisões, o que afastaria a aplicabilidade da teoria à atividade empresarial.¹⁸⁰

Ademais, é nesta perspectiva que se passa a entender que as ações praticadas pelo sistema empresarial não possuem uma identidade que permitiria uma valoração direta à pessoa física, até porque não se trata de uma decisão centralizada em uma só pessoa, o suposto verdadeiro autor, que guiaria estas ações empresariais.¹⁸¹

Não se poderia, então, crer em uma direção absoluta, no âmbito da empresa, que permitisse a identificação da tomada de decisões, mormente pelo fato de que

¹⁷⁸ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. **Revista eletrônica acadêmica de direito**, ano 3, n. 17, nov. 2009. p. 90-91. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_69-94/94>. Acesso em: 10 dez. 2016.

¹⁷⁹ ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. **Revista eletrônica acadêmica de direito**, ano 3, n. 17, nov. 2009. p. 92. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_69-94/94>. Acesso em: 10 dez. 2016.

¹⁸⁰ FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. **Cuestiones actuales de derecho penal económico**. Buenos Aires: Editorial B de F. 2009. p. 12-13.

¹⁸¹ Para SCHÜNEMANN, Bernd. Responsabilidad penal en el marco de la empresa: Dificultades relativas a la individualización de la imputación. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, t. 55, p. 9-38, 2002, p. 16: “[...] uma declaração deste tipo somente seria aplicável a um Deus, criador do mundo, cuja ausência de sua vontade não permitiria a descida de um pardal dos céus, de modo que, por sua onipotência, o que sucede também é obra sua”. “[...] una declaración de este tipo sólo es aplicable a un Dios creador del mundo, sin cuya voluntad no descende del cielo ningún gorrión, de modo que, por su omnipotencia, lo que sucede también es obra suya” (Tradução Nossa).

estas são tomadas de forma cindida por vários níveis da mesma. É por isso que o enfoque da responsabilidade não pode, ingenuamente, partir da premissa de que a direção poderia deter um poder de controle sobre todas as situações, eis que ignoraria as premissas estruturais da atividade desempenhada pela própria empresa. Bernd Schünemann explicita exatamente a tese aqui abordada, a qual cita-se:

[...] esta ideia de uma direção absoluta mediante uma ou mais pessoas onipotentes na empresa, que estão no topo da hierarquia, como assinalei no principio, não é realista a respeito dos sistemas construídos e dominados por seres humanos, nem, especialmente, a respeito da complexa grande empresa moderna, porque a divisão do trabalho conduz a uma diferenciação funcional e a uma descentralização dos processos de ação e decisão, através das que o poder de domínio inicial dos órgãos diretivos se transforma em um 'poder de intermediação' e, em vez de domínio da ação, existe uma função de coordenação, o que, unido à simultânea descentralização do conhecimento, pode conduzir, como resultado final, a uma 'irresponsabilidade organizada'.¹⁸²

Como fator potencializador, na argumentação de Schünemann¹⁸³, segue-se o próprio desenvolvimento das empresas com organização interna cada vez mais complexa. É dizer que a complexidade da atividade empresarial, ao passo que aumenta, passa, cada vez mais, a descentralizar as ordens de comando, afastando-se da pirâmide clássica da hierarquia institucional.

Nisso, gerar-se-ia uma pulverização das decisões tomadas na empresa em relação aos múltiplos órgãos internos a ela, em diversos níveis e setores. Atrelado a isto, o conhecimento sobre as ações e decisões se descentraliza, sendo uma organização interna que resulta em uma incontestável impossibilidade de individualização dos atos praticados, ou, nos termos de Schünemann, em uma

¹⁸² SCHÜNEMANN, Bernd. Responsabilidad penal en el marco de la empresa: Dificultades relativas a la individualización de la imputación. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, t. 55, p. 9-38, 2002, p. 16. “[...] esta idea de una dirección absoluta mediante una o mas personas onipotentes en la empresa que estan en la cúspide de la jerarquia, como senale al principio, no es realista respecto a sistemas erigidos y dominados por seres humanos, ni, especialmente, respecto a la compleja gran empresa moderna, porque la división de trabajo conduce a una diferenciación funcional y a una descentralización de los procesos de acción y decision, a través de las que el poder de dominio inicial de los órganos directivos se transforma en un «poder de intermediación» y en vez de dominio de la acción existe una función de coordinación, lo que, unido a la simultanea descentralización del conocimiento, puede conducir como resultado final, incluso, a una «irresponsabilidad organizada»”. (Tradução Nossa).

¹⁸³ SCHÜNEMANN, Bernd. Responsabilidad penal en el marco de la empresa: Dificultades relativas a la individualización de la imputación. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, t. 55, p. 9-38, 2002, p. 16.

“irresponsabilidade organizada”¹⁸⁴. Uma perspectiva como essa é analisada por Manuel Cancio Meliá:

Estas críticas restam sintetizadas na imagem de uma ‘irresponsabilidade organizada’, conforme a qual a empresa se converte em uma cova escura de onde saem à luz práticas de inequívoca significação delictiva, mas em cuja penumbra interior resulta impossível averiguar algum responsável por estas emanaciones.¹⁸⁵

Esta perspectiva também é motivada pelo fato de que o indivíduo, enquanto sujeito interno à uma organização empresarial, não poderá ser analisado de forma isolada. Utilizar-se tão somente o esquema causal nos remeteria a uma “cegueira frente à realidade”¹⁸⁶, eis que compreensão de todas as atividades e responsabilidades dos indivíduos que laboram em uma empresa ignoraria completamente o fato de que todos os empregados, sócios, prestadores de serviço, gerentes e demais atuantes estariam agindo dentro de uma organização, sendo partes de um organismo conjunto.

É de se ressaltar que o Direito penal passa a ter de lidar com uma nova realidade, qual seja, a atividade empresarial, que se mostra munida de forte complexidade, sendo um problema central para a adoção de uma teoria do delito,

¹⁸⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. Responsabilidad penal en el marco de la empresa: Dificultades relativas a la individualización de la imputación. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, t. 55, p. 9-38, 2002, p. 16.

¹⁸⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? In: GÓMEZ MARTÍN, Víctor; MIR PUIG, Santiago(Dir.); CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.). **Nuevas tendencias en política criminal: una auditoría al código penal español de 1995**. Buenos Aires: B de F, 2006. p. 04. “Estas críticas quedan sintetizadas en la imagen de una ‘irresponsabilidad organizada’, conforme a la cual la empresa se convierte en una cueva oscura de la que salen a la luz prácticas de inequívoca significación delictiva, pero em cuya penumbra interior resulta imposible averiguar algún responsable de estas emanaciones” (Tradução nossa).

¹⁸⁶ Para FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. **Cuestiones actuales de derecho penal económico**. Buenos Aires: Editorial B de F. 2009. p. 16: “Querer entender normativamente as condutas dos que trabalham em uma empresa em um âmbito exclusivamente individual, representa uma cegueira à realidade. As soluções dogmaticamente adequadas estão vetadas aos que se negam a entender a realidade social e, neste âmbito, querem resolver tudo com uma visão atomista ou isoladas das diversas condutas delictivas ou como um problema de infrações de deveres mais relações causais, sem ter em conta que os potenciais autores estão atuando como parte de uma organização”. “Querer entender normativamente las conductas de los que trabajan en una empresa en clave exclusivamente individual, representa una ceguera frente a la realidad. Las soluciones dogmáticamente adecuadas están vetadas a los que se niegan a entender la realidad social y, en este ámbito, quieren resolverlo todo con una visión atomista o aislada de las diversas conductas delictivas o como un problema de infracciones de deberes más relaciones causales, sin tener en cuenta que los potenciales autores están actuando como parte de una organización”. (Tradução nossa).

sobretudo quando ela ainda de mostra intimamente ligada aos seus conceitos clássicos.¹⁸⁷

Também deve ser levado em consideração que a atividade empresarial não mais se contrasta com atividades desempenhadas tão somente por pequenos empresários, mas, sim, pelo desenvolvimento de uma atividade empresarial moderna. Isto é dizer que a perspectiva a ser abordada não pode mais ser visualizada enquanto uma soma de indivíduos, mas, sim, enquanto uma nova realidade.¹⁸⁸

Dada a complexidade em que as atividades empresariais passam a ser exercidas, remonta-se à pessoa jurídica a ideia de ente independente da atuação individual de seus membros. Em virtude disto, este comportamento não poderia partir da perspectiva de uma pessoa física dotada de vontade e consciência.¹⁸⁹

Com isso, conforme analisado, duas das teorias que pretendiam ser utilizadas para buscar uma solução no âmbito de atuação do Direito penal frente às empresas – teoria do domínio do fato e a do domínio da organização enquanto autoria mediata – se mostrariam insuficientes para abordar o fenômeno empresarial, a fim de efetivamente buscar dar respostas aos riscos desta atividade.¹⁹⁰

Evidencia-se que os próprios problemas inerentes à individualização daqueles que atuam na tomada de decisões pode ser constatado como um fundamento para a ineficácia de um modelo individual de responsabilidade. A principal consequência de adoção de um modelo estritamente individual repousa na sobrecarga de responsabilidade do indivíduo e a consequente liberação da responsabilidade da empresa.¹⁹¹

É por tal motivo que a adoção de um modelo de responsabilidade individual voltado, tanto à base quanto ao vértice da pirâmide empresarial, não se mostra um

¹⁸⁷ FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. **Cuestiones actuales de derecho penal económico**. Buenos Aires: Editorial B de F., 2009. p. 01.

¹⁸⁸ FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. **Cuestiones actuales de derecho penal económico**. Buenos Aires: Editorial B de F., 2009. p. 02.

¹⁸⁹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura del Carmen. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Navarra: Aranzadi. 2009. p. 234-235.

¹⁹⁰ FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. **Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: Editorial B de F. 2009. p. 16.

¹⁹¹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura del Carmen. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Navarra: Aranzadi. 2009. p. 235.

modelo adequado para responder aos comportamentos, que possam vir a lesar bens jurídicos, no âmbito da organização.¹⁹²

Disso, permite-se que sejam visualizadas outras perspectivas, sobretudo aquelas fundamentadas na opção legislativa pela atribuição de responsabilidade penal à pessoa jurídica.

3.2 A Responsabilidade Penal por Fato Alheio

Tendo em vista as dificuldades em solucionar o problema da atuação da empresa geradora de riscos, atrelado à insuficiência de um modelo de responsabilidade individual para solucionar a questão, a própria prática legislativa, ao autorizar a responsabilidade penal às pessoas jurídicas, solidifica-se enquanto uma solução para o problema imposto.

Em meio a esta opção legislativa, a busca por atribuir responsabilidade à pessoa jurídica remonta-se também na quebra do paradigma de que o Direito penal somente é voltado às pessoas físicas. Esta questão apresenta suas maiores dificuldades, sobretudo enquanto tem de enfrentar uma teoria do delito alheia a qualquer ideia de fim preventivo.¹⁹³

Com isso, algumas das perspectivas acerca da pessoa jurídica estão intimamente marcadas pela tradição liberal-individualista¹⁹⁴, desenvolvida sob a matriz da teoria da ficção de Friedrich Carl von Savigny. Para ele, as pessoas jurídicas¹⁹⁵ não seriam capazes de praticar uma ação por constituírem-se como uma

¹⁹² ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura del Carmen. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Navarra: Aranzadi. 2009. p. 236.

¹⁹³ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Uma vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (doce años después). In: ARROYO ZAPATERO, Luis. **Hacia un derecho penal económico europeo**: jornadas em honor del profesor klaus tiedemann. Madrid: Boletín oficial del estado, 1995. p. 724.

¹⁹⁴ BACIGALUPO, Silvina. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un problema del sujeto del derecho penal. In: GARCÍA CAVERO, Percy. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representantes**. Lima: Ara Editores. 2002. p. 110.

¹⁹⁵ Para SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema del derecho romano actual**. Madrid: F. Góngora y Compañía Editores, 1879. t. II. p. 62, o termo “pessoa jurídica” é o melhor utilizado, sendo que esta abordagem se fundamenta pelo fato de que esta somente seria personificada enquanto inerente ao direito. Traz-se a ideia de que a pessoa jurídica se constitui a partir das possibilidades que passa a ter frente ao ordenamento jurídico. Assim, nas palavras de Savigny: “Emprego a palavra pessoa jurídica em oposição à pessoa natural, é dizer, ao indivíduo, para indicar que os primeiros não existem como pessoas, senão para o cumprimento de um fim jurídico, e que se em outras vezes se tenha empregado a frase de pessoa moral, eu a rechaço por dois motivos: primeiro, porque não atende à essência do sujeito que nada tem em comum com as relações morais, e segundo, porque aplicada aos indivíduos designa ordinariamente a oposição entre moralidade e a imoralidade, o que nos levaria a um gênero de ideias inteiramente distinto do presente”. “Empleo la palabra persona

ficção, criada pelo sistema jurídico, e, assim, afastadas de qualquer ideia de personificação no mundo fático. Tanto o elemento de culpabilidade quanto o atinente à ação somente seriam percebidos em relação às pessoas físicas, eis que somente ter-se-iam estas como eticamente responsáveis.¹⁹⁶

É nesta própria ideia de que as pessoas jurídicas seriam uma criação do cenário jurídico que se passa a perceber o conceito de pessoa enquanto lhe seja atribuída determinada capacidade jurídica. Na teoria de Savigny, as pessoas jurídicas são aquelas “pessoas que não existem, senão para fins jurídicos, que nos aparecem ao lado dos indivíduos enquanto sujeitos das relações de direito”¹⁹⁷. Neste caso, a pessoa jurídica seria uma “pessoa não ‘real’ mas contruída pela ciência jurídica”¹⁹⁸.

É no sentido, então, de que a pessoa jurídica, por não se constatar enquanto um sujeito real que pudesse praticar ações no mundo físico, que se passa a buscar um modelo principalmente fundamentado em critérios de imputação das pessoas físicas internas à empresa.¹⁹⁹

jurídica en oposición á persona natural, es decir, al individuo, para indicar que los primeros no existen como personas, sino para el cumplimiento de un fin jurídico, y que si bien otras veces se ha empleado la frase de persona moral, yo la rechazo por doz motivos: primero, porque no atiende á la esencia del sujeto que nada tiene de comun con las relaciones morales, y segundo, porque aplicada á los individuos designa de ordinario la oposicion entre la moralidad y la inmoralidad, lo que nos llevaría á un genero de ideas enteramente distinto del presente”. (Tradução nossa).

¹⁹⁶ BACIGALUPO, Silvina. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un problema del sujeto del derecho penal. In: GARCÍA CAVERO, Percy. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representantes**. Lima: Ara Editores. 2002. p. 110.

¹⁹⁷ SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema del derecho romano actual**. Madrid: F. Góngora y Compañía Editores, 1879. t. II. p. 60. “[...] personas que no existen sino para fines jurídicos, que nos aparecen ao lado del individuo como sujetos de las relaciones de derecho”. (Tradução Nossa)

¹⁹⁸ Para KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 192, em ideia semelhante: “Ao mesmo tempo contrapõe-se a pessoa física, como pessoa ‘natural’, à pessoa jurídica, como pessoa ‘artificial’, quer dizer, como pessoa não ‘real’ mas constituída pela ciência jurídica. Na verdade, têm-se feito tentativas para demonstrar que também a pessoa jurídica é uma pessoa ‘real’. Mas estas tentativas são tanto mais badaladas quanto é certo que uma análise mais profunda revela que também a chamada pessoa física é uma construção artificial da ciência jurídica, que também ela apenas é uma pessoa ‘jurídica’”.

¹⁹⁹ Para BACIGALUPO, Silvina. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un problema del sujeto del derecho penal. In: GARCÍA CAVERO, Percy. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representantes**. Lima: Ara Editores. 2002. p. 110, referindo-se à concepção das normas de imputação atrelada ao paradigma liberal-individualista, que resultou da ideia de Savigny: “Esta ideia das pessoas jurídicas é um produto da ideia do sujeito baseada no indivíduo. Essa mesma concepção é a partir da qual se elaboram as categorias dogmáticas da ação e da culpabilidade e, portanto, não podem estar compostas senão por elementos que esse sujeito contenha”. “Esta idea de las personas jurídicas es producto de la idea del sujeto basada em el individuo. Esa misma concepción es a partir de la cual se elaboran las categorías dogmáticas de la acción y de la culpabilidad y, por lo tanto, no pueden estar compuestas sino por los elementos que esse sujeto contenga” (Tradução nossa).

Neste sentido, no presente item ir-se-á abordar uma perspectiva semelhante ao modelo da *vicarious liability*, a partir da perspectiva de uma responsabilidade *por atribuição*²⁰⁰ da pessoa jurídica em relação aos atos praticados pelos sujeitos internos à esta, no caso, uma responsabilidade penal da pessoa jurídica por fato praticado por terceiro.

Este modelo pressupõe que uma pessoa física tenha cometido um fato delituoso por intermédio de sua atuação em um órgão da empresa ou representando a empresa. A responsabilidade é transferida para a pessoa jurídica em detrimento da relação funcional destas pessoas no interior desta. É dizer que terá sua responsabilização porquanto os atos do órgão que atua sejam entendidos como atos da empresa.²⁰¹

Silva Sánchez entende que esta perspectiva, utilizada pelo modelo anglo-saxão, não resolveria o problema de responsabilizar concomitantemente a pessoa física e a pessoa jurídica, eis que a prática partiria tão somente de um fato e poderia configurar dupla punição.²⁰²

Trata-se de transpor as normas já existentes de imputação da pessoa física para a pessoa jurídica, cuja imputação da responsabilidade penal estaria intimamente ligada ao cumprimento dos seguintes requisitos:

1º) a pessoa física deve ter atuado no seio da pessoa jurídica e dentro de seu marco estatutário; 2º) a ação da pessoa física tem de aparecer no contexto social como da pessoa jurídica; 3º) a pessoa física deve ter atuado em nome e interesse da pessoa jurídica.²⁰³

²⁰⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del código penal español. In: GARCÍA CAVERO, Percy. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representantes**. Lima: Ara Editores. 2002. p. 160.

²⁰¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del código penal español. In: GARCÍA CAVERO, Percy. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representantes**. Lima: Ara Editores. 2002. p. 162-163.

²⁰² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del código penal español. In: GARCÍA CAVERO, Percy. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representantes**. Lima: Ara Editores. 2002. p. 162.

²⁰³ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Las penas previstas en el artículo 129 del código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas) *apud* GÓMEZ-JARA-DIÉZ, Carlos. Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, nº 08-05, [S.l.], 2006. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-05.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2016. “1º) la persona física debe haber actuado en el seno de la persona jurídica y dentro de su marco estatutario; 2º) la acción de la persona física ha de aparecer en el

Na perspectiva deste modelo, quando uma pessoa executa uma ação interiormente a uma empresa em benefício da mesma, sem que esta conduta seja impedida internamente pelos órgãos da pessoa jurídica, tornar-se-ia culpável.²⁰⁴

Ademais, não há qualquer exigência para que se identifique as pessoas físicas causadoras dos danos; porém, caso seja possível, serão penalmente responsabilizadas concomitantemente à pessoa jurídica.²⁰⁵

Para José Luis Díez Ripollés²⁰⁶, em visão contrária a esta teoria, a adoção de um modelo como este afastaria-se completamente de critérios de individualização da responsabilidade, porquanto seria atribuída a esta os atos praticados por outra pessoa. O injusto praticado por um empregado deveria ser interpretado como praticado pelo próprio empregado. A crítica deste autor aponta, inclusive, que não se poderia visualizar um empregado como mero instrumento material, eis que, se esta fosse a perspectiva adotada, resultaria na irresponsabilidade da pessoa física.

Silvina Bacigalupo também desenvolve um modelo de responsabilidade da pessoa jurídica por fato praticado por pessoa física que atua internamente, baseado no seguinte entendimento:

A possibilidade de impor uma sanção à uma pessoa jurídica ou a uma sociedade pressupõe a existência de uma ação antijurídica realizada por alguma das pessoas físicas incluídas dentro do círculo de pessoas competentes, é dizer um órgão de direção, de representação ou qualquer um dos demais que pudessem tomar decisões funcionais determinantes estabelecidas nos estatutos.²⁰⁷

Tal possibilidade é estabelecida com base em dois critérios próprios, que não necessariamente devem ser aplicados concomitantemente, quais sejam, a

contexto social como de la persona jurídica; 3º) la persona física debe haber actuado en nombre e interés de la persona jurídica". (Tradução nossa)

²⁰⁴ GÓMEZ-JARA-DIÉZ, Carlos. Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, nº 08-05, [S.l.], 2006. Disponível em: <<http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08-05.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

²⁰⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española. **Indret**: revista para el análisis del derecho, nº 1, 2012, p. 05.

²⁰⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española. **Indret**: revista para el análisis del derecho, nº 1, 2012, p. 06.

²⁰⁷ BACIGALUPO, Silvina. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A., 1998. p. 390. "La posibilidad de imponer una sanción a una persona jurídica o a una sociedad presupone la existencia de una acción antijurídica realizada por alguna de las persona físicas incluídas dentro del círculo de personas competentes, es decir, bien un órgano de dirección, de representación o cualquiera de los demás que pudiesen tomar decisiones funcionales determinantes establecidas en los estatutos" (Tradução nossa).

vulneração de obrigações e deveres da pessoa jurídica ou a busca por um *enriquecimento, ou possível enriquecimento, da pessoa jurídica*.²⁰⁸

O critério da *vulneração de obrigações e deveres da pessoa jurídica*, necessariamente, para esta teoria, refere que o ilícito praticado deve partir de uma ação praticada pelo indivíduo em ofensa às obrigações incumbidas à pessoa jurídica. É dizer que este ilícito deve estar atrelado à violação das obrigações funcionais próprias da pessoa jurídica.²⁰⁹

Entretanto, obrigações profissionais dos sujeitos individuais, por exemplo, também deveriam estar vinculadas à atividade da empresa, e, portanto, poderiam lhe ser imputadas. A ideia central para este critério é que as obrigações infringidas guardem relação direta com a atividade da empresa.²¹⁰

Deve-se levar em conta que o ilícito praticado pela pessoa física busque um *enriquecimento, ou possível enriquecimento, da pessoa jurídica*, cuja ação praticada possa resultar na responsabilização penal. Note-se que, neste caso, não há a necessidade de que o ato praticado guarde relação com as obrigações decorrentes da própria empresa, sendo exigível tão somente que o enriquecimento pretendido seja em favor da empresa. Ainda, se o empregado, por exemplo, dentro das atividades da empresa, praticar um ato ilícito em benefício próprio, não haverá que se falar em atribuição da responsabilidade à pessoa jurídica.²¹¹

Ainda, Bacigalupo refere a necessidade de alguns pressupostos de ação da pessoa competente, eis que não é exigível que a ação se dê por intermédio de um sócio ou representante legal, bastando que a pessoa física esteja ligada à função desempenhada na empresa e esteja intimamente ligada à pessoa jurídica. É dizer que:

O determinante, neste sentido, deve ser se o autor atuou consciente de realizar a ação para a pessoa jurídica, enquanto que a mera ação no exercício do cargo não será suficiente. O critério de ação «em exercício» ou «por ocasião» do desempenho de um cargo

²⁰⁸ BACIGALUPO, Silvina. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A., 1998. p. 391.

