

HENRIQUE VIANA PEREIRA

TEORIA DA
INCAPACIDADE

PENAL DA PESSOA JURÍDICA



EXPERT
EDITORA DIGITAL

HENRIQUE VIANA PEREIRA

O presente livro é fruto de pesquisa e releitura de tese de doutorado defendida na PUC Minas em 2014. A partir de 2015, muitos debates serviram de base para motivar essa releitura, especialmente as aulas de Direito Penal Empresarial, Direito Penal Econômico e Criminal Compliance ministradas na pós-graduação *lato sensu* e *stricto sensu* da PUC.

Foram fornecidos elementos para uma releitura da pesquisa, fortalecendo as bases para o desenvolvimento de uma teoria da incapacidade penal da pessoa jurídica. Tudo isso, dentro do contexto da linha de pesquisa "Intervenção Penal e Garantismo" e do projeto de pesquisa "Direito Penal no paradigma do Estado Democrático de Direito", do Programa de Pós-graduação da PUC Minas.

A minha trajetória pessoal de pesquisa sempre foi vinculada ao Direito Penal Empresarial, desde quando cursei pós-graduação *lato sensu*, em 2006, em "Direito Penal: tutela dos interesses difusos". Os passos seguintes, nos cursos de mestrado e doutorado, na PUC Minas, sempre caminharam para aprofundar esse ramo do direito. As produções acadêmicas, em geral, também foram vinculadas ao Direito Penal Empresarial.

O livro é destinado a estudantes e operadores do direito, sobretudo para os que não têm medo de desenvolver pensamentos críticos sobre temas relevantes, mesmo que aparentemente pacificados por jurisprudência dominante.

A expressão "incapacidade penal da pessoa jurídica", adotada no presente trabalho, é também uma homenagem ao livro "Incapacidade Criminal da Pessoa Jurídica", de autoria do Prof. Dr. Guilherme José Ferreira da Silva (in memoriam), um dos idealizadores da linha de pesquisa Intervenção Penal e Garantismo, do Programa de Pós-graduação da PUC Minas.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica é um dos temas de maior polêmica no Direito Penal moderno. A ideia aqui defendida, de uma teoria da incapacidade penal da pessoa jurídica, entra em conflito com entendimento jurisprudencial atualmente dominante e praticamente pacífico, mas a academia serve para lutar por ideais que nem sempre agradam a todos. O pesquisador não pode se curvar à ditadura da maioria, deve sempre seguir a sua caminhada racional e constante.

Foram fixados elementos para uma releitura dos estudos que envolvem a responsabilidade penal empresarial a partir do contexto de um Estado Democrático de Direito, que deve adotar o garantismo penal. A esperança é de que essa luta possa lampejar novos caminhos: a gênese de nova jurisprudência e de novos dispositivos legais.

ISBN 978-65-992633-5-4



9 786599 263354 >



EXPERT
EDITORA DIGITAL

Direção editorial: Luciana de Castro Bastos

Diagramação e Capa: Daniel Carvalho
Igor Carvalho

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.

Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

PEREIRA, Henrique Viana

Teoria da Incapacidade Penal da Pessoa Jurídica

livro eletrônico - Belo Horizonte, 2020: Editora Expert.

ISBN: 978-65-992633-5-4.

Páginas: 131

1. Direito Penal . 2. Direito Penal Empresarial 3. Direito. I. I. Título.

Índices para catálogo sistemático: CDD-343.2

1. Direito : Brasil 340





Dr. Eduardo Goulart Pimenta

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFMG e PUC/MG

Dr. Rodrigo Almeida Magalhães

Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG e PUC/MG

Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca

Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG

Dr. Marcelo Andrade Féres

Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG

HENRIQUE VIANA PEREIRA

TEORIA DA INCAPACIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Henrique Viana Pereira

Doutor e Mestre em Direito pela PUC Minas.

Professor do Programa de Pós-graduação stricto sensu em
Direito da PUC Minas.

Professor da PUC/MG (graduação e pós-graduação).