²⁰⁹ BACIGALUPO, Silvina. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A., 1998. p. 391.

²¹⁰ BACIGALUPO, Silvina. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A., 1998. p. 390-391. É o caso da inobservância, por um órgão interno da empresa, acerca das regulações ambientais em relação ao descarte de substâncias nocivas ao meio ambiente e que estas substâncias resultem da própria atividade da empresa.

²¹¹ BACIGALUPO, Silvina. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A., 1998. p. 391-392.

competente se apoia no mesmo critério com que no Direito civil se pretende solucionar as questões relativas à responsabilidade das organizações por ações de seus representantes. Nesse sentido, resulta decisivo se o órgão (ou pessoa competente) realizou a ação antijurídica no exercício de seu cargo.²¹²

Nisso, o que resulta crucial também para esta teoria, é que a ação praticada pela pessoa física tenha, subjetivamente ao ser praticada, a finalidade relacionada com o âmbito da empresa.

Portanto, se a ação praticada pela pessoa física é transposta à pessoa jurídica, para esta teoria deveria ser mantida a responsabilidade da pessoa física, desde que comprovados todos os elementos do crime em relação a esta; caso contrário, permaneceria tão somente a responsabilidade da pessoa jurídica.²¹³ Carlos Gómez-Jara Díez tece severas críticas ao modelo proposto por Bacigalupo, uma vez que refere que esta seria contraditória ao utilizar uma matriz de paradigma fundamentada na teoria dos sistemas sociais²¹⁴, enquanto ainda permaneceria atrelada ao paradigma individualista, mantendo a exigência de identificação do sujeito para nele utilizar as normas de imputação, tudo isso como pressuposto para a responsabilização penal da pessoa jurídica.²¹⁵

²¹² BACIGALUPO, Silvina. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A., 1998. p. 395. “Lo determinante, en este sentido, debe ser si el autor ha actuado consciente de realizar la acción para la persona jurídica, mientras que la mera acción en el ejercicio del cargo no será suficiente. El criterio de la acción «en ejercicio» o «con ocasión» del desempeño de un cargo competente se apoya en el mismo criterio que en el Derecho civil se pretende solucionar las cuestiones relativas a la responsabilidad de las organizaciones por acciones de sus representantes. En ese sentido resulta decisivo si el órgano (o persona competente) ha llevado a cabo la acción antijurídica en ejercicio de su cargo” (Tradução nossa).

²¹³ BACIGALUPO, Silvina. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A., 1998. p. 398.

²¹⁴ Até pelo fato de que BACIGALUPO, Silvina. **La responsabilidad penal de las personas Jurídicas**. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A., 1998. p. 32, é quem propõe uma perspectiva de mudança de paradigma, para quem: “O círculo vicioso da argumentação tradicional é claro: as categorias da ação e da culpabilidade se elaboram adequadas a um sujeito individual; logo, se exclui todo outro sujeito possível porque essas categorias não lhe são aplicáveis. Nessa hipótese de trabalho, pelo contrário, se trata de analisar, portanto, como está concebido o sujeito e o que o mundo exterior significa para esse sujeito, assim como quando a configuração do mundo exterior pode ser relacionada (imputada) com ele mesmo”. “El círculo vicioso de la argumentación tradicional es claro: las categorías de la acción y la culpabilidad se elaboran adecuadas a un sujeto individual; luego, se excluye todo otro sujeto posible porque esas categorías no le son aplicables. En esta hipótesis de trabajo, por el contrario, se trata de analizar, ante todo, cómo está concebido el sujeto y lo que el mundo exterior significa para ese sujeto, así como cuándo la configuración del mundo exterior puede ser relacionada (imputada) con el mismo”. (Tradução nossa)

²¹⁵ GÓMEZ-JARA-DIÉZ, Carlos. Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, nº 08-05, [S.], 2006. Disponível em: <<http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08-05.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

Uma outra proposta merece ser trazida à tona, sobretudo a partir das considerações de Günther Jakobs, que também observa a responsabilidade penal da pessoa jurídica a partir de um modelo por atribuição das normas de imputação da pessoa física, ou seja, um modelo de *atuação em organização alheia*²¹⁶.

Para Jakobs, as correlações entre os sujeitos internos e a empresa são produtos de uma comunicação. Sendo assim, a perspectiva desse autor é de que a existência de uma pessoa, jurídica ou física, não se limitaria tão somente à sua própria natureza, mas, sim, seria constituída a partir de comunicações no âmbito social que lhe tragam atribuições de direitos e obrigações. O conceito de pessoa é normativizado e seria traduzido por um status obtido por esta a partir das suas relações na sociedade civil²¹⁷.

Entende, este autor, que o desenvolvimento das teorias de responsabilidade permite visualizar que a atuação de uma pessoa nem sempre possui uma consequência jurídica diretamente a ela. Os atos praticados por uma pessoa podem surtir efeitos jurídicos para outra pessoa.²¹⁸ Neste mesmo sentido, John Locke já previa a atribuição dos efeitos jurídicos da propriedade sobre a prestação ou a produção realizada pelos servos. Cita-se:

[...] o pasto que meu cavalo comeu, a relva que meu servidor cortou e o minério que retirei da terra em qualquer lugar onde eu tenha um direito a ele em comum com os outros homens tornam-se minha propriedade, sem a cessão ou o consentimento de quem quer que seja.²¹⁹

Note-se que, em Locke, já se tem a noção de que a propriedade dos frutos obtidos pelo trabalho desempenhados por servos pertenceria ao senhor. Noção semelhante a esta pode ser encontrada em nosso ordenamento jurídico, sobretudo face aos direitos sobre os produtos inventados ou criados por empregados, que são de propriedade da empresa, conforme previsão no artigo 88 da Lei de Propriedade

²¹⁶ JAKOBS, Günther. ¿Punibilidad de las personas jurídicas? In: GARCÍA CAVERO, Percy. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representantes**. Lima: Ara Editores, 2002. p. 67-68.

²¹⁷ JAKOBS, Günther. ¿Punibilidad de las personas jurídicas? In: GARCÍA CAVERO, Percy. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representantes**. Lima: Ara Editores, 2002. p. 67.

²¹⁸ JAKOBS, Günther. ¿Punibilidad de las personas jurídicas? In: GARCÍA CAVERO, Percy. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representantes**. Lima: Ara Editores, 2002. p. 71: “[...] puede la prestación ser interpretada como médio de organización de outra persona, y em correspondência com ello, serle atribuida a la outra persona la consecuencia jurídica” (Tradução Nossa).

²¹⁹ LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 410.

Industrial nº 9.279/1996²²⁰ ou no artigo 4º da Lei do Software de nº 9.609/1998²²¹. Jakobs, ao analisar a legislação referente a propriedade intelectual²²², parte de uma perspectiva semelhante à de nosso ordenamento para descrever que, nos produtos produzidos pelos empregados, por exemplo, a propriedade (enquanto consequência jurídica) seria atribuída à empresa, sendo que “o ordenamento jurídico estabelece a quem afeta a consequência jurídica de um comportamento”²²³.

Esta teoria não concede ênfase ao preposto, no que ele quer, no que ele busca com seus atos, mas sim no fato de que ele se encontra como meio de organização da empresa. É nesta perspectiva que Jakobs entende como plenamente possível a transposição da ação praticada por uma pessoa física (como meio de organização) para a pessoa jurídica. Esta ação praticada por uma pessoa pode, então, surtir efeitos jurídicos para outra, mesmo que a interligação entre elas não exista no meio físico. Isto é dizer que:

O corpo de *uma* pessoa (que também somente por atribuição é corpo *desta* pessoa), [...] pode produzir consequências para *outra* pessoa, mesmo quando a *outra* pessoa não esteja vinculada de forma natural

²²⁰ BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016. “Art. 88. A invenção e o modelo de utilidade pertencem exclusivamente ao empregador quando decorrerem de contrato de trabalho cuja execução ocorra no Brasil e que tenha por objeto a pesquisa ou a atividade inventiva, ou resulte esta da natureza dos serviços para os quais foi o empregado contratado”.

²²¹ BRASIL. **Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9609.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016. “Art. 4º Salvo estipulação em contrário, pertencerão exclusivamente ao empregador, contratante de serviços ou órgão público, os direitos relativos ao programa de computador, desenvolvido e elaborado durante a vigência de contrato ou de vínculo estatutário, expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento, ou em que a atividade do empregado, contratado de serviço ou servidor seja prevista, ou ainda, que decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos”.

²²² Este autor parte da perspectiva das normas alemãs acerca da propriedade sobre a elaboração de produtos. Para JAKOBS, Günther. ¿Punibilidad de las personas jurídicas? In: GARCÍA CAVERO, Percy. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representantes**. Lima: Ara Editores, 2002. p. 71: “[...] em total correspondência se encontra o § 950, parágrafo 1, inciso 1 do BGB, de acordo com o qual o que elabora uma coisa adquire a propriedade sobre esta coisa, interpretado no sentido de que em uma indústria os trabalhadores não são, ao mesmo tempo, os elaboradores, mas sim o elaborador é o empresário, que emprega os trabalhadores como meio de organização seu”. “En total correspondencia se encuentra el § 950 párrrafo [sic] 1, inciso 1 del BGB, de acuerdo con el cual el que elabora una cosa adquiere la propiedad sobre dicha cosa, interpretado en el sentido de que em una industria los trabajadores no son al mismo tiempo los elaboradores, mas bien elaborador es el empresario, que emplea a los trabajadores como medio de organización suyo” (Tradução nossa).

²²³ JAKOBS, Günther. ¿Punibilidad de las personas jurídicas? In: GARCÍA CAVERO, Percy. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representantes**. Lima: Ara Editores, 2002. p. 71. “El ordenamento jurídico establece a quenés afecta la consecuencia jurídica de un comportamiento” (Tradução nossa).

com o corpo da *primeira pessoa*; a vinculação é pura construção jurídica.²²⁴

Para esta perspectiva, o preposto seria um “meio organizativo”²²⁵, que utilizaria seus membros físicos para representar a entidade empresarial, constituindo o meio físico de ação da empresa.

No mundo fático, então, a empresa, por ser ficção, não teria como expressar voz, face, ou qualquer outro meio físico hábil à comunicação, eis que haveria completa dependência de ações de pessoas físicas. A execução dos atos seria administrada por meio da pessoa física de seus empregados.²²⁶

Jakobs, partindo da perspectiva objetiva no âmbito de responsabilidade civil, destaca que se uma pessoa causar dano ao patrimônio de outrem, de forma culpável, terá de ressarcí-lo. Contudo, se tiver agido no desempenho de suas funções, dentro da empresa, a pessoa jurídica terá de ressarcí-los, mesmo que não haja culpa, mas, por um dever de garantir que seu empregado não atue de forma danosa.²²⁷

Entretanto, o problema evidenciado por Jakobs quando da transposição das ações dos prepostos à pessoa jurídica repousaria justamente quando da tentativa de transposição da culpa, no sentido próprio do Direito penal, de uma pessoa para a outra. Esta questão é identificada quando da análise da culpabilidade, sobretudo por ainda permanecer ao âmbito da pessoa física. É dizer que mesmo que a pessoa física pratique um fato em nome da pessoa jurídica, para fins penais, sua

²²⁴ JAKOBS, Günther. ¿Punibilidad de las personas jurídicas? In: GARCÍA CAVERO, Percy. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representantes**. Lima: Ara Editores, 2002. p. 71-72. “El cuerpo de una persona (que también sólo por atribución es cuerpo de esa persona), como ya se esbozó, puede producir consecuencias para otra persona, aun cuando la otra persona no se halle vinculada de forma natural con el cuerpo de la persona; la vinculación es una pura construcción jurídica (Tradução Nossa).

²²⁵ JAKOBS, Günther. ¿Punibilidad de las personas jurídicas? In: GARCÍA CAVERO, Percy. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representantes**. Lima: Ara Editores, 2002. p. 73.

²²⁶ Esta ideia vem desde SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema del derecho romano actual**. Madrid: F. Góngora y Compañía Editores, 1879. t. II. p. 95, que já entendia pela transposição da ação dos representados como pertencentes à pessoa jurídica, sobretudo quando fala na necessária atribuição à empresa dos atos praticados pelos representados: “Veamos agora como se establece a possessão das pessoas jurídicas. Podiam adquirir direitos, porque os atos jurídicos de seus representantes eram considerados sempre como seus próprios atos, princípio que forma a base de sua constituição”. “Veamos ahora cómo se establece la posesion de las personas jurídicas podian adquirir derechos, porque los actos juridicos de sus representantes eran considerados siempre como sus propios actos, principio que forma la base de su constitucion” (Tradução Nossa).

²²⁷ JAKOBS, Günther. ¿Punibilidad de las personas jurídicas? In: GARCÍA CAVERO, Percy. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representantes**. Lima: Ara Editores, 2002. p. 77.

culpabilidade ainda estará intimamente ligada à sua própria pessoa.²²⁸ Nesse sentido:

[...] não se teria como dizer que à pessoa jurídica deveria ser atribuída a culpabilidade daquele que pratica os atos em seu nome, posto que não existe uma culpabilidade que possa ser transferida, porque tão certo é que o delinquir jurídico-penal não pode ser realização de negócios alheios.²²⁹

Para permanecermos nesta análise, destacam-se os dois vetores que traduzem o conceito de culpabilidade, ou seja, “a capacidade de a pessoa entender que o fato é ilícito e de agir de acordo com esse entendimento”²³⁰, ou, a consciência do ilícito e a vontade de agir em favor do ilícito. Jakobs entende que para a culpabilidade, além destes dois elementos, seria imprescindível que a pessoa tomasse uma posição frente à norma. Portanto, deve haver uma comunicação com a norma, designada pela tomada de posição pelo injusto, em evidente processo comunicativo de negação à vigência da norma.²³¹ Neste caso, somente uma pessoa física capaz de ter consciência própria poderia se comunicar desta maneira.²³²

Ao mesmo tempo em que refere pela incompatibilidade de uma culpabilidade na pessoa jurídica, descreve a necessária ligação entre a consciência e a identidade de cada pessoa. A identidade da pessoa física se dá enquanto esta possua consciência que compreenda sua existência. Já a da pessoa jurídica é fundamentada pelos seus atos constitutivos. Com isso, dá-se o exemplo do julgamento em relação a uma pessoa jurídica: se um dos sócios que praticou determinada conduta ilícita já tenha se retirado da sociedade empresarial, sendo que seu sucessor estaria representando a empresa no banco dos acusados, não haveria como manter uma continuidade entre a consciência do primeiro com a consciência

²²⁸ JAKOBS, Günther. ¿Punibilidad de las personas jurídicas? In: GARCÍA CAVERO, Percy. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representantes**. Lima: Ara Editores, 2002. p. 78.

²²⁹ JAKOBS, Günther. ¿Punibilidad de las personas jurídicas? In: GARCÍA CAVERO, Percy. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representantes**. Lima: Ara Editores, 2002. p. 79. “[...] no hay una culpabilidad penal que pueda ser transferida, porque tan cierto es que el delinquir jurídico-penal no puede ser realización de negocios ajenos” (Tradução nossa).

²³⁰ PACELLI, Eugenio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2015. p. 341.

²³¹ Esta visão relatada por Jakobs parte da perspectiva deste autor acerca da função da pena, qual seja, a manutenção da expectativa da vigência da norma.

²³² JAKOBS, Günther. ¿Punibilidad de las personas jurídicas? In: GARCÍA CAVERO, Percy. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representantes**. Lima: Ara Editores, 2002. p. 83.

do segundo. A vinculação do sócio sucessor dá-se mediante a constituição da empresa e não por intermédio da consciência.²³³

A par do que fora dito, mesmo levando-se em consideração que a pessoa jurídica poderia fazer-se representada por atos praticados por pessoas físicas que agem internamente a ela, sendo viável identificar estas como ações próprias da pessoa jurídica, é o conceito de culpabilidade que não poderia ser transposto da pessoa física.²³⁴

Gómez-Jara Díez suscita que a construção realizada por Jakobs, sobretudo no âmbito da culpabilidade, parte da perspectiva das pessoas físicas ou dos órgãos que compõem a empresa. É dizer que a tentativa de construção do conceito de culpabilidade é realizada com base na daqueles que agiriam em nome da empresa – do órgão ou da pessoa física.²³⁵

As tentativas de realizar uma construção de um modelo de responsabilidade penal com base em sujeitos físicos que atuam internamente à pessoa jurídica enfrentariam diversos problemas, sobretudo por basearem-se na perspectiva do indivíduo.²³⁶

O principal problema das perspectivas conclusivas por uma responsabilidade por fato alheio é que não respondem ao fenômeno da “irresponsabilidade organizada”²³⁷, ou seja, da dificuldade em identificar o verdadeiro autor em meio a uma empresa dotada de complexidade. A insuficiência, já constatada quando da análise do modelo individual, também resultaria na insuficiência de um modelo de atribuição, por necessitarem, sobretudo, “da constação de uma atividade delitiva por parte de uma pessoa física”²³⁸.

²³³ JAKOBS, Günther. ¿Punibilidad de las personas jurídicas? In: GARCÍA CAVERO, Percy. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representantes**. Lima: Ara Editores, 2002. p. 85-86.

²³⁴ JAKOBS, Günther. ¿Punibilidad de las personas jurídicas? In: GARCÍA CAVERO, Percy. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representantes**. Lima: Ara Editores, 2002. p. 96.

²³⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **La culpabilidad penal de la empresa**. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 111.

²³⁶ GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos. Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, nº 08-05, [S.l.], 2006. p. 24. Disponível em: <<http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08-05.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

²³⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. Responsabilidad penal en el marco de la empresa: dificultades relativas a la individualización de la imputación. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, t. 55, p. 9-38, 2002, p. 16. “irresponsabilidad organizada”. (Tradução Nossa).

²³⁸ GÓMEZ-JARA-DÍEZ, Carlos. Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, nº 08-05, [S.l.], 2006. p. 24. Disponível em:

Ademais, quando da análise do viés abordado por Jakobs, também pôde-se visualizar as dificuldades encontradas enquanto da transposição de um conceito de culpabilidade, o que demonstraria, de igual forma, incompatibilidade de aplicação de um modelo baseado nos atos praticados por pessoa física.

Resta, assim, analisar a última hipótese referida pela doutrina, na tentativa de determinar, com precisão, sobre quem recairá – e como – o juízo de imputação, que é a análise da responsabilidade da pessoa jurídica por fato próprio, ou seja, o entendimento do qual a pessoa jurídica é quem pratica o ato delituoso.

3.3 A Responsabilidade Penal por Fato Próprio

Consoante pode-se analisar, algumas das teorias que buscam individualizar as condutas praticadas no interior da empresa acabam por não se mostrar hábeis para solucionar os atos ilícitos praticados no âmbito empresarial, sobretudo pela dificuldade de identificar o autor destes atos praticado. Isto pelo fato de que os níveis elevados de complexidade empresarial restam por inviabilizar esta perspectiva.²³⁹

De igual modo, a adoção de um modelo que parta da individualização de uma pessoa física no interior da empresa, buscando criar uma conexão entre esta e a pessoa jurídica, a fim de responsabilizar esta, encontra dificuldades, sobretudo enquanto ainda necessita da identificação da pessoa física para que possa partir à responsabilização da pessoa jurídica.²⁴⁰

O que se pretende, no presente momento, é trazer alguns dos fundamentos de um modelo que parta diretamente da pessoa jurídica, a fim de estabelecer critérios próprios que permitam determinar uma teoria do delito voltada para o próprio ente coletivo sem que esta esteja construída sobre a base de atuação das pessoas físicas.²⁴¹ Exige-se uma “dogmática do delito que permita que a práxis

<<http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-05.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2016. “[...] de la constatación de una determinada actividad delictiva por parte de una persona física” (Tradução nossa).

²³⁹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura del Carmen. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Navarra: Aranzadi. 2009. p. 234-235.

²⁴⁰ GÓMEZ-JARA-DIÉZ, Carlos. Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, nº 08-05, [S.], 2006. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-05.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2016. p. 24. “[...] de la constatación de una determinada actividad delictiva por parte de una persona física” (Tradução nossa).

²⁴¹ GÓMEZ-JARA-DIÉZ, Carlos. Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Revista electrónica de**

possa tratar adequadamente este fenômeno característico das sociedades modernas”²⁴².

Com isso, Laura del Carmen Zúñiga Rodrigues estabelece alguns dos fundamentos nos quais esta perspectiva encontra-se arraigada: isto seria fundamentado principalmente na relevância dos bens jurídicos tutelados; nas necessidades de prevenção face aos comportamentos ilícitos que são desenvolvidos no âmbito da empresa; e na insuficiência do próprio sistema individual para responder estes comportamentos empresariais que se pode justificar uma adoção de um modelo de responsabilidade penal voltado à pessoa jurídica.²⁴³

Com isso, Heine elenca alguns dos fundamentos para que a responsabilidade da pessoa jurídica seja enfrentada levando em consideração a própria pessoa jurídica. Neste caso, sobretudo pelas possibilidades da empresa de isolar-se perante o Direito penal, de modo a encobrir, confundir e formar lacunas de responsabilidade dos indivíduos formando déficits de prevenção (“irresponsabilidade organizada”²⁴⁴);

A partir deste conceito, quando se entende que os déficits de prevenção se incrementam quando se difundem a atividade operativa, a tendência de informação e o poder de decisão. Estes três aspectos, que seriam interpretados pelo Direito penal tradicional como inerentes a um próprio indivíduo, no caso da empresa, são encontrados, de forma difundida, em diversos indivíduos da empresa. Em virtude disso, a estrutura da própria empresa diminui o potencial do indivíduo, não sendo o mesmo autor que tenha, por exemplo, conhecimento dos riscos e o poder de

ciencia penal y criminología, nº 08-05, [S.], 2006. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-05.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2016. p. 24. “[...] de la constatación de una determinada actividad delictiva por parte de una persona física” (Tradução nossa).

²⁴² FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. **Cuestiones actuales de derecho penal económico**. Buenos Aires: Editorial B de F., 2009. p. 16. “[...] dogmática del delito que permita a la praxis tratar adecuadamente este fenómeno característico de las sociedades modernas” (Tradução Nossa).

²⁴³ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura del Carmen. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Navarra: Aranzadi. 2009. p. 237.

²⁴⁴ Neste caso HEINE, Günter. Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originaria de la empresa. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2008. (Livro Eletrônico). p. 19-20, faz remissão ao conceito cunhado por SCHÜNEMANN, Bernd. Responsabilidad penal en el marco de la empresa: dificultades relativas a la individualización de la imputación. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, t. 55, p. 9-38, 2002, p. 16.

decisão, sendo este fenômeno chamado de “irresponsabilidade individual estruturada”²⁴⁵.

Esta constatação demonstra que, quanto mais estruturada for a empresa, sobretudo em relação às distribuições de funções internas aos indivíduos, mais se afastaria de uma hierarquia linear, tornando cada vez mais difícil a persecução.²⁴⁶ Por isso, uma empresa de grande porte teria de ser analisada como algo mais do que uma soma das atividades praticadas por sujeitos individuais.²⁴⁷

Mesmo que se admita que ambas as responsabilidades, tanto da pessoa física quanto da jurídica, possam coincidir, ou seja, que ambas possam ser responsabilizadas concomitantemente, deverá haver uma diferenciação da conceituação em relação ao modelo de responsabilidade da pessoa jurídica, até pelo fato de que o potencial e poder social das empresas seria substancialmente maior.²⁴⁸

As teorias que se baseiam na responsabilidade própria da pessoa jurídica afastam-se da abordagem do indivíduo, sendo que a utilização de um esquema de atribuição da responsabilidade, focando somente na pessoa física, conduziria à sua sobrecarga nos casos em que isso decorre de uma gestão deficiente das pessoas jurídicas. Isto poderia acarretar não somente na descarga de responsabilidade em somente um indivíduo, como também em uma adaptação dos modelos de imputação da pessoa física para a pessoa jurídica, adaptação esta que é realizada de forma arbitrária, fechada e pragmática.²⁴⁹

²⁴⁵ HEINE, Günter. Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originaria de la empresa. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporâneas**. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2008. (Livro Eletrônico).

²⁴⁶ HEINE, Günter. Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originaria de la empresa. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporâneas**. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2008. (Livro Eletrônico). p. 21.

²⁴⁷ HEINE, Günter. Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originaria de la empresa. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporâneas**. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2008. (Livro Eletrônico). p. 23.

²⁴⁸ HEINE, Günter. Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originaria de la empresa. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporâneas**. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2008. (Livro Eletrônico). p. 23.

²⁴⁹ HEINE, Günter. Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originaria de la empresa. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporâneas**. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2008. (Livro Eletrônico). p. 22.

Ao contrário da perspectiva que parte da identificação de um agir da pessoa física, para que daí então se verifique se houve dolo ou culpa, ou sua própria culpabilidade, este modelo tem a pretensão de solucionar a dificuldade de responsabilização direta da empresa, com base em critérios próprios.²⁵⁰

Esse entendimento foi adotado pelo modelo de responsabilidade do legislador brasileiro, ao inserir a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica enquanto categoria autônoma, e, assim, aderir ao modelo de responsabilidade por fato praticado pela própria empresa.²⁵¹

O fundamento da imputação direta à pessoa jurídica, restrita aos delitos ambientais, no caso do Brasil, decorre de uma escolha político-criminal realizada pelo legislador, eis que se atribui esta autonomia diretamente no texto legal, quando refere que as empresas sujeitam-se às penalidades enquanto sujeito ativo do delito, chegando-se à conclusão de que “no lugar de um sistema puro de responsabilidade pelo fato alheio [...] no Brasil introduziu-se um sistema misto²⁵² de responsabilidade pelo fato próprio”²⁵³.

Há, assim, uma divisão entre as categorias, tanto da responsabilidade individual quanto da responsabilidade coletiva, sobretudo por ter o legislador constituinte inserido o termo “ou” enquanto descreve a sujeição à responsabilidade penal entre pessoas físicas e jurídicas, no parágrafo terceiro do artigo 225 da Constituição Federal, que assim dispõe:

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.²⁵⁴

²⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias acesorias del art. 129 del Código Penal Español. In: GARCÍA CAVERO, Percy. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representantes**. Lima: Ara Editores. 2002. p. 166-167.

²⁵¹ GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. p. 8.

²⁵² Este sistema é denominado de misto pelo fato de que mantém a responsabilidade do indivíduo.

²⁵³ GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. p. 8.

²⁵⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016.

Também se encontra justificativa no fato de ter o legislador inserido a responsabilidade penal, no parágrafo único do artigo 3º da Lei nº 9.605/98²⁵⁵, identificando que “as pessoas jurídicas podem sofrer penas isoladamente (autonomamente), e sua responsabilidade penal não exclui a das pessoas físicas”²⁵⁶

A par dessa responsabilidade, Gómez-Jara Díez admite que a mesma poderia se dar da seguinte forma: ou partiria de um modelo por atribuição em que a pessoa jurídica responderia se houvesse a responsabilização da pessoa física; ou basear-se-ia em uma responsabilidade penal objetiva da pessoa jurídica; ou aderiria a um modelo de responsabilidade baseado na própria pessoa jurídica, com critérios próprios de imputação.²⁵⁷

Quanto ao primeiro critério, em que se exigiria dupla punição, tanto da pessoa física quanto da jurídica, a própria dificuldade de individualização da conduta da pessoa física no âmbito empresarial afastaria esta possibilidade, sobretudo porque “se não responde uma pessoa física, tampouco responde uma pessoa jurídica – o que contradiz o teor da lei”²⁵⁸. Do mesmo modo, desta exigência:

[...] corre o risco até de afetação do princípio do *ne bis in idem*, com a punição de ambos (pessoas físicas e pessoa jurídicas), na medida em que a decisão da prática do ato tem a mesma origem e fonte.²⁵⁹

Em relação à atribuição de responsabilidade penal objetiva para a empresa, ou seja, que ela responda em virtude tão somente de seu preposto praticar ato lesivo, resta inconcebível dentro do sistema jurídico brasileiro, haja vista a vedação constitucional para tanto.²⁶⁰

²⁵⁵ 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. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016.

²⁵⁶ GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013, p. 8.

²⁵⁷ GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013, p. 8-9.

²⁵⁸ GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013, p. 9.

²⁵⁹ PACELLI, Eugenio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 230.

²⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 46424**. Sexta Turma. Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Recorrente: Elpidio Alves de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia. Julgado em: 14 jun. 1994. Brasília, DF. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199400094019&dt_publicac

Com isso, a interpretação que resultaria dessa possibilidade seria exatamente a necessidade de um modelo baseado na própria pessoa jurídica, enquanto categoria autônoma de responsabilidade.²⁶¹

Neste sentido, passa-se a buscar um conceito de responsabilidade cada vez mais afastado da prática de delitos pelos sujeitos individuais:

Estão aparecendo elaborações de diversa orientação que sustentam a possibilidade – a necessidade – de construir dogmaticamente um conceito de verdadeira (auto-)responsabilidade empresarial, é dizer que pretendem abandonar o paradigma – em sentido amplo – da dependência da comissão de delitos por parte dos sujeitos físicos (a serviço da empresa) ou da empresa como dispositivo perigoso, e substituí-lo pelo de uma verdadeira responsabilidade pessoal originária da empresa.²⁶²

Este fundamento também é encontrado na interpretação do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sendo que assenta o entendimento da inexigibilidade de uma persecução dupla, em relação simultânea à pessoa física e jurídica:

[...] a análise cuidadosa do dispositivo legal revela que a norma não exige, para a instauração de *persecutio criminis in iudicio* contra a pessoa jurídica, a simultânea propositura de ação penal em desfavor dos administradores pessoas físicas, mas, sim, que a prática delitiva seja decorrência de decisão desses gestores. Vagueza normativa que deve ser compreendida apenas no sentido de obstar a responsabilização do ente coletivo por atos de terceiros alheios a seu quadro diretivo, tais como empregados ou prepostos sem poder de comando.²⁶³

ao=08-08-1994&cod_tipo_documento=3&formato=PDF>. Acesso em: 10 dez. 2016. "A responsabilidade penal, consoante princípios constitucionais, é subjetiva. Não se transige com a responsabilidade objetiva, e, muito menos, a responsabilidade pelo fato de terceiro". Ademais, para GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental**: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. p. 9: "principalmente porque o Direito Penal brasileiro proíbe a responsabilidade penal objetiva – tanto de pessoas físicas quanto de pessoas jurídicas".

²⁶¹ GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental**: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. p. 8.

²⁶² CANCIO MELIÁ, Manuel. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? In: GÓMEZ MARTÍN, Víctor; MIR PUIG, Santiago (Dir.); CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.). **Nuevas tendencias en política criminal**: una auditoría al código penal español de 1995. Buenos Aires: B de F, 2006. p. 05.

²⁶³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação criminal nº 0010064-78.2005.404.7200/SC**. 8ª Turma. Relator Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz, Apelante Ministério Público Federal, Apelado Pesqueira Pioneira da Costa S/A. Porto Alegre, RS. Disponível em: <http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=5079569&hash=2164835fb7be95285b68acb3f3788bb2>. Acesso em 10 dez. 2016.

Ademais, outra dificuldade surge, também, quando se defende a teoria da dupla imputação, eis que, ao se identificar um ilícito praticado por uma pessoa física, acarretaria na atribuição de responsabilidade também à pessoa jurídica.²⁶⁴ Neste caso, ignoraria-se a realidade da pessoa jurídica e também seria ignorado o fato de que, por vezes, “as pessoas jurídicas encontram-se, assim, indefesas frente às condutas das pessoas físicas que as representam”²⁶⁵

Entretanto, a par disso, pretender-se-á expor algumas das bases referenciais e perspectivas dos autores que buscam solucionar o problema da responsabilidade penal da pessoa jurídica com base na própria. Estas perspectivas, conforme se passará a ver, possuem como epicentro o fato de que a empresa é competente e possui responsabilidade a partir de sua organização interna.

Um dos modelos que pode ser visualizado na perspectiva da empresa é desenvolvido por Klaus Tiedemann, partindo de um âmbito normativo para justificar a atribuição de responsabilidade. Para esta perspectiva, não se nega que a ação fática tenha sido produzida por uma pessoa física, mas é justamente na omissão praticada pela empresa em relação as medidas de segurança internas que se teria uma infração à norma.²⁶⁶

Trata-se de uma perspectiva de que a omissão realizada é necessariamente antecedente ao fato propriamente praticado, sendo que as medidas da empresa para prevenir o delito deveriam ser tomadas em um momento antecedente à comissão do delito por parte de um sujeito individual.²⁶⁷

Gómez-Jara Díez denuncia que a abordagem proposta por Tiedemann estaria atrelada a uma perspectiva de fato alheio, porquanto necessitaria que as medidas de segurança internas fossem tomadas por um órgão ou pessoa física internos à empresa devidamente competentes para realizar esta organização.²⁶⁸

Outra perspectiva é abordada por Laura del Carmen Zúñiga Rodríguez ao referir que a atividade empresarial resta por lesar bens jurídicos – como no caso do

²⁶⁴ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**: teoria do crime para pessoas jurídicas. São Paulo: Atlas, 2015. p. x.

²⁶⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**: teoria do crime para pessoas jurídicas. São Paulo: Atlas, 2015. p. xi.

²⁶⁶ TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de las personas juridicas. **Anuario de derecho penal**. Université de Fribourg, p. 97-125, nº 7, 1996. p. 115. Disponível em <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_07.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2016.

²⁶⁷ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **La culpabilidad penal de la empresa**. Barcelona: Marcial Pons, 2005. p.153.

²⁶⁸ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **La culpabilidad penal de la empresa**. Barcelona: Marcial Pons, 2005. p.153.

meio ambiente –, existindo uma exigência da própria norma, a fim de que as empresas venham a estabelecer regras de proteção dos riscos que ela deveria combater na atividade social.²⁶⁹

Isto se desenvolveria a partir da ideia de risco permitido, sobretudo enquanto a conduta (ação ou omissão) de criar um risco ao bem jurídico seja evitável a partir da organização da empresa. Disso, desprende-se das ações humanas, para que a obrigação de organização da empresa seja também analisada no contexto social de suas atividades.²⁷⁰ Deve-se analisar, assim, as normas administrativas que determinam algumas prevenções dos riscos objetivamente.²⁷¹ É dizer que, a partir desses elementos “se produz uma lesão a um bem jurídico como materialização do risco não permitido”²⁷².

Outra perspectiva é abordada por Ernst Joachim Lampe que parte de uma perspectiva de que deveria haver uma cisão entre o injusto praticado por uma pessoa física e uma jurídica, sendo que a perspectiva do delito da empresa não compreenderia o conteúdo da ação praticada pelas pessoas físicas e os fatos individuais não compreenderiam uma responsabilidade por organização da empresa.²⁷³

Para esta teoria haveriam duas perspectivas em relação aos crimes praticados pelas empresas. Uma, em relação àquelas empresas destinadas a fins ilícitos, como a produção de bombas para grupos terroristas, e outra, que, perquirindo a atividade econômica, resultaria em infrações acidentais ao meio ambiente.²⁷⁴ É em relação à segunda estrutura que se destina a responsabilidade da pessoa jurídica no caso abordado no presente trabalho.

²⁶⁹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura del Carmen. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Navarra: Aranzadi. 2009. p. 321.

²⁷⁰ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura del Carmen. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Navarra: Aranzadi. 2009. p. 321.

²⁷¹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura del Carmen. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Navarra: Aranzadi. 2009. p. 322.

²⁷² ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura del Carmen. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Navarra: Aranzadi. 2009. p. 322. “se produce una lesión a um bien jurídico como materialización del riesgo desaprobado, estamos ante um injusto de organización empresarial” (Tradução nossa).

²⁷³ LAMPE, Ernst Joachim. Injusto del sistema y sistemas de injusto. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2008. (Livro Eletrônico). p. 124.

²⁷⁴ LAMPE, Ernst Joachim. Injusto del sistema y sistemas de injusto. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2008. (Livro Eletrônico). p. 106.

Seria com base em um déficit organizativo da empresa que se passaria a analisá-la como um sistema organizativo ideal para a prática do ilícito.²⁷⁵

Além do déficit organizativo contido na empresa, uma filosofia empresarial²⁷⁶ criminógena, que contribua para que seus empregados realizem o fato ilícito, resta por permitir que o enfoque seja realizado em relação à empresa, e não somente ao indivíduo.²⁷⁷

Nestes casos, se a empresa se organiza, descrevendo seus objetivos e os meios que devem ser utilizados para que a atividade se desenvolva, e um preposto ignora condições de proteção do meio ambiente, agindo de acordo com os meios pré-estabelecidos pela empresa, permitirá uma imputação diretamente à empresa.²⁷⁸

Lampe descreve quatro causas, então, que fundamentariam uma responsabilidade voltada à empresa:

1. o perigo potencial da empresa que se utiliza mecânica ou logicamente para a produção da prestação; 2. A estrutura deficitária da organização, a qual neutraliza somente parcialmente os perigos deste potencial; 3. A filosofia empresarial criminógena, a qual oferece aos membros da organização a tentação de levar à cabo ações criminais; 4. A erosão de um conceito da responsabilidade pela ação individual, a qual conduz, em nível regulatório, a evitar a responsabilidade por fatos concretos, e, em nível da ação, conduz a uma evitabilidade da responsabilidade das consequências da obediência das regras.²⁷⁹

²⁷⁵ LAMPE, Ernst Joachim. Injusto del sistema y sistemas de injusto. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2008. (Livro Eletrônico). p. 107.

²⁷⁶ Para LAMPE, Ernst Joachim. Injusto del sistema y sistemas de injusto. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2008. (Livro Eletrônico). p. 393, uma filosofia empresarial trata da “totalidade das representações fundamentais dos objetivos e valores da direção empresarial, tanto em respeito da própria empresa, como de sua posição frente ao entorno ecológico, econômico e social”. “[...] totalidad de las representaciones fundamentales de objetivos y valores de la dirección empresarial, tanto respecto de la empresa misma como a su posición em el entorno ecológico, económico y social”.

²⁷⁷ LAMPE, Ernst Joachim. Injusto del sistema y sistemas de injusto. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2008. (Livro Eletrônico). p. 107.

²⁷⁸ LAMPE, Ernst Joachim. Injusto del sistema y sistemas de injusto. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2008. (Livro Eletrônico). p. 107.

²⁷⁹ LAMPE, Ernst Joachim. Injusto del sistema y sistemas de injusto. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2008. (Livro Eletrônico). p. 107-108. “1. el peligro potencial de la empresa que se utiliza mecánica o lógicamente para la producción de la prestación; 2. la estructura deficitaria de la organización, la cual neutraliza sólo parcialmente la peligrosidad de este potencial; 3. La filosofía empresarial criminógena, la cual ofrece a los miembros

Ainda, este autor estabelece que a responsabilidade penal específica da empresa partiria da existência de uma filosofia empresarial criminógena, que poderia ser identificada externamente mediante os atos ilícitos praticados por um de seus prepostos.²⁸⁰

Esta responsabilidade poderia se dar pelo modo deficitário com o qual lida com os controles internos, sendo que deve, a organização deficiente, ser causa para a produção de lesões ao bem jurídico. Se a empresa não se organiza como deveria, gerando lacunas de responsabilidade, tanto aqueles sujeitos internos que teriam o dever funcional de organizar a empresa, quanto a própria empresa, estariam abarcados por esta responsabilidade.²⁸¹

Outra hipótese é a relação estabelecida por Günter Heine que também gira em torno dos déficits de organização da empresa, sendo atribuição da empresa garantir e supervisionar os riscos que por si possam ser gerados.²⁸²

É a partir disso que se pode dizer que uma lesão aos bens jurídicos realizada pela empresa muitas vezes pode ser gerada pelo próprio desenvolvimento empresarial defeituoso pela produção dos próprios riscos inerentes à empresa, sem que esta tenha tomado as medidas de proteção necessárias ao desenvolvimento da própria atividade empresarial. Daí não mais se falaria em ação ou omissão isolados, mas em um produto da própria empresa.²⁸³

Considera-se, então, que desses riscos que a atividade empresarial possa gerar, derivados de seu âmbito de atuação, justificar-se-ia uma atribuição pela responsabilidade a partir do fato de que esta mesma empresa detém a liberdade para realizar a própria gestão destes riscos. De certa forma, admitir-se-ia que o

de la organización la tentación de llevar a cabo acciones criminales; 4. la erosión del concepto de la responsabilidad por la acción individual, lo cual conduce, a nivel regulativo, a la evitación de la responsabilidad por hechos concretos, y, a nivel de la acción, conduce a una evitación de la responsabilidad derivada de las consecuencias de la obediencia a las reglas" (Tradução nossa).

²⁸⁰ LAMPE, Ernst Joachim. Injusto del sistema y sistemas de injusto. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2008. (Livro Eletrônico). p. 140.

²⁸¹ LAMPE, Ernst Joachim. Injusto del sistema y sistemas de injusto. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2008. (Livro Eletrônico). p. 143-144.

²⁸² HEINE, Günter. Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originaria de la empresa. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2008. (Livro Eletrônico). p. 50.

²⁸³ HEINE, Günter. Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originaria de la empresa. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2008. (Livro Eletrônico). p. 26.

Estado não mais seria capaz de introduzir-se no âmbito da empresa²⁸⁴, e, assim, conceder-se-ia a esta o dever de organizar-se a ponto de evitar qualquer desenvolvimento destes riscos.²⁸⁵

Com isso, a empresa possui uma organização deficitária enquanto perde a oportunidade de adotar um remédio adequado ao risco, sendo necessário um cuidado empresarial acerca dos riscos que possam ser gerados.²⁸⁶

A ideia de Heine é relativa, principalmente, aos riscos e à organização própria que cada empresa possui. Neste caso, “não existe uma solução organizativa que seja válida para todos”²⁸⁷, sendo que deverão ser analisadas as medidas que possam ser adotadas com base em cada empresa, ou seja, cada empresa deve encontrar sua própria organização, desenvolvendo-a continuamente.²⁸⁸

Por sua vez, Gómez-Jara Díez propõe a adoção de seu modelo próprio de responsabilidade para as pessoas jurídicas, que o chama de “autorresponsabilidade penal empresarial”²⁸⁹. Este modelo, que possui como fundamento o construtivismo

²⁸⁴ Para HEINE, Günter. Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originaria de la empresa. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2008. (Livro Eletrônico). p. 23, isto ocorre sobretudo pelo fato de que “as autoridades estatais não dispõem de um conhecimento suficientemente detalhado sobre a segurança técnica, simplesmente pelo fato de que este somente é gerado através da experiência empresarial ao longo do tempo”. “[...] las autoridades estatales no disponen de un conocimiento suficientemente detallado sobre la seguridad técnica, simplemente por el hecho de que éste sólo se genera a través de la experiencia empresarial a lo largo del tiempo” (Tradução nossa).

²⁸⁵ HEINE, Günter. Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originaria de la empresa. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2008. (Livro Eletrônico). p. 24.

²⁸⁶ HEINE, Günter. Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originaria de la empresa. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2008. (Livro Eletrônico). p. 51.