Professor do Centro Universitário Unihorizontes.

Advogado criminalista sócio do Ariosvaldo Campos Pires
Advogados.

Dezembro 2020

*Para a minha família querida,
especialmente para os meus amores Cristina,
Silvia e Sarah.*

Registro a minha gratidão a Deus e a todos que contribuem para a minha carreira, como professor e advogado criminalista. Aos professores e alunos da PUC Minas, da graduação e da pós-graduação. Aos professores e alunos do Centro Universitário Unihorizontes. Aos colegas e irmãos do escritório Ariosvaldo Campos Pires Advogados.

*Advogar é ser vanguardeiro de novas
inspirações legislativas na busca da desejável
harmonia entre o direito e a lei! (PIRES,
Ariosvaldo de Campos. Idéias e vultos do
direito. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993,
p. 46-47).*

Sumário

1. INTRODUÇÃO	14
2. O DIREITO PENAL EMPRESARIAL.....	16
2.1 A Posição do Direito Penal no Ordenamento Jurídico	16
2.1.1 A Constitucionalização do Direito Penal.....	20
2.2 O Direito Penal Empresarial	27
2.3 Criminal Compliance	37
3. PREMISSAS PARA A INTERVENÇÃO PENAL EMPRESARIAL.....	43
3.1 Conceito de Crime.....	45
3.2 Pressupostos para a Responsabilidade Penal	51
3.2.1 Princípio da legalidade	54
3.2.2 Princípio da intervenção mínima.....	55
3.2.3 Princípio da culpabilidade	57
3.2.4 Princípio da individualização da pena.....	58

3.2.5 Princípio da pessoalidade da pena 60

4. TEORIAS DA PENA..... 61

4.1 Teorias Absolutas..... 62

4.2 Teorias Relativas..... 63

4.3 Teorias Unitárias..... 64

4.4 Teoria Agnóstica 66

5. DA RESPONSABILIDADE PENAL DO EMPRESÁRIO 66

5.1 Da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica 69

5.1.1 Da impossibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica 71

5.1.2 Possibilidade de Responsabilização Penal da Pessoa Jurídica 78

5.1.2.1 Da Possibilidade de a Pessoa Jurídica Sofrer Crimes Contra a Honra 84

5.1.3 Teoria da dupla imputação ou da coautoria necessária 87

5.1.4 A responsabilidade penal da pessoa jurídica no direito comparado (sistemas da França, Inglaterra, Estados Unidos, Holanda, Dinamarca, Portugal, Itália, Espanha, Alemanha, Bélgica e América Latina) 92

5.2 Repercussões sobre a responsabilidade penal do empresário 99

6. CONCLUSÃO107

REFERÊNCIAS114

NOTA DO AUTOR

O presente livro é fruto de pesquisa e releitura de tese de doutorado defendida na PUC Minas em 2014. A partir de 2015, muitos debates serviram de base para motivar essa releitura, especialmente as aulas de Direito Penal Empresarial, Direito Penal Econômico e *Criminal Compliance* ministradas na pós-graduação *lato sensu* e *stricto sensu* da PUC.

Foram fornecidos elementos para uma releitura da pesquisa, fortalecendo as bases para o desenvolvimento de uma teoria da incapacidade penal da pessoa jurídica. Tudo isso, dentro do contexto da linha de pesquisa “Intervenção Penal e Garantismo” e do projeto de pesquisa “Direito Penal no paradigma do Estado Democrático de Direito”, do Programa de Pós-graduação da PUC Minas.

A minha trajetória pessoal de pesquisa sempre foi vinculada ao Direito Penal Empresarial, desde quando cursei pós-graduação *lato sensu*, em 2006, em “Direito Penal: tutela dos interesses difusos”. Os passos seguintes, nos cursos de mestrado e doutorado, na PUC Minas, sempre caminharam para aprofundar esse ramo do direito. As produções acadêmicas, em geral, também foram vinculadas ao Direito Penal Empresarial.