²⁸⁷ HEINE, Günter. Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originaria de la empresa. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2008. (Livro Eletrônico). p. 52-53. “[...] no existe una solución organizativa que sea válida para todos” (Tradução nossa).

²⁸⁸ HEINE, Günter. Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originaria de la empresa. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2008. (Livro Eletrônico). p. 53.

²⁸⁹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. El modelo construtivista de autorresponsabilidad penal empresarial. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: Propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. (Livro eletrônico). p. 199.

operativo, é baseado na matriz da teoria dos sistemas e, portanto, desenvolvido a partir do âmbito da sociologia.²⁹⁰

A base teórica deste modelo parte da premissa de que o conhecimento somente pode ser desenvolvido enquanto seja realizado internamente ao observador, deixando de lado toda a realidade externa. Para isso é importante a contribuição de Luhmann, eis que a realidade, como meio externo, pode ser vista, mas não atingida. É dizer que:

O construtivismo operacional jamais duvida que haja um meio externo. Se duvidasse, não teria sentido nem mesmo o conceito de limites sistêmicos, que pressupõe que há um outro lado. A tese do construtivismo operacional não conduz assim a nenhuma 'perda do mundo', ele não nega que a realidade exista. Não obstante, ela não pressupõe o mundo como objeto, mas, em sentido fenomenológico, como horizonte, quer dizer, como algo inatingível. E por isso não sobra nenhuma outra possibilidade senão construir a realidade ou, eventualmente, observar como os observadores constroem a realidade.²⁹¹

Trata-se de um modelo de conhecimento que não se baseia na identificação direta com a realidade fática, mas, sim, constrói, a partir do próprio observador, que não revela objetos cognoscíveis pré-existentes, mas, sim, descobre a realidade. Partindo do conceito de autopoiese²⁹², atua enquanto um sistema fechado aos *inputs* do meio ambiente externo, sendo que tal sistema não se abre para seu entorno, o que permite concluir que “todo o conhecimento é inevitavelmente uma construção interna de um sistema”²⁹³.

²⁹⁰ GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. p. 23-24.

²⁹¹ LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. São Paulo: Paulus, 2005. p. 23.

²⁹² Para CORSI, Giancarlo *et al.* **Glosario sobre la teoria social de niklas luhmann**. Guadalajara: Editorial Anthropos, 1996. p. 31: “O conceito de autopoiesis foi formulado pelo biólogo chileno Humberto Maturana ao tentar dar uma definição para a organização dos organismos vivos. Um sistema vivo, segundo Maturana, se caracteriza pela capacidade de produzir e reproduzir os elementos que o constituem por si mesmo e assim define sua própria unidade: cada célula é o produto de um retículo de operações [...] internas ao sistema do qual ela mesma é um elemento; e não de uma ação externa”. “El concepto de autopoiesis fue formulado por el biólogo chileno Humberto Maturana al intentar dar una definición a la organización de los organismos vivos. Un sistema vivo, según Maturana, se caracteriza por la capacidad de producir y reproducir por sí mismo los elementos que lo constituyen, y así define su propia unidad: cada célula es el producto de un retículo de operaciones [...] internas al sistema del cual ella misma es un elemento; y no de una acción externa” (Tradução Nossa).

²⁹³ CORSI, Giancarlo *et al.* **Glosario sobre la teoria social de niklas luhmann**. Guadalajara: Editorial Anthropos, 1996. p. 51. “[...] todo conocimiento es inevitablemente una construcción interna de un sistema” (Tradução nossa).

Com isso, adotando a teoria aos sistemas sociais que integram a problemática ora tratada, observam-se o sistema do direito, o ser humano e a empresa como sistemas que se reproduzem a partir dos seus próprios produtos, sendo que esta autopoiese, em cada um, se desenvolve de modo diverso: (1) o ser humano, em seu sistema psíquico, se dá com base na consciência; (2) a empresa, como sistema social organizativo, se dá com base nas suas decisões; e (3) o sistema do direito, que se reproduz a partir das comunicações jurídicas.²⁹⁴

Ademais, esta teoria se desenvolve a partir da ideia de congruência entre a adoção do modelo para a esfera de responsabilização da pessoa jurídica com a fundamentação do modelo de responsabilidade individual. O fundamento para a aplicação deverá ser o mesmo, bem como, tanto a pessoa física como a empresa, deverão ter a mesma capacidade de autorreferencia²⁹⁵. É dizer que tanto a empresa quanto a pessoa física “devem ser capazes de distinguir entre o que é próprio ao sistema (suas operações) e o que se atribui ao entorno”²⁹⁶, motivo pelo qual se faz necessário uma mínima complexidade interna para que sejam destinatários das imputações no âmbito penal.²⁹⁷

A matriz proposta por Gómez-Jara Díez também se fundamenta a partir da concepção do “bom cidadão corporativo”²⁹⁸, sobretudo baseado na exigência de que as empresas institucionalizem uma cultura de fidelidade ao Direito.

Com base nessas premissas, se analisa a empresa enquanto um sistema autônomo, que se autoconduz, com base na sua autopoiese. Esta condução é

²⁹⁴ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. El modelo construtivista de autorresponsabilidad penal empresarial. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: Propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. (Livro eletrônico). p. 195.

²⁹⁵ Para CORSI, Giancarlo *et al.* **Glosario sobre la teoría social de niklas luhmann**. Guadalajara: Editorial Anthropos, 1996. p. 35: “O conceito de autorreferencia indica o fato de que existem sistemas que se referem a si mesmos mediante cada uma de suas operações. Tratam-se de sistemas (orgânicos, psíquicos e sociais) que podem observar a realidade somente mediante autocontato”. “El concepto de autorreferencia indica el hecho de que existen sistemas que se refieren a sí mismos mediante cada una de sus operaciones. Se trata de sistemas (orgánicos, psíquicos y sociales) que pueden observar la realidad sólo mediante el autocontacto”. (Tradução nossa).

²⁹⁶ CORSI, Giancarlo *et al.* **Glosario sobre la teoría social de niklas luhmann**. Guadalajara: Editorial Anthropos, 1996. p. 35. “[...] deben ser capaces de distinguir entre lo que es propio del sistema (sus operaciones) y lo que se atribuye al entorno” (Tradução nossa).

²⁹⁷ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. El modelo construtivista de autorresponsabilidad penal empresarial. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: Propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. (Livro eletrônico). p. 196.

²⁹⁸ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. p. 26.

realizada de acordo com as comunicações que são geradas por meio de decisões. É dizer que na empresa “se trata de um tipo de comunicação mais específico: é um sistema composto por decisões, ou, mais exatamente, pela comunicação de decisões”²⁹⁹. É com base nas decisões já tomadas e nas que estão sendo tomadas que aquelas decisões futuras serão desenvolvidas. A tomada de decisões é o que fundamenta o desenvolvimento de um sistema organizativo na empresa.³⁰⁰

Não se trata, então, de compreendê-la enquanto as relações existentes pelos indivíduos que atuam internamente, mas exatamente a partir da sua própria capacidade de se auto-organizar, que é adquirida, por meio dos conhecimentos que passa a adquirir autopoieticamente, e, assim, após alcançar determinada complexidade, adquire um conhecimento organizativo diferente dos indivíduos que a compõem.³⁰¹

Na perspectiva desta teoria, de acordo com as premissas teóricas que se pretendeu expor, se passa a analisar a perspectiva da organização da empresa como um dever de promoção de cumprimento da lei, o que deveria ser fomentado pela criação de programas internos que viabilizassem “a promoção de uma cultura de cumprimento da lei por parte das pessoas jurídicas”³⁰².

Na matriz de Gómez-Jara Díez, passa-se a compreender a empresa enquanto um sistema que possa, autonomamente, se organizar a ponto de evitar e gerir os riscos que possa produzir, de modo a permitir identificar como era a sua organização quando da ocorrência do fato ilícito para que, então, se pudesse atribuir sua responsabilidade.³⁰³

²⁹⁹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **La culpabilidad penal de la empresa**. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 238. “[...] se trata de un tipo de comunicación específico: es un sistema compuesto por decisiones o, más exactamente, por la comunicación de decisiones” (Tradução nossa).

³⁰⁰ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **La culpabilidad penal de la empresa**. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 238.

³⁰¹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **La culpabilidad penal de la empresa**. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 239.

³⁰² GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. p. 9.

³⁰³ Para GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. p. 12, quando do julgamento de uma pessoa jurídica, o julgador “deveria, em nossa opinião, ter feito as duas seguintes perguntas: qual era a organização da pessoa jurídica no momento dos fatos? Era uma organização correta sob a ótica dos parâmetros que se exigem das empresas que afetam o meio ambiente? (injusto da pessoa jurídica) Se a resposta fosse negativa, como parecia ser o caso, deveria ter feito uma segunda indagação: tinha a pessoa jurídica uma cultura empresarial de cumprir a lei ambiental? (culpabilidade da pessoa jurídica). Se a resposta voltasse a ser negativa, como parecia ser no caso examinado pelo Tribunal Federal, então se justificaria a imposição de pena”.

Dados alguns dos fundamentos para a responsabilidade penal da pessoa jurídica no âmbito de alguns autores que abordam o tema, é de suma importância que se verifiquem como os critérios de imputação podem ser visualizados. Para esta perspectiva de responsabilidade autônoma da pessoa jurídica, como os critérios de imputação são desenhados? Esta é uma indagação que pretendemos responder no capítulo seguinte.

4 A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA E AS NORMAS DE IMPUTAÇÃO

Conforme se pôde analisar no capítulo anterior, existem dificuldades de identificação da autoria quando se lida com uma criminalidade derivada da atividade empresarial. Da mesma forma, um sistema baseado na identificação dos indivíduos e na utilização das normas de imputação voltadas a eles encontra dificuldades quando a atuação empresarial é dotada de complexidade.

A par disso, pôde-se visualizar que alguns autores justificam a responsabilidade penal da pessoa jurídica de forma autônoma, compreendendo, sobretudo a imprescindibilidade de uma organização interna.

Tendo em vista que os requisitos do crime para o Direito penal consubstanciam-se por “(a) ter sido praticada a conduta, (b) tratar-se de uma conduta típica, (c) tratar-se de uma conduta antijurídica e (d) tratar-se de uma conduta culpável”³⁰⁴, preferiu-se abordar a capacidade de ação, a tipicidade subjetiva e a culpabilidade da empresa, sobretudo pelo fato de que são em relação a elas que surgem as principais críticas e problemas, conforme é identificado pela doutrina³⁰⁵ quando da sua transposição à empresa.

Passar-se-á, então, a analisá-las, elencando as críticas em relação a cada modelo, bem como o desenvolvimento destas normas para uma categoria própria de responsabilização da pessoa jurídica.³⁰⁶

4.1 Da Capacidade de Ação da Empresa

A temática aqui proposta trata-se de uma análise doutrinal acerca dos critérios que determinam se a empresa possui capacidade de ação ou não. Se se fala em uma ação destinada a algum fim, indaga-se: De quem é esta ação ou

³⁰⁴ PACELLI, Eugenio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 211.

³⁰⁵ GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. p. 8; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias acesorias del art. 129 del Código Penal Español. In: GARCÍA CAVERO, Percy. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representantes**. Lima: Ara Editores. 2002. p. 173.

³⁰⁶ A título explicativo, nem todos os autores ora utilizados abordam acerca das três normas de imputação descritas, sendo que iremos nos ater aos seus fundamentos de acordo com as propostas efetuadas pelos próprios autores.

omissão? Dos diretores? Dos acionistas? Daqueles que detém o poder diretivo? Do empregado da empresa que pratica diretamente o ato lesivo? Da própria pessoa jurídica?

Isto ocorre pelo fato de que diversas condutas não podem tão somente serem vistas enquanto uma soma de atuações individuais, sendo que a análise da atuação dos sujeitos individuais envolvidos seria muito complexa e não poderia ser atribuída diretamente ao indivíduo.³⁰⁷

A ação, para a dogmática tradicional, então, contém necessariamente a ideia de capacidade de previsibilidade dos resultados, permitindo um desenvolvimento dos elementos subjetivos. Nesta noção, parte-se da finalidade daquilo que o agente perquire, orientando-se conscientemente através de uma atuação positiva ou negativa.³⁰⁸

Entretanto, quando na tentativa de compreender a ideia de ação a partir da empresa, severas críticas são fundamentadas para afastar qualquer capacidade de ação. Esta posição é adotada por Eugenio Raúl Zaffaroni³⁰⁹, ao entender que a problemática da responsabilidade da empresa seria uma questão de incapacidade de ação.

A crítica fundamenta-se principalmente na ausência de limites ônticos³¹⁰ que sustentam o desenvolvimento da racionalidade penal, referindo que a ação atribuída à empresa careceria de “uma substancia psíquica espiritual”³¹¹. Ainda, da ausência de ação, então, ter-se-iam alguns problemas, dentre eles, a ausência de legítima defesa contra ato daquele que não pratica uma conduta (empresa); a ausência de ação pela empresa acarretaria na transposição da responsabilidade diretamente ao

³⁰⁷ SEELMANN, Kurt. Punibilidad de la empresa: causas paradojas y consecuencias. In: GARCÍA CAVERO, Percy. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representantes**. Lima: Ara Editores. 2002. p. 37-38.

³⁰⁸ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. 11. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 39-41.

³⁰⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 426-428.

³¹⁰ Para HEIDEGGER, Martin. **Caminos del bosque**. Madrid: Alianza Editorial, 2010. p. 135: “A expressão ôntico, [...] significa aquilo que pertence ao ente” (Tradução nossa). Heidegger lança mão desta expressão para determinar aquilo que parte do fenômeno, e, portanto, descreve a percepção que pode ser vista.

³¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 427-428.

indivíduo; e em delitos que exigem a atuação de mais de uma pessoa, restaria prejudicada a atuação da pessoa jurídica por ausência de ação.³¹²

Um aspecto de relevância fora suscitado por Luis Gracia Martín, sobretudo quando identifica a pessoa como um “centro de imputação normativa de efeitos jurídicos”³¹³, do que resulta um sujeito que pratica uma ação e um sujeito capaz de receber os efeitos de uma imputação, que, no caso da pessoa jurídica, não coincidem. Trata-se de um entendimento calcado na necessidade de uma ação praticada por um indivíduo, cuja atribuição de responsabilidade deriva da transposição da ação humana à pessoa jurídica, sendo que os efeitos jurídicos do ato praticado seriam surtidos, então, a esta.

Para esta concepção, não haveria qualquer exercício de vontade, ou qualquer atitude na formação desta vontade por parte da pessoa jurídica, sendo que também ausente a finalidade da ação praticada. Este é o entendimento de Luis Gracia Martín:

Se a ação é concebida, como entendo, como exercício de atividade finalista e a omissão como a não realização de uma ação finalista, então é evidente que a pessoa jurídica carece de capacidade de ação no sentido do direito penal. Mas a mesma conclusão terá de se chegar mesmo quando se parta de uma concepção da ação como mera causação voluntária de um resultado, pois a exigência de que este seja causado precisamente por um ato voluntário implica uma vontade em sentido psicológico.³¹⁴

Ademais, mesmo se atribuindo objetivamente um fato à pessoa jurídica, o seu desvalor, que importaria ao Direito penal, ainda estaria intimamente ligado ao desvalor da ação e, conseqüentemente, vinculado à pessoa física, o que afastaria

³¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 429.

³¹³ GRACIA MARTÍN, Luis. La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. In: MIR PUIG, Santiago; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1996. p. 40. “centro de imputación normativa de efectos jurídicos” (Tradução Nossa).

³¹⁴ GRACIA MARTÍN, Luis. La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. In: MIR PUIG, Santiago; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1996. p. 41. “Si la acción es concebida, como yo entiendo, como ejercicio de actividad finalista y la omisión como no realización de una acción finalista, entonces es evidente que la persona jurídica carece de capacidad de acción en el sentido del Derecho penal. Pero a la misma conclusión habrá que llegar aun cuando se parta de una concepción de la acción como mera causación coluntaria de un resultado, pues la exigencia de que éste sea causado precisamente por un acto voluntario implica ya una voluntad en sentido psicológico” (Tradução Nossa).

qualquer responsabilidade da pessoa jurídica³¹⁵, sendo que a análise dos critérios de imputação não poderia ser realizada senão levando-se em consideração os aspectos inerentes àquele que atua.³¹⁶

Claus Roxin, da mesma forma, relata que a pessoa jurídica não produziria ações na forma do Direito penal, eis que:

[...] as falte una substancia psíquico-espiritual, não podem se manifestar a si mesmas. Somente 'órgãos' humanos podem atuar com eficácia para elas, mas então tem-se que penalizar aqueles e não a pessoa jurídica.³¹⁷

Com isso, a ação, para esta concepção, está ligada imprescindivelmente ao sujeito individual, à pessoa física que desempenha naturalisticamente a atividade corpórea. Este é o entendimento, dentre outros autores, além de Luis Gracia Martín, Eugenio Raúl Zaffaroni, de Miguel Reale Júnior³¹⁸.

Passar-se-á à análise dos modelos propostos por Klaus Tiedemann, Ernst Joachim Lampe, Laura del Carmen Zúñiga Rodríguez e Carlos Gómez-Jara Díez.

Tiedemann parte da ideia da ilicitude de um ato praticado pela pessoa jurídica, cuja capacidade dependeria exatamente da capacidade de celebrar, por exemplo, um contrato. O contrato celebrado poderia conter uma margem de ilicitude e, portanto, a empresa que firmou o contrato seria a responsável, mesmo que este fosse assinado por pessoa física por aquela designada. Faz-se, então, uma análise

³¹⁵ Para GRACIA MARTÍN, Luis. La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. In: MIR PUIG, Santiago; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1996. p. 43-44: “Dado que à pessoa jurídica falte, como já se disse, a capacidade de ação, e, portanto, de realizar ações típicas, o critério de imputação do fato objetivo à pessoa jurídica não pode ter características jurídico-penais senão que terá outra natureza, pois aquele não pode ser imputado a nenhuma ação da própria pessoa jurídica”. “Dado que a la persona jurídica le falta ya, como se há dicho, la capacidad de acción y, por tanto, la de realizar acciones típicas, el criterio de imputación del hecho objetivo a la persona jurídica no puede tener carácter jurídico-penal sino que tendrá otra naturaleza, pues auél no puede ser imputado a ninguna acción de la propia persona jurídica” (Tradução nossa).

³¹⁶ GRACIA MARTÍN, Luis. La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. In: MIR PUIG, Santiago; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1996. p. 41.

³¹⁷ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**, Madrid: Civitas. 1997. t. I: fundamentos, la estructura de la teoría del delito. p. 258. “[...] les falta una sustrancia psíquico-espiritual, no pueden manifestarse a sí mismas. Sólo 'órganos' humanos pueden actuar con eficacia para ellas, pero entonces hay que penar aquéllos y no a la persona jurídica” (Tradução nossa).

³¹⁸ JÚNIOR, Miguel Reale. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luis Régis. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 138.

para além da ação naturalística, evocando os fundamentos funcionais de uma infração praticada no âmbito empresarial:

[...] mais que a ação física é a violação das medidas e expectativas normativas que importa para imputar um resultado nocivo a um autor (pessoa física ou moral). [...] Tudo isto independentemente da disputa histórica sobre a natureza fictícia ou real da pessoa moral. É somente um dogma a afirmação de que, em direito penal, as ações são somente ações humanas. A ação de uma empresa também é ação na realidade jurídica.³¹⁹

Note-se que Tiedemann transpassa a ideia tradicional da adoção de uma ação, enquanto conduta, pela pessoa física e conseqüente irresponsabilização da pessoa jurídica, percebendo a partir do conceito normativo que os fundamentos se calcam na ideia de ruptura com as expectativas normativas.³²⁰

A ligação exata, para Tiedemann, entre a conduta praticada pelo sujeito individual no interior da empresa e a praticada pela própria empresa traduziria-se pela omissão desta em tomar medidas para assegurar um que as ações cometidas em seu interior estariam afastadas da prática delituosa:

Os fatos individuais (fatos de conexão) se consideram delitos da associação porque e enquanto a associação – através de seus órgãos ou representantes – tenha omitido tomar as medidas de segurança necessárias para assegurar um funcionamento empresarial não delitivo.³²¹

³¹⁹ TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de las personas juridicas. **Anuario de derecho penal**. Université de Fribourg, p. 97-125, nº 7, 1996. p. 115. Disponível em <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_07.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2016. “Lo que se comprende si se tiene en cuenta que, con relación a estas infracciones, más que la acción física, es la violación de las medidas y expectativas normativas la que importa para imputar un resultado nocivo a un autor (persona física o moral). [...]. Todo esto independientemente de la disputa histórica sobre la naturaleza ficticia o real de la persona moral. Es únicamente un dogma la afirmación que, en el derecho penal, las acciones son solamente acciones humanas. La acción de una empresa también es acción en la realidad jurídica.” (Tradução nossa).

³²⁰ TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de las personas juridicas. **Anuario de derecho penal**. Université de Fribourg, p. 97-125, nº 7, 1996. p. 115. Disponível em <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_07.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2016.

³²¹ TIEDEMANN, Klaus. Die ‘bewußung von unternehmen nach dem 2. gesetz zur bekämpfung der wirtschaftskriminalität apud GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **La culpabilidad penal de la empresa**. Barcelona: Marcial Pons, 2005. p. 152. “[...] los hechos individuales (hechos de conexión) se consideran delitos de la asociación porque y em tanto que la asociación – a través de sus órganos o representantes – ha omitido tomar las medidas de seguridad necesarias para asegurar un funcionamiento empresarial no delictivo” (Tradução nossa).

Note-se que a perspectiva abordada ainda estabelece um liame direto com a pessoa física ou o órgão interno à empresa, eis que seriam estes os responsáveis por adotarem as respectivas medidas de proteção.³²²

A tentativa de Tiedemann, neste caso, é recepcionada pela doutrina³²³ enquanto uma forma de responsabilidade objetiva, principalmente por estar, a ação da empresa, desconectada do fato praticado e por entender que a omissão seja realizada em momento antecedente a prática do fato delituoso pela pessoa interna à empresa.

A par das teorias trazidas à tona, parte da doutrina³²⁴ entende que a busca pela atribuição de uma ação à empresa encontra respostas na própria empresa e não nos atos derivados da pessoa física. Disso, surgem modelos que buscam suprir as necessidades dogmáticas do conceito de ação, enquanto transferida para a zona de responsabilização da pessoa jurídica.

O desenvolvimento de teorias baseadas em um ideal de ação praticada pela própria empresa calca-se em uma ideia diversa de construir a teoria do delito, sobretudo pelo fato de que se passa a afastar-se dos pressupostos ontológicos que fundamentam a relação com o sistema para permitir uma visão normativa, compreendendo o delito enquanto construção humana desenvolvida em sociedade.³²⁵

O próprio conceito de pessoa é modificado³²⁶, passando a ser considerado normativamente e não mais atrelado aos aspectos constitutivos naturais do ser

³²² LAMPE, Ernst Joachim. Injusto del sistema y sistemas de injusto. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Ed.) **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2008. (Livro Eletrônico). p. 135.

³²³ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **La culpabilidad penal de la empresa**. Barcelona: Marcial Pons, 2005. p. 152-153.

³²⁴ É o caso de: LAMPE, Ernst Joachim. Injusto del sistema y sistemas de injusto. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2008. (Livro Eletrônico); GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. El modelo construtivista de autorresponsabilidad penal empresarial. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: Propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. (Livro eletrônico).

³²⁵ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis *et al.* **Responsabilização por ilícitos praticados no âmbito de pessoas jurídicas** – uma contribuição para o debate público brasileiro. Série pensando o direito, Brasília, nº 18, 2009. Disponível em <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/18Pensando_Direito3.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2016. p. 27.

³²⁶ Para BARRETO, Ricardo de Macedo Menna. Da personalidade à pessoa: uma observação da sociedade e do direito a partir das teorias sistêmicas de talcott parsons e niklas luhmann. **Revista do programa de pós-graduação em sociologia da usp (plural)**, São Paulo, v.19.1, p.49-71, 2012. p. 50: “Para a teoria jurídica contemporânea, tais conceitos se tornaram particularmente problemáticos, uma vez que se encontram assentados em bases ontológicas, incapazes de fornecer

humano, mas, sim à percepção jurídica e normativa do que vem a ser o direito. Niklas Luhmann descreve, a partir da perspectiva de observação, que o próprio Direito – e tão somente ele – possui o condão de descrever os limites de seus conceitos. Para Luhmann, “o próprio direito determina quais são os limites do direito. O direito mesmo determina, portanto, o que pertence ao direito e o que não pertence”³²⁷, sendo que o próprio conceito de normatização jurídica é destinado ao âmbito jurídico.

Com base em uma perspectiva sistêmica, Lampe busca explicar a ação praticada pela empresa a partir da ideia de “sistemas de injusto”³²⁸, sendo que amplifica o conceito e o diferencia das ações individuais praticadas no âmbito da empresa. Se um empregado de uma empresa, possuído por uma ira em razão de ter sido despedido, abre uma válvula de contenção de dejetos da empresa que trabalha, contaminando uma água de um rio, este produziria um dano da mesma maneira que um indivíduo que ameaçasse explodir uma cidade com uma bomba, ou seja, sem qualquer ligação com a empresa. O indivíduo, que certamente ignorou normas de segurança, não teria agido de forma sistêmica no interior da atividade empresarial.³²⁹

Diferentemente seria se esta prática delituosa estivesse atrelada à má organização da empresa, havendo ambas as dimensões, tanto individual, quanto a sistêmica.³³⁰ A proposta de Lampe, então, é:

[...] considerar como causa do resultado do injusto não somente a ação (individual) senão também a existência (sistêmica) de uma

um aparato conceitual que possa ser operacionalizado sistemicamente, ante a crescente complexidade social”.

³²⁷ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad** (das recht der gesellschaft). [S.l.], 2013, p. 07. Disponível em: <http://lkservicios.com/maestria-2013-1/descargas/517derecho_luhmann.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2016. “el derecho mismo determina cuáles son los límites del derecho. El derecho mismo determina, por lo tanto, qué es lo que pertenece al derecho y qué es lo que no. Isto também se refere ao conceito de pessoa” (Tradução Nossa).

³²⁸ Para LAMPE, Ernst Joachim. Injusto del sistema y sistemas de injusto. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2008. (Livro Eletrônico). p. 79, mais precisamente os termos literais utilizados pelo autor são “A definição reza como segue: os sistemas de injusto jurídico penais são as relações entre indivíduos com fins injustos”. “La definición reza como sigue: los sistemas de injusto jurídico-penales son las relaciones entre individuos organizadas hacia fines injustos” (Tradução nossa).

³²⁹ Este exemplo é do próprio LAMPE, Ernst Joachim. Injusto del sistema y sistemas de injusto. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2008. (Livro Eletrônico). p. 106.

³³⁰ LAMPE, Ernst Joachim. Injusto del sistema y sistemas de injusto. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2008. (Livro Eletrônico). p. 106.

estrutura social; o fato [...] de que exista um sistema assim, significa [...] um perigo suficiente para vincular a ela uma pena. [...] Portanto, os sistemas de injusto possuem um carácter de injusto como tais, isto é, como motivos de sua própria existência.³³¹

Note-se que para esta teoria a capacidade de ação é substituída pela capacidade de organização, sendo que a sociedade demandaria esta organização tanto para a pessoa física quanto para a pessoa jurídica. É dizer que “uma pessoa social pode ou não realizar sua capacidade de agir ou de organização, ou fazê-lo de maneira deficitária, em um entorno social que demanda sua realização”³³².

Zúñiga Rodriguez, compreende que a conduta da empresa se consubstancia pela criação de uma situação de perigo que conduza ao resultado típico. Neste caso, não se tratariam de condutas humanas, mas em relação a própria empresa. Nesse sentido:

Em primeiro lugar, a conduta organizacional deve constituir na criação de um perigo desaprovado que conduza ao resultado típico. Isto é, a organização deve ter criado o risco para o bem jurídico por ação ou omissão organizacional. É dizer, por condutas ativas ou omissivas evitáveis da organização. Claro que estas condutas não são humanas no sentido de uma pessoa física.³³³

A par destas teorias, faz-se necessário analisar a teoria de Gómez-Jara Díez, que, com base na matriz teórica proposta pelo modelo construtivista, entende que a ação se remonta no conceito de *fato empresarial*. Há, então, um distanciamento de abordagem dos critérios ontológicos pré-existentes, outrora identificados com a

³³¹ LAMPE, Ernst Joachim. Strafrechtsphilosophie: Studien zur Strafrechtlichkeit. *apud* GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. El nuevo artículo 31.2 del código penal: cuestiones de ‘lege lata’ y de ‘lege ferenda’. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. (Livro Eletrónico). p. 579. “[...] considerar como causa del resultado de injusto no sólo la acción (individual) sino también la existencia (sistémica) de una estructura social; el hecho [...] de que exista un sistema así, significa [...] un peligro suficiente para vincular a ello una pena [...]. Por lo tanto, los sistemas de injusto poseen un carácter de injusto como tales, esto es, con motivo de su propia existencia” (Tradução Nossa).

³³² LAMPE, Ernst Joachim. FS-Hirsch *apud* GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 31.

³³³ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura del Carmen. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Navarra: Aranzadi, 2009. p. 321. “En primer lugar, la conducta organizacional debe constituir en la creación de un peligro desaprovado que conduzca al resultado típico. Esto es, la organización debe haber creado el riesgo para el bien jurídico por acción o omisión organizacional. Claro está que estas conductas no son conductas humanas en el sentido de una persona física” (Tradução nossa).

pessoa física, eis que a epistemologia construtivista não adota qualquer medida que esteja baseada em uma ligação naturalística com o meio.³³⁴

Com isso, a noção de *fato empresarial* repousa na obrigatoriedade de um âmbito de organização próprio, com liberdade auto-organizativa e de autoadministração, sendo que a capacidade de organização interna, derivada de uma mínima complexidade, que também está presente nas pessoas físicas – como no caso da imputabilidade – que é o fundamento primordial da substituição da capacidade de agir pela capacidade de auto-organização. Neste sentido:

[...] o sistema organizativo empresarial – assim como para as pessoas físicas – começa a desenvolver com o tempo uma complexidade interna transformando-se em uma capacidade de auto-organização, autodeterminação e autocondução tal, que passa a ser lógico – e necessário – atribuir à empresa certa competência sobre seu âmbito de organização. [...] Pode-se afirmar que a capacidade de agir se vê assim substituída por uma capacidade de organização.³³⁵

É possível verificar que as teorias propostas por Tiedemann, Lampe, Zúñiga Rodriguez e Gómez-Jara Díez buscam fundamentar o que vem a ser a conduta praticada pela empresa em diversas perspectivas, enquanto o analisam a partir da complexidade de sua organização interna.

Não é possível afirmar a existência de um conceito pacífico de ação para a empresa, senão diversas perspectivas que, inclusive, levam em consideração matrizes teóricas diversas para que sejam explicadas.

4.2 Da Tipicidade Subjetiva

A segunda norma de imputação que também merece ser abordada refere-se à própria atribuição de um elemento construído de forma inerente ao sujeito, à sua “subjetividade” quando do ato praticado.

Os sistemas que desenvolveram a ideia do dolo e da culpa ao longo da dogmática penal passaram alocar estes elementos tanto na culpabilidade como na

³³⁴ GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. p. 43.

³³⁵ GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. p. 32.

tipicidade. Contudo, esta análise não será abordada, motivo pelo qual nos limitaremos a alguns dos fundamentos do instituto.

Em primeiro lugar, é imprescindível para uma teoria do delito que busque imputar um fato delituoso a uma pessoa e, assim, aplicar-lhe uma sanção, compreender que a exigência de dolo ou culpa deriva da concepção do Direito Romano³³⁶, sendo que, então, a análise exigiria mais do que mera responsabilidade pelo resultado, passando a entender que, para a prática do delito a situação deve ser, também, culpável³³⁷, o que será tratado adiante.

A construção do conceito de dolo ou culpa desenvolveu-se a partir de critérios ontológicos, baseadas na ideia do ser no mundo³³⁸, sendo que sua caracterização coloca como epicentro os elementos volitivos³³⁹.

Para o conceito de dolo, então, tem-se a necessidade dos elementos volitivos, que fundamentam a decisão realizada pelo indivíduo no momento do fato. Desta decisão em favor do injusto, Claus Roxin³⁴⁰ entende que o dolo engloba dois elementos, que irão determinar os limites do elemento subjetivo, quais sejam, o intelectual (saber), derivado da consciência, e o volitivo (querer), derivado da vontade.

Já a conceituação de culpa, deriva exatamente de uma infração à norma de cuidado, enquanto o sujeito deixe de observar o cuidado que lhe era devido em

³³⁶ Conforme JESCHECK, Hans-Hainrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. 4. ed. Granada: Editorial Comares. 1993. p. 263: “[...] o famoso escrito do Imperador Adriano (117-138) ‘in maleficiis voluntas spectatur, non exitus’”. “[...] el famoso rescripto del Emperador Adriano (117-138) ‘in maleficiis voluntas spectatur, non exitus’”(Tradução nossa).

³³⁷ DÍAZ-ARANDA, Enrique. **Dolo**: causalismo – finalismo-funcionalismo y la reforma penal em méxico. México: Editorial Porrúa, 2000. p. 05.

³³⁸ HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. t. 43. Nº 3. p. 909-932, 1990. p. 913.

³³⁹ HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. t. 43. Nº 3. p. 909-932, 1990. p. 913. “Para o dolo, os elementos que caracterizam esta especial relação do delinquente doloso com a norma são irrenunciáveis (dada a maior gravidade de sua incriminação): o sujeito deve não somente «possuir» a informação sobre o perigo para o bem jurídico, senão também «aceita-la», «admiti-la», fazê-la o fundamento de «sua» ação e isto significa «quere-la». Uma «decisão» a favor do fato injusto, sua «suposição pessoal» não é meramente um feito calculável, senão algo existencial, um ato de autoafirmação frente ao mundo”. “Para el dolo, los elementos que caracterizan esta especial relación del delincuente doloso con la norma son irrenunciables (dada la mayor gravedad de su incriminación): el sujeto debe no sólo «poseer» la información sobre el peligro para el bien juridico, sino «aceptarla», «admitirla», hacerla el fundamento de «su» acción y esto significa «quererla». Una «decisión» a favor del hecho injusto, su «asunción personal» no es meramente un suceso calculable sino algo existencial, un acto de autoafirmación frente al mundo.” (Tradução nossa).

³⁴⁰ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Civitas, 1997. t. I: fundamentos, la estructura de la teoria del delito. p. 415-416.

determinada situação.³⁴¹ Trata-se de elemento diverso do dolo, não sendo sua forma atenuada, porquanto as consequências sejam, ao passo que não possui o elemento “vontade” dirigido ao resultado³⁴², mas a conduta praticada contraria o ordenamento jurídico por uma falta de atenção.³⁴³

O elemento da culpa, então, não depende tão somente da produção do resultado, mas depende de uma valoração em relação à sua previsibilidade, estando no núcleo do tipo a divergência entre a conduta praticada e a que a legislação exige que seja praticada em observância ao dever de cuidado e que deveria ser observada ou que qualquer pessoa em seu lugar teria observado.³⁴⁴

No Brasil, alguns autores colocam em evidência a própria possibilidade de desenvolvimento de uma tipicidade subjetiva no âmbito da atividade empresarial, dentre eles Ataides Kist³⁴⁵, Luiz Regis Prado³⁴⁶, Miguel Reale Junior³⁴⁷ e René Ariel Dotti³⁴⁸.

Cezar Roberto Bitencourt refere que, com a ausência dos elementos que compõem a ação, seria impossível compreender uma responsabilidade penal da pessoa jurídica, até porque a ausência de dolo ou culpa conduziria o instituto a uma aplicação através da responsabilidade objetiva:

³⁴¹ JAKOBS, Gunther. **Derecho penal: parte general – fundamentos y teoría de la imputación**. 2. ed. Madrid: Marical Pons, 1997. p. 268.

³⁴² Para KREBS, Pedro. **Teoria jurídica do delito: noções introdutórias tipicidade objetiva e subjetiva**. 2. ed. Barueri: Manole, 2006. p. 176: “Na parte subjetiva, nota-se que a mesma existe apenas no tocante à vontade de praticar a conduta, e não de chegar ao resultado”.

³⁴³ JESCHECK, Hans-Hainrich. **Tratado de derecho penal: parte general**. 4. ed. Granada: Editorial Comares. 1993. p. 511.

³⁴⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARAN, Mercedes. **Derecho penal: parte general**. Valência: Tirant Lo Blanch, 1993. 549 p.

³⁴⁵ Com ideia fechada a qualquer entendimento que supere o paradigma individual: KIST, Ataides. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Editora de direito, 1999. p. 93-94.

³⁴⁶ Para PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações In: PRADO, Luis Régis. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 105: “Insistir na não rara fusão – organicista – entre pessoa jurídica e pessoa física, sob a alegação de que, por exemplo, têm a mesma ou similar vontade, ‘é navegar plenas velas no mar da fantasia’. Com efeito, é sempre em relação à pessoa física que se tem em vista a pessoa jurídica, que busca desesperadamente encontrar entre elas convergências inexistentes. Só se assemelham enquanto unidade de eficácia normativa, enquanto fator ativo do acontecer social”.

³⁴⁷ JÚNIOR, Miguel Reale. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luis Régis. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 138: “[...] se é uma decisão em que existe um querer, e um querer valorativo, vê-se que a pessoa jurídica não tem essa capacidade do querer dotado dessa postura axiológica negativa”.

³⁴⁸ DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do direito brasileiro. In: PRADO, Luis Régis. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

Enfim, sem estes dois elementos – consciência e vontade - exclusivos da pessoa natural, é impossível se falar, tecnicamente, em ação, que é o primeiro elemento estrutural do crime. A menos que se pretenda destruir o Direito Penal e partir, assumidamente, para a responsabilidade objetiva. Mas para isso – adoção da responsabilidade objetiva - não é preciso suprimir essa conquista histórica da civilização contemporânea, o Direito Penal como meio de controle social formalizado, na medida que existem tantos outros ramos do direito, com menores exigências garantistas e que podem ser muito mais eficazes e funcionais que o Direito Penal, dispondo de um arsenal de sanções avassaladoras da pessoa jurídica, algumas até extremistas, como, por exemplo, a decretação da extinção da corporação que, em outros termos, equivaleria à pena de morte da empresa, algo inadmissível no âmbito do Direito Penal da culpabilidade.³⁴⁹

No mesmo sentido, Luis Gracia Martín³⁵⁰ suscita que a voluntariedade, exigida pelos elementos subjetivos, implicaria obrigatoriamente em uma vontade no sentido psicológico, sendo que, mesmo que a ação seja praticada em nome da empresa, estar-se-ia arraigado à conceituação de sujeito enquanto inerente ao paradigma individual, conforme analisado no tópico anterior.

Permite-se adentrar a uma análise enquanto da percepção do elemento subjetivo em uma atuação do Judiciário brasileiro, que demonstra a necessária abordagem do presente tema, a fim de evitar qualquer julgamento que constate elementos subjetivos como sendo aqueles inerentes tão somente às pessoas físicas que agiriam em nome da empresa.

Note-se que, em um primeiro momento, havia a tendência de determinar a dupla imputação nos delitos em que há a atribuição da responsabilidade da pessoa jurídica, em evidente relação com uma teoria baseada em fato alheio. É dizer que a posição da jurisprudência brasileira do Superior Tribunal de Justiça³⁵¹ determinava a necessária condenação da pessoa física para que a pessoa jurídica pudesse ser imputada do delito. Este liame era verificado exatamente a partir dos elementos

³⁴⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Considerações penais sobre pessoa jurídica**. [S.l., 2016?]. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/10870-10870-1-PB.htm#_ftn12>. Acesso em: 10 dez. 2016.

³⁵⁰ GRACIA MARTÍN, Luis. La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. In: MIR PUIG, Santiago; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1996. p. 44.

³⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 564.960**. 5ª Turma. Relator Gilson Dipp. Recorrente Ministério Público de Santa Catarina. Recorrido Auto Posto 1270 Ltda. Brasília, DF. Julgado em: 02 jun. 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=554040&num_registro=200301073684&data=20050613&formato=PDF>. Acesso em: 10 dez. 2016.

subjetivos, resultando na necessidade de persecução em relação à pessoa física.

Transcreve-se trecho do voto:

Disso decorre que a pessoa jurídica, repita-se, só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral, conforme o art. 3º da Lei 9.605/98. Luís Paulo Sirvinskas ressalta que 'de qualquer modo, a pessoa jurídica deve ser beneficiária direta ou indiretamente pela conduta praticada por decisão do seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado.' Essa atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa. Porém, tendo participado do evento delituoso, todos os envolvidos serão responsabilizados na medida de sua culpabilidade.³⁵²

Na transposição do elemento volitivo do sujeito individual à pessoa jurídica, fazia-se necessário o duplo processamento e julgamento dos envolvidos, sendo que a absolvição da pessoa física, em sendo afastado o dolo, afastaria, da mesma forma, a responsabilidade penal da pessoa jurídica³⁵³. Este entendimento também já fora pauta de julgamento no Superior Tribunal de Justiça, cujo trecho do voto se transcreve:

Em relação ao segundo tópico, admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que 'não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio'.³⁵⁴

³⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 564.960**. 5ª Turma. Relator Gilson Dipp. Recorrente Ministério Público de Santa Catarina. Recorrido Auto Posto 1270 Ltda. Brasília, DF. Julgado em: 02 jun. 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=554040&num_registro=200301073684&data=20050613&formato=PDF>. Acesso em: 10 dez. 2016.

³⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário em mandado de segurança nº 16.696**. 6ª Turma. Relator Ministro Hamilton Carvalhido. Recorrente Petróleo Brasileiro S A Petrobrás, Recorrido Juízo Federal da 2ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado do Paraná. Brasília, DF. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2237356&num_registro=200301136144&data=20060313&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 10 dez. 2016.

³⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário em habeas corpus nº 19.119**. 5ª Turma. Relator Ministro Felix Fischer. Recorrente João Batista Macedo da Silva e Igreja Universal do Reino de Deus. Recorrido Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Brasília, DF. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2513004&num_registro=200600426901&data=20060904&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 10 dez. 2016.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal mudou o entendimento que, consoante visto, outrora se adotava, sendo prescindível que a pessoa física fosse processada para que se pudesse apurar o crime praticado pela pessoa jurídica, em virtude do que está disposto na própria égide constitucional.³⁵⁵

Contudo, a fundamentação da própria decisão não depreende os elementos de vontade e consciência, sendo que não é feita uma correlação destes com fundamentos voltados para a pessoa jurídica. É no próprio teor do voto que a adoção se restringe a verificação de que tenha havido uma decisão por parte de alguma pessoa ou órgão da empresa em favor do ilícito e que este seja praticado em virtude da pessoa jurídica. Transcreve-se trecho do voto:

Por esses motivos, a Constituição Federal de 1988 (art. 225, § 3º) permite a apenação da pessoa jurídica sem que, necessariamente, se atribua o mesmo fato delituoso à pessoa física, bastando que fique demonstrado que o ilícito decorreu de deliberações ou atos cometidos por indivíduos ou órgãos vinculados à empresa, no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, enquanto comportamentos aceitos pela pessoa jurídica, concernentes à sua atuação social ordinária; e ainda que tal atuação tenha se realizado no interesse ou em benefício da entidade coletiva.³⁵⁶

Entretanto, qual seria a própria definição dos elementos volitivos? Do voto que conduziu o julgamento supracitado não se depreende uma conceituação clara. Não se pode sequer verificar qual seria o comportamento que seria aceito pela pessoa jurídica, tampouco a matriz teórica que o subsidia.

Desta forma, faz-se necessária a busca de critérios para que se estabeleça onde se encontra o elemento subjetivo nos crimes praticados pelas empresas, sendo que alguns referenciais são encontrados nos autores que entendem por um modelo de atribuição de responsabilidade a partir de fato praticado pela própria empresa.

³⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 548.181**. Recorrente Ministério Público Federal. Recorrido: Petróleo Brasileiro S/A - Petrobrás. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 06 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7087018>>. Acesso em: 10 dez. 2016. "Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental".

³⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 548.181**. Recorrente Ministério Público Federal. Recorrido: Petróleo Brasileiro S/A - Petrobrás. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 06 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7087018>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

A partir dessa perspectiva, Laura del Carmen Zúñiga Rodríguez³⁵⁷ parte da ideia de que os elementos subjetivos que deveriam ser levados em consideração são os referentes ao fato praticado pela própria empresa, em contrapartida àqueles que atuam em nome da empresa.

Dessa forma, seria impossível transpor os elementos de dolo e culpa para a empresa na forma em que foram produzidos ao indivíduo, sendo que seria muito difícil equipará-los. A vontade da empresa normalmente é expressada pelos órgãos que atuam em nome dela e encontrar-se-iam dificuldades quando da identificação de uma vontade, dada a organização hierárquica, não se podendo verificar um centro para a decisão tomada.³⁵⁸

Partindo da premissa de que o dolo se constitui, conforme já referido acima, pela vontade e pela consciência, a perspectiva da vontade passa a ser deixada em segundo plano, abordando-se somente a consciência e voltando-a, no caso das pessoas jurídicas para uma “consciência do risco para os bens jurídicos”³⁵⁹.

Se a consciência, no caso do dolo, é a capacidade do sujeito que age de saber que sua ação poderá produzir um resultado que coloque em perigo um bem jurídico tutelado, passa-se a compreendê-lo enquanto “a consciência do risco direto e imediato que a ação implica para a integralidade do bem jurídico”³⁶⁰. Desta forma, para esta perspectiva, pelo fato de que a vontade (querer) não seria verificável na maioria dos casos, o dolo caracterizaria-se pelo conhecimento (consciência) dos riscos concretos aos bens jurídicos tutelados.³⁶¹

Ademais, não se trata de identificar um conhecimento coletivo, eis que não se trata da soma de conhecimentos entre as pessoas que compõem a empresa, mas, sim, um problema na própria organização da empresa. A diferença entre o dolo e

³⁵⁷ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura del Carmen. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Navarra: Aranzadi. 2009. p. 362.

³⁵⁸ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura del Carmen. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Navarra: Aranzadi. 2009. p. 362.

³⁵⁹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura del Carmen. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Navarra: Aranzadi. 2009. p. 327.

³⁶⁰ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura del Carmen. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Navarra: Aranzadi. 2009. p. 327. “la conciencia del riesgo directo e inmediato que la acción implica para la integralidade del bien jurídico”.

³⁶¹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura del Carmen. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Navarra: Aranzadi. 2009. p. 327-328.

culpa, neste caso, estaria intimamente ligada ao grau de periculosidade do fato praticado, não guardando relação com o autor do fato.³⁶²

Assim, para esta perspectiva, a empresa não tem o conhecimento do risco da lesão aos bens jurídicos e deveria tê-lo (sendo vencível, evitável). Logo, detém o elemento subjetivo, que seria determinado, entre dolo e culpa, a partir do grau de periculosidade que o ato praticado teria.³⁶³

Para Ernst Joachim Lampe, uma atividade dolosa seria encontrada enquanto compreenderia que a constituição da pessoa jurídica teria de ter uma “finalidade que contradiz o ordenamento jurídico”³⁶⁴, o que seria relativo às organizações criminais. À pessoa jurídica, constituída legalmente, com finalidade precípua lícita, teria uma “falta de cuidado”³⁶⁵, o que seria traduzido pelo elemento da culpa, sobretudo quando “uma filosofia empresarial criminógena pressupõe o bem da empresa ao bem da generalidade ou de terceiros”³⁶⁶

Para Günter Heine³⁶⁷, a análise se assemelha. O resultado externo produzido não decorre da vontade de algum sujeito interno à empresa, mas, sim, como resultado de uma acumulação dos procedimentos de decisão internos à empresa, com base no conhecimento que todas as empresas devem ter acerca dos perigos de determinada prática.

Esta questão é desenvolvida no fato de que a empresa detém o dever de controle destes riscos, mediante seu próprio controle e não mediante o controle por

³⁶² ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura del Carmen. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Navarra: Aranzadi. 2009. p. 329.

³⁶³ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura del Carmen. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Navarra: Aranzadi. 2009. p. 328. Pensemos no exemplo da empresa que despeja dejetos em um rio. Esta deveria ter conhecimento do risco ambiental que esta situação geraria, sendo que o teor entre dolo e culpa seria medido pelo potencial do risco praticado.

³⁶⁴ LAMPE, Ernst Joachim. Injusto del sistema y sistemas de injusto. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2008. (Livro Eletrônico). p. 102. “fin que contradice el ordenamiento jurídico” (Tradução nossa).

³⁶⁵ LAMPE, Ernst Joachim. Injusto del sistema y sistemas de injusto. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2008. (Livro Eletrônico). p. 102. “falta de cuidado” (Tradução nossa).

³⁶⁶ LAMPE, Ernst Joachim. Injusto del sistema y sistemas de injusto. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2008. (Livro Eletrônico). p. 102. “[...] una filosofía empresarial criminógena antepone el bien de la empresa al bien de la generalidade o de terceros” (Tradução nossa).

³⁶⁷ HEINE, Günter. Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originaria de la empresa. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2008. (Livro Eletrônico). p. 53-54.

parte do Estado, sendo que é este déficit de controle interno³⁶⁸, conjuntamente com a materialização de um perigo, como um dano ao meio ambiente, que constituem requisitos de fato empresarial imputável. Logicamente estes fatores se distanciam completamente da perspectiva de individualização de um membro da empresa, eis que não se exige o conhecimento individual da pessoa acerca de todos os riscos que a empresa poderia gerar³⁶⁹.

O dolo, então, não se estabelece por um conhecimento real dos indivíduos que compõem a empresa, senão intimamente ligado com critérios sociais, pelo conhecimento que os seus próprios setores (como o setor jurídico e de segurança) teriam acerca dos riscos praticados, intimamente ligado àquele conhecimento que qualquer empresa poderia ter acerca do risco.³⁷⁰ Ademais, quanto à cisão entre dolo e culpa, este autor não desenvolve a teoria a partir da culpa, mas, tão somente em relação ao dolo empresarial.

Já para Carlos Gómez-Jara Díez, a partir do modelo construtivista, a proposta também segue a linha de raciocínio estabelecida por Zúñiga Rodríguez e Heine, no sentido de normativizar o elemento subjetivo – afastando-o da abordagem da vontade e atribuindo uma consciência em relação aos riscos da atividade empresarial.³⁷¹

Ademais, Gómez-Jara Díez procura estabelecer, também como as propostas anteriores, uma relação com a capacidade de organização interna das empresas,

³⁶⁸ HEINE, Günter. La responsabilidad penal de las empresas: evolucion internacional y consecuencias nacionales. **Anuario de derecho penal**. Université de Fribourg, p. 19-45, nº 6, 1996. p. 21-22. Disponível em <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_04.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2016. p. 43.

³⁶⁹ Para HEINE, Günter. Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originaria de la empresa. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporâneas**. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2008. (Livro Eletrônico). p. 54: "Nesse sentido, os elementos subjetivos não se estabelecem sequer no direito penal individual como conhecimentos reais do autor, senão são atribuídos conforme representações sociais". "En este sentido, los elementos subjetivos no se establecen siquiera em el derecho penal individual como conocimientos reales del autor sino que se adcriben conforme a representaciones sociales" (Tradução nossa).

³⁷⁰ HEINE, Günter. Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originaria de la empresa. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporâneas**. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2008. (Livro Eletrônico). p. 54.

³⁷¹ GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. p. 48.

sendo que repousaria nesta espécie o conhecimento dos meios organizativos internos, um conhecimento coletivo³⁷².

Entretanto, como o viés do modelo construtivista parte de uma análise sistêmica do próprio Direito enquanto sistema autopoietico³⁷³, os elementos subjetivos são uma construção normativa, eis que não adentram nos demais sistemas, como o humano (sistema psíquico) e o empresarial (sistema organizativo), sendo determinados pelas comunicações jurídico-penais.³⁷⁴ É dizer que a própria construção de um conceito de dolo se dá, no âmbito do sistema jurídico, sem qualquer relação com os sujeitos que o desempenham, mas a partir da percepção de como o conhecimento é produzido dentro da empresa.³⁷⁵

Dessa forma, o dolo das empresas poderia ser identificado enquanto o conhecimento organizativo que a própria empresa detém do risco concreto que a atividade empresarial desempenha, que, no caso dos crimes de resultado, se realiza com o resultado típico³⁷⁶ previsto na norma penal incriminadora.

³⁷² GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. El modelo construtivista de autorresponsabilidad penal empresarial. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: Propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. (Livro eletrônico). p. 195.

³⁷³ Para CORSI, Giancarlo *et al.* **Glosario sobre la teoría social de niklas luhmann**. Guadalajara: Editorial Anthropos, 1996. p. 34: “A introdução do conceito de autopoiesis tem significado um progresso decisivo a respeito das problemáticas das auto-organizações: enquanto que para estas últimas a autorreferência do sistema se limitava à capacidade de constituir e modificar autonomamente as estruturas próprias, agora se pode afirmar que o sistema opera também autonomamente na mesma constituição dos próprios elementos e, portanto, que tudo aquilo que se apresenta no sistema (elementos, processos, estruturas e o sistema mesmo) se gera de maneira interna”. “La introducción del concepto de autopoiesis ha significado un progreso decisivo respecto a las problemáticas de las autoorganizaciones: mientras que para estas últimas la autorreferencia del sistema [...] se limitaba a la capacidad de constituir y modificar autónomamente las estructuras propias, ahora puede afirmarse que el sistema opera también autónomamente en la misma constitución de los propios elementos y portanto, que todo aquello que se presenta en el sistema (elementos, procesos, estructuras y el sistema mismo) se genera de manera interna” (Tradução nossa).

³⁷⁴ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. p. 47-48.

³⁷⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. El modelo construtivista de autorresponsabilidad penal empresarial. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: Propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. (Livro eletrônico). p. 224.

³⁷⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. p. 48.

Esta teoria também conta com críticas³⁷⁷, que entendem que não haveria como romper com uma concepção psicológica dos elementos subjetivos, compreendendo ser impossível que se estabeleça este critério.

Assim sendo, permite-se verificar que as perspectivas de Zúñiga Rodrigues, Heine e Gómez-Jara Díez poderiam subsidiar a atribuição de responsabilidade à pessoa jurídica a partir da construção do que vem a ser o conceito de dolo, o que demonstra o necessário debate acerca da temática proposta, de modo a permitir que sejam realizados julgamentos, em sede do Judiciário, de acordo com os parâmetros propostos pela construção de uma tipicidade subjetiva.

4.3 Da Culpabilidade da Empresa

Não restam dúvidas de que a responsabilidade da pessoa jurídica encontra seus maiores desafios quando da adequação da culpabilidade à empresa, sendo o ponto mais controvertido³⁷⁸. Para tanto, passamos à análise do elemento da culpabilidade, a fim de verificar a viabilidade de uma transposição à responsabilidade penal da própria pessoa jurídica.

O elemento da culpabilidade, então, como desenvolvido atualmente, resta por diferir da ideia clássica de vínculo psicológico existente (dolo ou culpa)³⁷⁹, sendo que tais elementos foram movidos para a tipicidade subjetiva³⁸⁰.

³⁷⁷ VAN WEEZEL, Alex. *Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. **Política criminal**. v. 5, nº 9, jul/2010, p. 114-142, Santiago de Chile, 2010. Disponível em: <http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A3.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2016. p. 132. “A imputação de dolo ou culpa à pessoa jurídica somente resulta possível mediante uma transposição da pessoa natural que encarna o órgão competente, o que não é compatível com o princípio da culpabilidade. Para chegar a esta conclusão não faz falta manter uma concepção ‘psicologista’ do dolo e da culpa, pois a normativização da imputação subjetiva nunca pode esquecer que ela é inevitabilidade individual. Um dolo ou uma culpa “objetivos não derrem para nada”. La imputación de dolo o culpa a la persona jurídica sólo resulta posible mediante un trasiego desde la persona natural que encarna el órgano competente, lo que no es compatible con el principio de culpabilidad. Para llegar a esta conclusión no hace falta mantener una concepción ‘psicologicista’ del dolo y la culpa, pues la normativización de la imputación subjetiva nunca puede pasar por alto que ella es inevitabilidad individual. Un dolo o una culpa “objetivos” no sirven para nada” (Tradução nossa). Esta crítica é respondida em GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? una antecrítica al símil de la ameba acuñado por alex van weezel**. *Política criminal*. v. 5, nº 10, dez/2010, pp. 455-475. Santiago de Chile, 2010. Disponível em: <http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_10/Vol5N10D1.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2016.

³⁷⁸ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura del Carmen. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Navarra: Aranzadi. 2009. p. 298.

³⁷⁹ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygídio Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Briguiet. 1899. p.259.

³⁸⁰ MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. Barcelona: Reppertor. 1998. p. 543. “Como consecuencia de alocar a finalidade ao centro do injusto, o finalismo de Welzel subtraiu o dolo, assim como a infração ao deber objetivo de cuidado, base da imprudencia, de seu local tradicional

A culpabilidade, então, é compreendida, enquanto adequada a um Direito penal de matriz individual, como um juízo de reprovabilidade, de censurabilidade do agir. Trata-se daquele “elemento que exprime, mais que qualquer outro, a base humana e moral em que o delito tem suas raízes”³⁸¹.

Este elemento exerce duas funções perante o sistema jurídico, quais sejam, de verificar o quantum de censurabilidade da conduta daquele que pratica, bem como permitir a correta aplicação da pena, eis que “[...] a culpabilidade para a fundamentação da pena e a culpabilidade para a medição da pena não estão completamente isoladas uma da outra”³⁸².

Para tanto, iremos ater-se àquela culpabilidade que se refere, para o Direito penal tradicional, à censurabilidade da conduta, eis que a análise da fundamentação da pena, bem como as discussões em relação à própria sanção em si, encontram limites no presente trabalho. Ademais, trata-se de tema complexo, sendo que, no presente trabalho, procuraremos trazer algumas das posições doutrinárias que pretendem explicar uma culpabilidade inerente à pessoa jurídica.

Como a maior parte das críticas são relativas aos institutos da ação e da tipicidade subjetiva, trazemos a constatação de Cezar Roberto Bitencourt acerca da incapacidade de se constatar uma culpabilidade na pessoa jurídica. Como este autor parte da ideia de que a ação é realizada pelo ser humano, a “capacidade de ação e de culpabilidade exige a presença de uma vontade, entendida como faculdade psíquica da pessoa individual, que somente o ser humano pode ter”³⁸³.

Ademais, também não teria culpabilidade, ao passo que não seria possível constatar uma maturidade e tampouco qualquer higidez mental na pessoa jurídica, posto serem atributos inerentes às pessoas físicas, ou seja, ao ser humano. Em

na culpabilidade. Todo o ato, concebido como unidade definida pelo subjetivo, e não somente a parte objetiva, se constitui em conteúdo do injusto. A culpabilidade deixa de continuar abrigando a parte subjetiva do fato”. “Como consecuencia de trasladar la finalidad al centro del injusto, el finalismo de Welzel sustrajo el dolo, así como la infracción del deber objetivo del cuidado base de la imprudencia, de su tradicional sede de la culpabilidad. Todo el hecho, concebido como unidad definida por lo subjetivo, y no sólo su parte objetiva, se constituye en contenido del injusto. La culpabilidad deja de continuar cobijando la parte subjetiva del hecho”. (Tradução Nossa).

³⁸¹ BETTIOL, Giuseppe *apud* COELHO, Walter. **Teoria geral do crime**. v. 1. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998. p. 35.

³⁸² ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Madrid: Civitas. 1997. t. I: fundamentos, la estructura de la teoría del delito. p. 814. “No obstante, la culpabilidad para la fundamentación de la pena y la culpabilidad para la medición de la pena no están completamente aisladas una de otra” (Tradução nossa).

³⁸³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Considerações penais sobre pessoa jurídica**. [S.l., 2016?]. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/10870-10870-1-PB.htm#_ftn12>. Acesso em: 10 dez. 2016.

sendo assim, face à ausência de culpabilidade, “não se admitirá, na seara do Direito Penal, a aplicação de pena, posto que ‘nullum crimen nulla poena sine culpabilidade’”³⁸⁴.

A fim de constatarmos como o conceito de culpabilidade é construído pelos adeptos à responsabilidade própria da pessoa jurídica, como ponto de partida, trataremos as contribuições de Klaus Tiedemann³⁸⁵, que, ao tratar da possibilidade de atribuição de culpabilidade à pessoa jurídica entende que o juízo de reprobabilidade existente nas normas jurídicas poderia ser aplicável a estas, que são destinatárias das normas e podem violá-las. Entretanto, é com base em uma necessidade de organização interna da empresa que repousaria o próprio conceito de culpabilidade. Nesse sentido:

Poderiam abusar, por si mesmas, de sua liberdade de atuar conforme ou contra o direito. Entretanto, nada impede considerar as pessoas morais como destinatárias das normas jurídicas revestidas de caráter ético e como entes em situação de violar estas normas. Dessa maneira, se organizar corretamente é um dever da própria pessoa jurídica e não unicamente das pessoas físicas, como pretende Schünemann. Por isso, o conceito de culpa própria da pessoa jurídica. Não se fala cotidianamente da culpabilidade da empresa que tenha contaminado um rio ou que tenha obtido fraudulentamente subsídios? Na vida e na linguagem da sociedade, a culpabilidade da empresa é amplamente reconhecida. Culpabilidade que não está completamente isenta de um estigma ético ou moral, mesmo quando a coloração moral seja de um conteúdo particularmente diverso.³⁸⁶

³⁸⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Considerações penais sobre pessoa jurídica**. [S.l., 2016?]. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/10870-10870-1-PB.htm#_ftn12>. Acesso em: 10 dez. 2016.

³⁸⁵ TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de las personas juridicas. **Anuario de derecho penal**. Université de Fribourg, p. 97-125, nº 7, 1996. Disponível em <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_07.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2016. p. 120.

³⁸⁶ TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de las personas juridicas. **Anuario de derecho penal**. Université de Fribourg, p. 97-125, nº 7, 1996. Disponível em <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_07.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2016. p. 118. “[...] podrían abusar, por sí mismos, de su libertad de actuar conforme o en contra del derecho. Sin embargo, nada impide considerar a las personas morales como destinatarias de normas jurídicas revestidas de carácter ético y como entes en situación de violar estas normas. De esta manera, organizarse correctamente es un deber de la persona jurídica misma y no únicamente de las personas físicas, como lo pretende Schünemann. De ahí, el concepto de culpa propia de la persona jurídica. ¿No se habla cotidianamente de la culpabilidad de la empresa que ha contaminado un río o que ha obtenido fraudulentamente subvenciones? En la vida y en el lenguaje de la sociedad, la culpabilidad de la empresa es ampliamente reconocida. Culpabilidad que no está completamente exenta de una impronta ética o moral, aun cuando la coloración moral sea de un contenido particularmente diverso” (Tradução nossa).

Esta proposta refere que as normas de natureza penal são dirigidas às pessoas jurídicas, sendo exigível que a empresa se organize (com medidas próprias de segurança e controle), de modo a compreender que ela tenha conhecimento das consequências de sua realidade social, bem como das obrigações que correspondem aos seus direitos. A culpabilidade, portanto, seria um defeito de organização.³⁸⁷

Outra perspectiva se verifica em Ernst Joachim Lampe, que responde ao conceito formulado por Tiedemann, acerca do fato de que a culpabilidade, por entender que esta não alcançaria sua conceituação tão somente de um defeito de organização.³⁸⁸

Para este autor, far-se-ia necessária uma compreensão acerca de uma filosofia³⁸⁹ criada na empresa, que viesse a facilitar internamente a prática delituosa. Isto seria verificado a partir da perspectiva da empresa que não cuida de controles internos, ou que busca eliminar a própria responsabilidade dos indivíduos.³⁹⁰

Com isso, se há uma produção de lesão a bens jurídicos, praticada em virtude de uma organização deficiente, havendo uma filosofia empresarial criminógena – com a evidência de atos que facilitem a prática delituosa, bem como a ausência regras internas –, haverá de atribuir-se a responsabilidade à empresa, em virtude de sua própria culpabilidade.³⁹¹

Günter Heine, por sua vez, traz outra conceituação acerca do que viria a ser a culpabilidade no âmbito da empresa, sobretudo quando destaca que uma

³⁸⁷ TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de las personas juridicas. **Anuario de derecho penal**. Université de Fribourg, p. 97-125, nº 7, 1996. Disponível em <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_07.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2016. p. 120.

³⁸⁸ LAMPE, Ernst Joachim. Injusto del sistema y sistemas de injusto. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2008. (Livro Eletrônico). p. 136.

³⁸⁹ LAMPE, Ernst Joachim. Injusto del sistema y sistemas de injusto. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2008. (Livro Eletrônico). p. 133. “A filosofia empresarial é um injusto sistêmico quando produz ou favorece os delitos dos que pertencem à empresa” “La filosofía empresarial es un injusto sistêmico cuando produce o favorece los delitos de los que pertenecen a la empresa” (Tradução nossa).

³⁹⁰ LAMPE, Ernst Joachim. Injusto del sistema y sistemas de injusto. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2008. (Livro Eletrônico). p. 144.

³⁹¹ LAMPE, Ernst Joachim. Injusto del sistema y sistemas de injusto. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2008. (Livro Eletrônico). p. 144.

culpabilidade calcada no conceito de defeito de organização mereceria, também, ser complementada.³⁹²

Para este autor, a culpabilidade da empresa seria algo diverso da culpabilidade de esfera individual, motivo pelo qual seria um sistema paralelo à esta modalidade, ou seja, uma “culpabilidade pela condução da atividade empresarial”³⁹³. Neste caso, a fundamentação por via da culpabilidade não se daria de modo a se assemelhar com a culpabilidade individual, sendo uma nova forma de pensar, afastada das matrizes que constituem a culpabilidade da pessoa física.³⁹⁴

Heine atribui uma dimensão temporal ao conceito de culpabilidade, porquanto concede importância à imagem que a empresa detém, permitindo uma análise da “mentalidade da empresa”³⁹⁵, que seria uma espécie de cultura cultivada ao longo do tempo e que estabeleceria regras internas acerca das funções dentro da empresa. Esta perspectiva “obrigaria o juiz a realizar uma fundamentação que tenha em conta a ‘individualidade’ da empresa em concreto”³⁹⁶.

Em um sentido semelhante, Carlos Gómez-Jara Díez também traz uma conceituação em consonância com o proposto por Heine, contudo, sendo desenvolvido a partir da matriz construtivista de Direito penal.³⁹⁷

Gómez-Jara Díez, a partir da matriz conceitual já descrita quando da análise dos fundamentos da responsabilidade por fato próprio, analisa em profundidade o

³⁹² HEINE, Günter. Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originaria de la empresa. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2008. (Livro Eletrônico). p. 34.

³⁹³ HEINE, Günter. Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originaria de la empresa. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2008. (Livro Eletrônico). p. 47. “culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial” (Tradução nossa).

³⁹⁴ HEINE, Günter. Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originaria de la empresa. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2008. (Livro Eletrônico). p. 48.

³⁹⁵ HEINE, Günter. Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originaria de la empresa. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2008. (Livro Eletrônico). p. 47. “Mentalidad de empresa” (Tradução nossa).

³⁹⁶ HEINE, Günter. Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originaria de la empresa. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2008. (Livro Eletrônico). p. 47. “obligaria al juez a realizar una fundamentación que tenga en cuenta la ‘individualidad’ de la empresa em concreto”.

³⁹⁷ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. El modelo construtivista de autorresponsabilidad penal empresarial. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: Propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. (Livro eletrônico). p. 199.

tema acerca da culpabilidade, descrevendo uma ampla gama de possíveis análises e críticas a respeito da temática proposta. É dizer que no modelo proposto por Gómez-Jara Díez³⁹⁸ pode-se analisar tanto a perspectiva da imputabilidade quanto a perspectiva conceitual da própria culpabilidade.

No que se refere à imputabilidade, o autor parte da premissa de que nem todas as empresas poderão ser imputáveis, isto pelo fato de que parte também, da premissa que restringe a capacidade de culpabilidade no âmbito do Direito penal individual³⁹⁹. Com isso, existiriam empresas imputáveis e inimputáveis.⁴⁰⁰

Retomemos que a análise da culpabilidade é realizada acerca da capacidade que a empresa possua de se organizar internamente, sendo que seria o ponto de partida considerar que as empresas se organizam de maneira tão complexa que não permitiriam, a partir dos critérios clássicos de imputação individual, uma resposta adequada.⁴⁰¹ Esta constatação também é realizada por Laura Zúñiga Rodríguez⁴⁰², que identifica na prevenção de riscos a necessidade de intervenção do Direito penal para conter práticas empresariais e estas práticas estariam intimamente ligadas às empresas de grande porte⁴⁰³.

Como solução, inclusive, para as críticas que descrevem que a capacidade de auto-organização da pequena empresa prejudicaria a conceituação do que vem a ser culpabilidade empresarial, se estabelecem critérios de imputabilidade, ou seja, de modo a limitar a atribuição de culpabilidade às empresas que possuam um mínimo de complexidade interna.⁴⁰⁴

³⁹⁸ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **La culpabilidad penal de la empresa**. Barcelona: Marcial Pons, 2005, *passim*.

³⁹⁹ Para PACELLI, Eugenio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 340-341: “O primeiro pressuposto de toda reprovação de culpabilidade é que o autor, no momento do fato, seja capaz de obrar responsavelmente, ou seja, compreender que o fato não está autorizado e determinar-se de acordo com esta compreensão, é dizer, abster-se da realização do fato”.

⁴⁰⁰ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. p. 32.

⁴⁰¹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **La culpabilidad penal de la empresa**. Barcelona: Marcial Pons, 2005. p. 241.

⁴⁰² ZÚNIGA RODRÍGUEZ, Laura del Carmen. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Navarra: Aranzadi. 2009. p. 306-307.

⁴⁰³ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **La culpabilidad penal de la empresa**. Barcelona: Marcial Pons, 2005. p. 241.

⁴⁰⁴ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. p. 35.

A fundamentação teórica da complexidade interna suficiente que fundamente a atribuição de responsabilidade se desenvolve a partir da ideia de que o sistema da empresa realizaria operações de auto-observação e, assim, geraria uma complexidade interna suficiente.⁴⁰⁵

Esta abordagem parte da premissa de que a consciência dos atos praticados e a comunicação teriam o mesmo grau de autorreferencialidade⁴⁰⁶, ou seja, tanto o sistema jurídico, o sistema da empresa e a consciência teriam a capacidade de observar a realidade a partir dos conceitos inclusos a eles. Um objeto observado somente seria observado a partir dos elementos que compõem determinado sistema. Por exemplo, uma pessoa, ao perceber que de sua ação poderia resultar a morte de uma segunda pessoa, possui esta consciência de acordo com os elementos que se situam internamente aos seus pensamentos, evoluídos a partir de seu desenvolvimento enquanto pessoa, o que seria chamado de autoconsciência para a pessoa física⁴⁰⁷.

Trata-se da capacidade de compreender os resultados que poderiam ser atingidos com a ação praticada. Para Gómez-Jara Díez, esta autoconsciência somente é obtida, também na pessoa individual, a partir do momento em que atinge uma autorreferencialidade mínima para que tenha uma complexidade capaz de submetê-lo a uma imputação jurídico-penal.⁴⁰⁸

⁴⁰⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **La culpabilidad penal de la empresa**. Barcelona: Marcial Pons, 2005. p. 242.

⁴⁰⁶ Para CORSI, Giancarlo et al. **Glosario sobre la teoria social de niklas luhmann**. Guadalajara: Editorial Anthropos, 1996. p. 35: "A autorreferencia se apresenta quando a operações de observação está incluída no que se indica, é dizer que, quando a observação indica algo ao que pertence. Um sistema social, por exemplo, pode produzir somente comunicação e é capaz de considerar a realidade somente comunicando; a autorreferencia está implícita em toda a comunicação na forma de emissão [...]. Do mesmo modo, uma consciência somente pode pensar e a realidade adquire importância somente como objeto de referência aos pensamentos". "Se presenta la autorreferencia cuando la operación de observación está incluída en lo que se indica, es decir, cuando la observación indica algo a lo que pertenece. Un sistema social, por ejemplo, puede producir sólo comunicación y es capaz de considerar la realidad sólo comunicando; la autorreferencia está implícita en toda comunicación en forma de emisión [...]. Del mismo modo una conciencia sólo puede pensar y la realidad adquire importancia sólo como objeto de referencia de los pensamientos" (Tradução nossa).

⁴⁰⁷ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **La culpabilidad penal de la empresa**. Barcelona: Marcial Pons, 2005. p. 243.

⁴⁰⁸ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **La culpabilidad penal de la empresa**. Barcelona: Marcial Pons, 2005. p. 244.

É com base na exigência de uma complexidade interna mínima que se desenvolve uma ocorrência de diversos “círculos autorreferenciais”⁴⁰⁹. Isto ocorreria quando ter-se-iam delimitados os membros da empresa, os programas que regem as decisões da empresa, as decisões internas tomadas na empresa, e a própria identidade do que é a empresa. Quando a identidade da empresa, então, se relacionaria com a decisão tomada e as próprias normas da empresa delimitariam quem seriam os membros dela, a empresa se encontraria com complexidade suficiente para se auto-organizar.⁴¹⁰

É neste sentido, então que Gómez-Jara Díez identifica que as pequenas empresas não possuam essa complexidade mínima e seria permitido, nestes casos, identificar heteronimamente quais seriam as pessoas por trás da empresa (“doutrina do levantamento do véu”⁴¹¹) e proceder em sua responsabilização individual. No mesmo caso, ter-se-ia uma análise semelhante nas crianças, que não atingiram uma complexidade suficiente para sua autoconsciência para que possam obter a maioria penal.⁴¹²

Ao ser constatado, então, que a culpabilidade se afastaria da própria noção clássica, entende-se que os fundamentos de uma culpabilidade inerente à pessoa jurídica se encontrem fora da perspectiva individual de um Direito penal atrelado ao paradigma da pessoa física.⁴¹³ Quanto à conceituação de culpabilidade em si, não se trata do mesmo conceito que o Direito penal individual teria, mas ter-se-ia um conceito funcionalmente equivalente⁴¹⁴ de culpabilidade⁴¹⁵.

⁴⁰⁹ GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. p. 34.

⁴¹⁰ GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. p. 34-35.

⁴¹¹ GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. **La culpabilidad penal de la empresa**. Barcelona: Marcial Pons, 2005. p. 247. “doctrina del levantamiento del velo” (Tradução nossa).

⁴¹² GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. p. 35.

⁴¹³ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura del Carmen. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Navarra: Aranzadi. 2009. p. 299.

⁴¹⁴ Para CORSI, Giancarlo et al. **Glosario sobre la teoría social de niklas luhmann**. Guadalajara: Editorial Anthropos, 1996. p. 86-87: “Se trata de una confrontación entre equivalentes funcionais: causas distintas são funcionalmente equivalentes se produzem um mesmo efeito, e distintos efeitos são funcionalmente equivalentes se são produzidos pela mesma causa. As relações entre causas e efeitos se consideram assim como relacionadas com o problema da complexidade, ou seja, como referências a outras possibilidades, a equivalências funcionais”. “Se trata de una confrontación entre equivalentes funcionales: causas distintas son funcionalmente equivalentes si producen un mismo efecto, y distintos efectos son funcionalmente equivalentes si son producidos por la misma causa.

Gómez-Jara Díez parte, então, da noção de culpabilidade relativa à prevenção geral: *a fidelidade ao Direito como condição de vigência da norma, o sinalagma básico do Direito penal e a capacidade de questionar a vigência da norma*.⁴¹⁶

No que se refere à *fidelidade ao Direito como condição de vigência da norma*, compreende-se, assim, a crise do Estado em efetivamente gerir riscos, passando-se àquilo que já se referiu como exigência de uma autorregulação empresarial, a fim de atribuir como dever às empresas a própria organização interna.

Com isso, passa-se a exigir das empresas que detenham uma “obrigação de fidelidade ao Direito”⁴¹⁷, sendo instituída uma “cultura empresarial de fidelidade ao Direito”⁴¹⁸, que efetivamente se daria mediante a instituição de programas internos às empresas para cumprimento de regras, ou *Effective Compliance Programs*⁴¹⁹, que serviriam para declarar que estas estariam agindo de acordo com tal cultura de cumprimento do direito e, assim, que os programas estavam instituídos e vigentes, abrindo a possibilidade de que seja afastada sua culpabilidade⁴²⁰.

Quanto ao *sinalagma básico do Direito penal*, refere-se estar situado na própria liberdade que a empresa teria de realizar sua auto-organização e na obrigação de manter as atividades em funcionamento dentro do risco que lhe é

Las relaciones entre causas y efectos se consideran así como relacionadas con el problema de la complejidad, o sea como referencias a otras posibilidades, a equivalencias funcionales” (Tradução nossa).

⁴¹⁵ GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. p. 36.

⁴¹⁶ GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. p. 36. Não iremos nos ater aos fundamentos, bem como a função da culpabilidade no Direito penal. Procuramos expor a teoria proposta, com as devidas ressalvas, até para identificar sob qual perspectiva teríamos de abrir mão ou aderir a outros fundamentos e matrizes para efetivamente encontrar uma culpabilidade da pessoa jurídica.

⁴¹⁷ GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. p. 37.

⁴¹⁸ GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. p. 37.

⁴¹⁹ GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. **La culpabilidad penal de la empresa**. Barcelona: Marcial Pons, 2005. p. 253.

⁴²⁰ GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. **La culpabilidad penal de la empresa**. Barcelona: Marcial Pons, 2005. p. 273.

permitido.⁴²¹ Esta questão permite que a empresa tenha, além de buscar tão somente lucros e benefícios, obrigações perante o sistema jurídico.

Quanto à *capacidade de questionar a vigência da norma*, esta deriva do próprio status que a pessoa teria em meio a sociedade, ou seja, do mínimo de cidadania destinado à pessoa.⁴²² Esta questão não repousaria, sobretudo, na capacidade tradicional de exercer a democracia pelo voto, mas, sim, mediante a liberdade atribuída às empresas para que possam participar e expressar conceitos em relação às normas sociais, contribuindo para sua formação.⁴²³

Dessa forma, o conceito cunhado por Gómez-Jara Díez acerca da culpabilidade, desenhado a partir do modelo construtivista, trata-se de uma das propostas para atrelar tanto a capacidade interna das pessoas jurídicas de se auto-organizar, conforme relato e desenvolvimento por outros autores já descrito no presente tópico, com uma cultura de uma empresa que venha a descumprir o Direito.

Ressalta-se que a teoria de Gómez-Jara Díez conta também com críticos, sobretudo Zúñiga Rodrigues⁴²⁴, que, por mais que entenda que a responsabilidade penal da pessoa jurídica exija uma categoria própria, entende que esta teoria não seria suficiente para fundamentar a responsabilização com base na autorregulação, sendo que estes seriam mecanismos internos às empresas, praticados de forma privada. Para esta perspectiva:

Não é possível confiar na própria contenção do *homo economicus*, com insaciável ânsia de ganância. É preciso que o Estado tome a responsabilidade de conter os riscos que a atividade empresarial exprime, regulando e regulamentando as atividades de risco e sancionando quando as obrigações jurídicas não sejam cumpridas. Utilizando, em seu caso, como último recurso o braço armado do Direito Penal.⁴²⁵

⁴²¹ GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. p. 38.

⁴²² GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. **La culpabilidad penal de la empresa**. Barcelona: Marcial Pons, 2005. p. 295.

⁴²³ GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. p. 39.

⁴²⁴ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura del Carmen. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Navarra: Aranzadi. 2009. p. 298-299.

⁴²⁵ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura del Carmen. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Navarra: Aranzadi. 2009. p. 316. "No es

Zúñiga Rodrigues descreve sua teoria acerca da culpabilidade da pessoa jurídica, tendo em conta que esta possua fins lícitos, cumprindo uma função social, não devendo ser considerada perigosa em si.⁴²⁶

Dessa forma, compreende a responsabilidade da empresa como sendo decorrente da função organizacional da empresa. Contudo, entende que os fundamentos de uma culpabilidade são amplos, e adere a uma perspectiva semelhante a de Tiedemann e a de Lampe, ao passo que seria exigível que a pessoa jurídica se organizasse internamente para que pudesse evitar a prática delituosa. Ademais, compreende que a empresa deveria evitar qualquer contexto organizativo que favorecesse a prática do delito.⁴²⁷

Dessa forma, a perspectiva parte da noção de que seja da empresa a competência acerca da organização interna, bem como seja sua atribuição a evitabilidade dos delitos.⁴²⁸ Assim, seria exigível da pessoa jurídica que estabelecesse as normas de segurança internas. Neste sentido:

Se a culpabilidade é a relação funcional entre um injusto penal e um sujeito e o injusto penal é concebido como uma danosidade social evitável, isto é realizado com conhecimento (dolo) ou por erro evitável (culpa) do perigo objetivo da conduta organizacional, é perfeitamente possível conceber que as pessoas jurídicas cometem delito.⁴²⁹

Assim, permite-se identificar que, nesta perspectiva, a culpabilidade direta da empresa encontraria diversos fundamentos enquanto atrelada a outros paradigmas em relação à própria função do Direito, bem como distante do conceito de culpabilidade calcado no paradigma do Direito penal individual.

posible confiar en la propia contención del hommo economicus con insaciable ansias de ganancias, es preciso que el Estado tome la responsabilidad de contener los riesgos que la actividad empresarial despliega, regulando y reglamentando las actividades riesgosas y sancionando cuando las obligaciones jurídicas no se cumplan. Utilizando, en su caso, como último recurso el brazo armado del Derecho Penal" (Tradução nossa).

⁴²⁶ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura del Carmen. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Navarra: Aranzadi. 2009. p. 317.

⁴²⁷ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura del Carmen. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Navarra: Aranzadi. 2009. p. 318.

⁴²⁸ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura del Carmen. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Navarra: Aranzadi. 2009. p. 318.

⁴²⁹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura del Carmen. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Navarra: Aranzadi. 2009. p. 355. "Si la culpabilidad es la relación funcional entre un injusto penal y un sujeto y, el injusto penal es concebido como una dañosidad social evitable, esto es realizado con conocimiento (dolo) o por error evitable (culpa) del peligro objetivo de la conducta organizacional, es perfectamente posible concebir que las personas jurídicas cometan delito" (Tradução nossa).

Importante referir que as teorias abordadas não são isentas de críticas, motivo pelo qual não resta pacificado um conceito quanto à culpabilidade.

5 CONCLUSÃO

De acordo com o que fora visto no presente trabalho, pôde-se constatar que o fenômeno de expansão do Direito penal, como relatado pela doutrina, possui como sua principal causa as novas realidades que passam a ser admitidas como causas, tanto as novas realidades que passam a ser desenvolvidas no marco das novas tecnologias, quanto as já existentes, como o meio ambiente, que passa a ter primazia, diante de sua escassez.

Neste marco de expansão, esta nem sempre se dará de forma razoável, eis que a doutrina identifica critérios de irrazoabilidade. No marco da razoabilidade, o conceito de “sociedade de riscos” explica o fenômeno dos riscos sociais, porquanto derivados da ação humana. De igual forma, estes riscos são percebidos de outra maneira, a partir dos avanços tecnológicos.

Atrelado ao fato de que alguns riscos possam ser previstos e conhecidos, viabilizando, de certa forma, sua prevenção, por vezes estes riscos não são conhecidos, eis que não possam ser previstos, sendo incertas suas consequências, e, assim, gerando uma insegurança geral, que é potencializada pelos meios de comunicação.

É a partir da política criminal que se passa a chamar o Direito penal para que dê respostas a novos âmbitos de atuação, que passa a preocupar-se com estes âmbitos, resultando na inserção de tipos penais ou agravamento daqueles já existentes em relação a novos bens jurídicos.

Esta expansão também concede uma margem para a proliferação de tipos penais que são impulsionados por novos gestores da moral (como movimentos em prol do meio ambiente, feministas, dentre outros; que outrora realizavam um discurso diverso, repudiando a utilização do Direito penal), que, de certa forma, potencializam a margem de expansão a partir de demandas por prevenção.

Também pode-se notar uma margem de aglutinação de dispositivos que outrora encontravam-se abarcados pelo Direito administrativo ao âmbito criminal, também como forma de conter estes novos riscos.

Com isso, esta margem de expansão passa a permitir que o Direito penal se afaste de suas feições clássicas, em uma segunda velocidade, abarcando certa flexibilização de normas de imputação e novas formas de criminalidade.

Após a compreensão da construção acerca do conceito de bem jurídico, a partir da margem expansionista, o Direito penal passando a abarcar a prevenção destas novas situações de risco, ou seja, passa a tutelar bens jurídicos supraindividuais.

Disso, nota-se que as tentativas de gestão destes riscos remontam-se, sobretudo, para fins de tutela de bens jurídicos que vão além do próprio indivíduo, passando a tutelar a ordem econômica, meio ambiente, dentre outros.

Apesar de alguns autores entenderem que a tutela de bens jurídicos supraindividuais exigiria uma efetiva lesão à esfera dos indivíduos atingidos, percebe-se que não há exigência de um dano efetivo à esfera individual, sendo que, no caso do meio ambiente, este passa a ser encarado como bem jurídico próprio e não em virtude dos danos que possam ser causados à esfera individual.

Ademais, novas formas de criminalização também passam a ser justificadas, também em relação a novos âmbitos de responsabilidade, como no caso dos agentes econômicos e das próprias empresas.

Dada a proporção em que as atividades empresariais se desenvolvem, também são vistas como potenciais causadoras de riscos, e, assim, a tutela desses bens jurídicos supraindividuais resultam na opção político-criminal pela atribuição de responsabilidade à própria pessoa jurídica.

Esta tendência de responsabilizar a pessoa jurídica não se realiza tão somente no Brasil, sendo possível analisar que esta também se dá em outros ordenamentos da *civil law*, rompendo com a máxima *societas delinquere non potest*. Esta situação é visualizada em medidas “quase-penais” por atos praticados por empregados, na Alemanha; na recente modificação legislativa, em 2015, na Espanha, ao introduzir a responsabilidade direta da pessoa jurídica; isto não é visualizado na Itália, face à vedação constitucional; ocorre na França, com a criminalização das pessoas jurídicas desde 2004; na Bélgica, desde 1999; bem como na Recomendação datada de 1988 relativa ao Conselho da Europa, que recomendou aos seus países membros que o âmbito de responsabilidade fosse estendido à pessoa jurídica.

No Brasil, por mais que a constituição preveja que a responsabilidade da pessoa jurídica seja atribuída nos crimes contra o meio ambiente e contra a ordem econômica financeira e economia popular, é somente nos crimes contra o meio ambiente que houve sua efetiva regulamentação.

Em um segundo momento do presente trabalho, passou-se a analisar o porquê de o Direito penal não buscar respostas às atividades empresariais mediante a persecução dos sujeitos individuais que praticam os atos no interior da empresa.

Desta perspectiva, analisaram-se duas posições doutrinárias, *autoria como domínio do fato* e *o domínio da organização enquanto autoria mediata* para fins de resolver o problema da criminalidade no âmbito da empresa. Quanto à primeira, verificou-se que punir o preposto que executa a ordem, além de estar atrelado a uma margem de irrazoabilidade, por vezes não seria este quem tomou as decisões, o que poderia afastar os elementos subjetivos do tipo.

Quanto à adoção da teoria do domínio da organização enquanto autoria mediata, criada por Claus Roxin, nota-se os pressupostos para sua aplicação, além de terem sido formulados em outro contexto histórico, para atingir delitos do partido Nacional-Socialista alemão, ou para ser utilizado em aparatos estatais, também possui requisitos que tornam inviável seu desenvolvimento no âmbito empresarial.

De qualquer forma, ambas as teorias, por estarem ligadas à identificação do sujeito em meio à atuação empresarial, encontram dificuldades pelo fato de que as estruturas empresariais de grandes empresas possuem diversas esferas de decisão, o que resultaria em uma “irresponsabilidade organizada”.

As tentativas doutrinárias, então, para fins de criminalizar a pessoa jurídica, passam a desenvolver teorias que busquem transmitir as normas de imputação do sujeito individual que atua no interior da empresa para a própria empresa, partindo do pressuposto de que a empresa seria uma ficção e não poderia cometer os delitos por si.

Partindo de uma ideia semelhante àquela abordada em países da *common law*, o desenvolvimento destas teorias busca uma conexão a partir do indivíduo que atua internamente, de modo a pressupor a existência de uma ação típica, ilícita e culpável realizada por uma pessoa física.

Ocorre que estas perspectivas partem da análise do sujeito individual, não superando, então, os problemas enfrentados pela persecução do sujeito individual, face à complexidade da estrutura empresarial.

De mesmo modo, Günther Jakobs desenvolve uma crítica a este modelo, evidenciando que a transposição da ação não seria efetivamente o problema, eis que as pessoas físicas constituiriam meios físicos de expressão da própria pessoa jurídica. O problema evidenciado por este autor estaria relacionado com o elemento

da culpabilidade. Jakobs, a partir da matriz teórica que aborda – prevenção geral positiva – entende que a exigência de que haja uma comunicação com a norma pressuporia a existência de uma consciência inerente tão somente aos seres humanos. De igual modo, a consciência, que fundamenta a própria identidade, não poderia ser transposta à empresa, eis que o que fundamenta a identidade empresarial são seus atos constitutivos e a consciência de um sócio retirante de uma sociedade não seria a mesma consciência de um sócio que adentra na sociedade.

Analisando a pessoa jurídica a partir de um fato propriamente praticado por esta, a doutrina passa a tentar estabelecer critérios para que se possa fundamentar este âmbito de responsabilidade, sobretudo para buscar resolver o problema da individualização das condutas internas à empresa.

Note-se que estas teorias não buscam afastar a responsabilidade da pessoa física, mas, sim, justificar uma responsabilidade da pessoa jurídica com autonomia, afastando-se da perspectiva de exigência de uma dupla punição, que outrora era adotada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Uma análise da Constituição Federal, bem como da legislação que estabelece a criminalização da empresa em relação ao meio ambiente, permite identificar a responsabilidade da pessoa jurídica enquanto categoria autônoma, sendo que a atual posição do Supremo Tribunal Federal corrobora com esta perspectiva, autorizando que se possa realizar a persecução criminal tão somente à empresa, sem a exigência de punição do sujeito individual que atua em seu interior.

Os principais fundamentos para a doutrina que analisa a perspectiva da responsabilidade da pessoa jurídica como categoria autônoma partem da própria capacidade desta de se organizar. Uma tentativa parte da identificação de uma omissão pela pessoa jurídica enquanto seja de sua atribuição tomar as medidas de controle internas (Klaus Tiedemann); outra perspectiva parte da imputação objetiva para identificar que a empresa deixou de estabelecer regras de proteção quanto aos riscos gerados, que seriam evitáveis a partir da organização interna da empresa (Laura del Carmen Zúñiga Rodríguez); uma terceira perspectiva, abordando a empresa enquanto um sistema, admitindo que o problema organizacional deveria estar também atrelado a uma filosofia interna da empresa que facilitasse a prática delituosa (Ernst Joachim Lampe); uma quarta perspectiva, também desenvolvida a partir de déficits de organização da empresa, entenderia que a própria empresa

deveria estabelecer uma organização constante de prevenção de riscos, sobretudo em relação aos próprios riscos da própria empresa, sendo que, neste caso quando da responsabilização deveria levar-se em conta as particularidades de cada empresa (Günter Heine); e um modelo baseado em matriz teórica construtivista, de caráter sistêmico, também atrelado à concepção de “bom cidadão corporativo”, busca estabelecer um modelo em que a empresa, em seu caráter sistêmico, passaria a desenvolver um conhecimento próprio a partir das decisões que passa a tomar, em critérios de autorreferencialidade, e, assim, uma capacidade de se auto-organizar, resultando em uma exigência, em relação a esta, de que promova, por meio de controles internos à empresa, uma cultura de fidelidade ao Direito (Carlos Gómez-Jara Díez).

A partir disso, pode-se compreender que existe uma preocupação na doutrina de estabelecer o melhor critério para identificar o verdadeiro responsável por lesões a bens jurídicos, no campo de atuação da pessoa jurídica. Entretanto, até o presente momento resta pendente uma teoria isenta de críticas e que possa ser absorvida pelo Direito brasileiro, em especial.

Analisando-se as normas de imputação, passa-se a constatar que, apesar das críticas acerca da ausência de ação das pessoas jurídicas, a doutrina busca estabelecer um conceito, não sendo pacífica a interpretação. Uma posição compreende um conceito normativo de ação, porquanto a entende não como ação no mundo físico, mas como um rompimento com as expectativas normativas, a ação praticada pela pessoa física surtiria efeitos na pessoa jurídica, sendo que a empresa fora omissa em evitar que a ação física fosse desempenhada (Tiedemann); uma segunda posição entende, a partir de uma perspectiva sistêmica, que a ação praticada faz parte de um sistema, sendo que não é uma ação física, mas a própria existência de um sistema que permita, ou favoreça, a prática delituosa. A capacidade de ação é substituída pela capacidade da empresa de se organizar (Lampe); a conduta da empresa seria a criação de uma situação de perigo, por ação ou omissão em relação à sua organização, que possa gerar uma lesão ao bem jurídico (Zúñiga Rodríguez); e a partir da matriz construtivista, a ação seria substituída por um fato empresarial, que ocorreria quando a pessoa jurídica teria complexidade mínima para se auto-organizar e deixa de fazê-lo (Gómez-Jara Díez).

Quanto à tipicidade subjetiva, a partir da perspectiva atual do Supremo Tribunal Federal, que autoriza a responsabilização autônoma da pessoa jurídica,

resulta necessária a constatação dos elementos subjetivos para o delito. A partir da construção realizada pelas teorias analisadas, uma delas afasta a necessidade do elemento vontade, bastando a configuração de uma consciência do risco aos bens jurídicos, sendo que a diferença entre dolo e culpa far-se-ia pelo potencial da lesão praticada pela ausência evitável de conhecimento dos riscos (Zúñiga Rodríguez); uma segunda perspectiva entenderia que a atividade empresarial somente poderia agir culposamente, face à falta de cuidado ao manter fatores que potencializam a prática criminosa em seu interior (Lampe); outra compreenderia que a pessoa jurídica deveria compreender os riscos e evitá-los, sendo que esse déficit de controle sobre os riscos seria o próprio fato empresarial, cujo dolo é estabelecido pelo conhecimento interno à empresa dos riscos da atividade (Heine); outra perspectiva, a partir do modelo construtivista, entende que os elementos subjetivos não estariam ligados às pessoas físicas, mas, sim, normativizados e, partindo da perspectiva da empresa como sistema autopoietico, compreende que o dolo seria evidenciado enquanto o conhecimento organizativo que a empresa, como um todo, detem acerca dos riscos que a atividade desempenha (Gómez-Jara Díez).

Quanto à culpabilidade, esta passa a ser analisada, por todos os autores, em relação à organização da própria empresa. Uma perspectiva entende que a culpabilidade seria constituída pela ausência de organização interna à empresa, ou déficit de organização (Tiedemann); outra seria compreendida como um déficit de organização atrelado a uma filosofia empresarial que favorecesse a prática do delito (Lampe); uma terceira compreenderia que a culpabilidade seria estabelecida pela condução da atividade empresarial, devendo ser “individualizada” em relação a cada pessoa jurídica (Heine); outra, a partir do modelo construtivista, compreenderia tanto a imputabilidade – posto que exigiria uma mínima complexidade para que seja exigível que se auto-organize internamente –, quanto o conceito de culpabilidade em si, para a empresa, deveria ter a mesma autorreferencialidade que a consciência da pessoa física, permitindo que pudesse apreender o conhecimento a partir da autopoiese. Nesta perspectiva, este conceito partiria da matriz da prevenção geral, exigindo requisitos próprios, de modo a exigir que a empresa crie programas próprios, a fim de instituir uma cultura empresarial de fidelidade ao Direito, por meio de programas de *Compliance*, sendo que, em sendo complexa o suficiente para se auto-organizar, bem como deixando de instituir os programas internos, o fato seria reprovável (Gómez-Jara Díez); e a última, que entende que um déficit de

organização deveria estar atrelado à inevitabilidade dos riscos aos bens jurídicos que a atividade pode desempenhar (Zúñiga Rodríguez).

Seguindo uma interpretação a partir do entendimento atual do Supremo Tribunal Federal, neste momento, é possível vislumbrar uma responsabilidade penal da pessoa jurídica enquanto categoria autônoma, sobretudo pela inexigibilidade de dupla punição (pessoa individual e pessoa jurídica).

Para tanto, identificam-se tentativas, na doutrina, para estabelecer os critérios de imputação próprios das pessoas jurídicas, seguindo matrizes teóricas e compreensões diversas, bem como estando sujeitas a críticas, não deixando de se apresentarem como um avanço para a solução do problema.

Dentre as hipóteses do presente trabalho, acerca da identificação, ou não, de um modelo hábil à atribuição direta da responsabilidade penal à pessoa jurídica, constata-se a viabilidade de critérios de imputação próprios para esta, sendo que a construção destes critérios encontra sua possibilidade porquanto passa a adotar uma matriz diversa da outrora utilizada pelo modelo dogmático calcado no indivíduo.

É inegável a inexigência da identificação de um sujeito individual para que se possa individualizar uma conduta, um dolo ou uma culpa ou sua culpabilidade, mas, sim, pode-se constatar a existência de fundamentos de um modelo dogmático fundamentado na própria pessoa jurídica.

Preferimos, por ora, não nos posicionar acerca de um dos modelos de responsabilidade propostos pela doutrina. Entretanto, se pode afirmar que existem modelos desenvolvidos pela doutrina, bem como fundamentos próprios para permitir a identificação e estabilização desta nova realidade inerente ao sistema jurídico-penal.

REFERÊNCIAS

ARROYO ZAPATERO, Luis. Derecho penal económico y constitución. **Revista Penal**, Barcelona, n. 1, p. 1-15, jul. 1997.

BACIGALUPO, Silvina. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A., 1998.

BACIGALUPO, Silvina. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un problema del sujeto del derecho penal. In: GARCÍA CAVERO, Percy. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representantes**. Lima: Ara Editores. 2002.

BARRETO, Ricardo de Macedo Menna. Da personalidade à pessoa: uma observação da sociedade e do direito a partir das teorias sistêmicas de Talcott Parsons e Niklas Luhmann. **Revista do programa de pós-graduação em sociologia da usp (plural)**, São Paulo, v.19.1, p.49-71, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BELGIQUE. **Code pénal**. [S.l., 2016]. Disponível em: <http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?DETAIL=1867060801%2FF&caller=list&row_id=1&numero=2&rech=4&cn=1867060801&table_name=LOI&nm=1867060850&la=F&dt=CODE+PENAL&language=fr&fr=f&choix1=ET&choix2=ET&fromtab=loi_all&trier=promulgation&chercher=t&sql=dt+contains++%27CODE%27%26+%27PENAL%27and+actif+%3D+%27Y%27&tri=dd+AS+RANK+&imgcn.x=41&imgcn.y=12>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Considerações penais sobre pessoa jurídica**. [S.l., 2016?]. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/10870-10870-1-PB.htm#_ftn12>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BOTTKE, Wilfried. Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania. **Revista penal**, Madrid, n. 2, p. 1-15, 1998.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.137 de 27 de dezembro de 1990**. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.

Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 08 jan. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016.

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. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BRASIL . **Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9609.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BRASIL. **Lei nº 13.104 de 9 de março de 2015**. Altera o art. 121 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm#art1>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 46424**. Sexta Turma. Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Recorrente: Elpidio Alves de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia. Julgado em: 14 jun. 1994. Brasília, DF. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199400094019&dt_publicacao=08-08-1994&cod_tipo_documento=3&formato=PDF>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 564.960**. 5ª Turma. Relator Gilson Dipp. Recorrente Ministério Público de Santa Catarina. Recorrido Auto Posto 1270 Ltda. Brasília, DF. Julgado em: 02 jun. 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=554040&num_registro=200301073684&data=20050613&formato=PDF>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 548.181**. Recorrente Ministério Público Federal. Recorrido: Petróleo Brasileiro S/A - Petrobrás. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 06 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7087018>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário em mandado de segurança nº 16.696**. 6ª Turma. Relator Ministro Hamilton Carvalhido. Recorrente Petróleo Brasileiro S A Petrobrás, Recorrido Juízo Federal da 2ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado do Paraná. Brasília, DF. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seq>>

uencial=2237356&num_registro=200301136144&data=20060313&tipo=5&formato=P DF>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário em habeas corpus nº 19.119**. 5ª Turma. Relator Ministro Felix Fischer. Recorrente João Batista Macedo da Silva e Igreja Universal do Reino de Deus. Recorrido Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Brasília, DF. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seq_uencial=2513004&num_registro=200600426901&data=20060904&tipo=5&formato=P DF>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação criminal nº 0010064-78.2005.404.7200/SC**. 8ª Turma. Relator Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz, Apelante Ministério Público Federal, Apelado Pesqueira Pioneira da Costa S/A. Porto Alegre, RS. Disponível em: <http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=5079569&hash=2164835fb7be95285b68acb3f3788bb2>. Acesso em 10 dez. 2016.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CANCIO MELIÁ, Manuel. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? In: GÓMEZ MARTÍN, Víctor; MIR PUIG, Santiago(Dir.); CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.). **Nuevas tendencias en política criminal**: una auditoría al código penal español de 1995. Buenos Aires: B de F, 2006.

COELHO, Walter. **Teoria geral do crime**. v. 1. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido. La tutela del medio ambiente: análisis de sus novedades más relevantes. **La ley**: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. Nº 2, p. 1550-1555. 1996.

CONSEJO DE EUROPA. **Recomendaciones y resoluciones del comite de ministros del consejo de europa en materia jurídica**. Madrid: Ministerio de Justicia. 1992.

CORSI, Giancarlo *et al.* **Glosario sobre la teoria social de niklas luhmann**. Guadalajara: Editorial Anthropos, 1996.

DEUTSCHLAND. Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. **Gesetz über ordnungswidrigkeiten (OWiG)**. [S.l., 2016?]. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/owig_1968/__30.html>. Acesso em: 10 dez. 2016.

DÍAZ-ARANDA, Enrique. **Dolo**: causalismo – finalismo-funcionalismo y la reforma penal em México. México: Editorial Porrúa, 2000.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **Política criminal y derecho penal**: estudios.Valencia: Tirant lo Blanch. 2013

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La política criminal en la encrucijada**. Buenos Aires: B de F, 2007. v. 3, p. 134-135.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española. **Indret**: revista para el análisis del derecho, nº 1, 2012.

DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do direito brasileiro. In: PRADO, Luis Régis. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ESPAÑA. **Código penal y legislación complementaria**. Madrid, 2016. Disponível em:

<https://www.boe.es/legislacion/codigos/abrir_pdf.php?fich=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2016.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. **Sentencia nº 1828/2002**. Madrid, 25 out. 2002. Disponível em <<http://supremo.vlex.es/vid/-15406881>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. **Cuestiones actuales de derecho penal económico**. Buenos Aires: Editorial B de F., 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2006.

FERRARI, Vincenzo. **Primera lección de sociología del derecho**. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1998.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal común vigente em Alemania**. Tradução de Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagameier. Buenos Aires: Hammurabi.1989.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática geral das infrações contra a economia nacional. In PODVAL, Roberto et al. **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FRANCE. **Code pénal**. [S.l., 2016?]. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**: teoria do crime para pessoas jurídicas. São Paulo: Atlas, 2015.

GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental**: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013.

GÓMEZ-JARA-DIÉZ, Carlos. Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, nº 08-05, [S.l.], 2006.

Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-05.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. El modelo construtivista de autorresponsabilidad penal empresarial. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporâneas**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. (Livro eletrônico).

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. El nuevo artículo 31.2 del código penal: cuestiones de 'lege lata' y de 'lege ferenda'. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporâneas**. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2008. (Livro Eletrônico).

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

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? una antecrítica al símil de la ameba acuñado por alex van weezel**. Santiago de Chile, 2010. Disponível em: <http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_10/Vol5N10D1.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2016.

GOTI, Malamud. **Persona jurídica y penalidad**. Buenos Aires: Depalma.. 1981.

GRACIA MARTÍN, Luis. La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. In: MIR PUIG, Santiago; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidade por el produto**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1996.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2008.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal** (einführung in die grundlagen des strafrechts). Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2005.

HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal**. Tradução de Cezar Roberto Bitencourt. 1. ed. Porto Alegre: AMP/ Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. t. 43. Nº 3. p. 909-932, 1990.

HEIDEGGER, Martin. **Caminos del bosque**. Madrid: Alianza Editorial, 2010.

HEINE, Günter. La responsabilidad penal de las empresas: evolucion internacional y consecuencias nacionales. **Anuario de derecho penal**. Université de Fribourg, p. 19-45, nº 6, 1996. p. 21-22. Disponível em <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_04.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2016.

HEINE, Günter. Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originaria de la empresa. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad**

penal empresarial: propuestas globales contemporâneas. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2008. (Livro Eletrônico).

IOANNES PAULUS. **Redemptor hominis**. [S.I.], 1979. Disponível em <http://www.vatican.va/edocs/POR0061/___PG.HTM>. Acesso em: 10 dez. 2016.

ITALIA. **La costituzione della repubblica italiana**. Roma, 2012. Disponível em <http://www.governo.it/Governo/Costituzione/1_titolo1.html>. Acesso em: 10 dez. 2016.

JAKOBS, Gunther. **Derecho penal:** parte general – Fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. Madrid: Marical Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. ¿Punibilidad de las personas jurídicas? In: GARCÍA CAVERO, Percy. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representantes**. Lima: Ara Editores, 2002.

JESCHECK, Hans-Hainrich. **Tratado de derecho penal:** parte general. 4. Ed. Granada: Editorial Comares. 1993.

JÚNIOR, Miguel Reale. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luis Régis. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica:** em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KIST, Ataidés. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Editora de direito, 1999.

KUHLEN, Lothar. Responsabilidad penal de las empresas In: MIR PUIG, Santiago; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidade por el producto**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1996.

KREBS, Pedro. **Teoria jurídica do delito:** noções introdutórias tipicidade objetiva e subjetiva. 2. ed. Barueri: Manole, 2006.

LAMPE, Ernst Joachim. Injusto del sistema y sistemas de injusto. In: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial:** propuestas globales contemporâneas. Bogotá: Universidad Externado da Colombia, 2008. (Livro Eletrônico).

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygidio Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Briguiet. 1899.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. São Paulo: Paulus, 2005.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad** (das recht der gesellschaft). p. 07. [S.I.], 2013. Disponível em: <http://lkservicios.com/maestria-2013-1/descargas/517derecho_luhmann.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2016.

- MACHADO, Marta Rodriguez de Assis *et al.* **Responsabilização por ilícitos praticados no âmbito de pessoas jurídicas** – uma contribuição para o debate público brasileiro. Série Pensando o Direito, Brasília, nº 18, 2009. Disponível em <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/18Pensando_Direito3.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2016.
- MIR PUIG, Santiago. Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *Ius puniendi* **Estudios penales y criminológicos**, Santiago da Compostela, nº 14, p. 203-216, 1989-1990.
- MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. Barcelona: Reppertor. 1998.
- MIR PUIG, Santiago. **Intrudución a las bases del derecho penal**. 2. Ed. Buenos Aires: Editorial B de F. 2003.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARAN, Mercedes. **Derecho penal**: parte general. Valência: Tirant Lo Blanch, 1993.
- PACELLI, Eugenio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2015.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. **La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal posmoderno**. Madrid: Iustel. 2007.
- PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações In: PRADO, Luis Régis. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Civitas. 1997. t. I, fundamentos, la estructura de la teoria del delito.
- ROXIN, Claus. **Dogmática penal y política criminal**. Lima: Idemsa. 1998.
- ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. **Revista eletrônica acadêmica de direito**, ano 3, n. 17, nov. 2009.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema del derecho romano actual**. Madrid: F. Góngora y Compañía Editores, 1879. t. II.
- SCHEERER, Sebastian. Neue soziale Bewegungen und Strafrecht. **Kritische justiz**. Nº 18. p. 245-254. 1985.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Responsabilidad penal en el marco de la empresa: dificultades relativas a la individualización de la imputación. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, t. 55, p. 9-38, 2002.

SEELMANN, Kurt. Punibilidad de la empresa: causas paradójicas y consecuencias. In: GARCÍA CAVERO, Percy. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representantes**. Lima: Ara Editores, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Delitos contra el medio ambiente**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del código penal español. In: GARCÍA CAVERO, Percy. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representantes**. Lima: Ara Editores, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Direito e controle social: de como historicamente criminalizamos a pobreza em terras brasileiras. In STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (Org.). **20 anos de constituição**: os direitos humanos entre a norma e a política. São Leopoldo: Oikos, 2009.

SUTHERLAND, Edwin. White collar criminality. **American sociological review**, Indiana, v. 5, n. 1, p.13-18, 1940.

SWAANINGEN, René van. **Perspectivas europeas para una criminología crítica**. Buenos Aires: Editora B de F, 2011.

TIEDEMANN, Klaus. **Lecciones de Derecho penal económico**: (comunitario, español, alemán). Barcelona: PPU, 1993.

TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Anuario de derecho penal**. Université de Fribourg, p. 97-125, nº 7, 1996. p. 115. Disponível em <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_07.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2016.

TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas em el derecho comparado. In: GOMES, Luiz Flávio *et al.* **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medida provisoria e direito penal**. 1. ed. v.2. São Paulo: R. dos Tribunais, 1999.

VAN WEEZEL, Alex. Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Política criminal**. v. 5, nº 9, jul/2010, p. 114-142. Santiago de Chile, 2010. Disponível em: <http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A3.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2016.

WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. 11. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (doce años después). In: ARROYO ZAPATERO, Luis. **Hacia un derecho penal económico europeo**: jornadas em honor del profesor klaus tiedemann. Madrid: Boletín oficial del estado, 1995.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura del Carmen. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. 3. ed. Navarra: Aranzadi, 2009.