O livro é destinado a estudantes e operadores do direito, sobretudo para os que não têm medo de desenvolver pensamentos críticos sobre temas relevantes, mesmo que aparentemente pacificados por jurisprudência dominante.

A expressão “incapacidade penal da pessoa jurídica”, adotada no presente trabalho, é também uma homenagem ao livro “Incapacidade Criminal da Pessoa Jurídica”, de autoria do Prof. Dr. Guilherme José Ferreira da Silva (*in memoriam*), um dos idealizadores

da linha de pesquisa Intervenção Penal e Garantismo, do Programa de Pós-graduação da PUC Minas.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica é um dos temas de maior polêmica no Direito Penal moderno. A ideia aqui defendida, de uma teoria da incapacidade penal da pessoa jurídica, entra em conflito com entendimento jurisprudencial atualmente dominante e praticamente pacífico, mas a academia serve para lutar por ideais que nem sempre agradam a todos. O pesquisador não pode se curvar à ditadura da maioria, deve sempre seguir a sua caminhada racional e constante.

Foram fixados elementos para uma releitura dos estudos que envolvem a responsabilidade penal empresarial a partir do contexto de um Estado Democrático de Direito, que deve adotar o garantismo penal. A esperança é de que essa luta possa lampejar novos caminhos: a gênese de nova jurisprudência e de novos dispositivos legais.

1. INTRODUÇÃO

A pesquisa parte da análise de aspectos críticos relacionados a problemas que acompanham uma infeliz expansão desenfreada do Direito Penal. O conceito de crime deve ser revisitado, para uma correta leitura do que se chama Direito Penal Empresarial.

Devem ser expostas premissas que envolvem a responsabilidade penal e, especificamente, a responsabilidade penal do empresário, pessoa física ou jurídica. Quanto à responsabilidade penal da pessoa jurídica, será necessária uma visita às teorias que envolvem esse controverso tema, passando pelo direito comparado e por uma análise da posição do Supremo Tribunal Federal.

Pretende-se fazer uma releitura do tema, de modo a superar a concepção de responsabilidade penal da pessoa jurídica, para analisar se a pessoa jurídica tem capacidade criminal, no contexto do ordenamento jurídico penal brasileiro.

Não se pode tolerar o esquecimento dos limites para a intervenção criminal, de modo que o Direito Penal Empresarial seja utilizado sem necessidade efetiva. Assim, há premissas imprescindíveis para justificar a responsabilidade penal nos crimes empresariais. Nesta pesquisa pretende-se demonstrar um estudo crítico, doutrinário e jurisprudencial, acerca de premissas imprescindíveis, bem como instrumentos para evitar punição desproporcional.

A ideia de necessidade de intervenção deve partir do estudo do princípio da intervenção mínima e do garantismo penal. Será verificado que o garantismo penal, em uma concepção racional, deve proteger os direitos e liberdades frente as arbitrariedades do poder público e contra as agressões de terceiros. Assim, defende-se uma

compreensão multifuncional do garantismo, para concretizar os direitos e interesses sociais.

A ideia de garantismo deve estar sintonizada com a proporcionalidade, em um contexto de vedar excessos e proibir proteção deficiente. Essa concepção garantista tem máxima a aplicação racional do Direito Penal em respeito ao postulado inafastável da dignidade da pessoa humana, razão pela qual o *jus puniendi* somente se torna legítimo quando inserido em uma lógica de mínima intervenção possível do sistema penal sobre as liberdades dos cidadãos, com uma máxima proteção às garantias individuais.

O Direito Penal mínimo não proíbe uma aplicação rígida do direito. A aplicação deve ser rígida sim, mas, ao mesmo tempo, racional.

Pretende-se, assim, verificar a possibilidade de se assegurar a legitimidade da intervenção penal empresarial e equilibrar as tensões da necessidade de tutela de interesses difusos e o respeito ao princípio da intervenção mínima, que deve permear um Direito Penal de *ultima ratio*.

A Constituição da República está no centro do ordenamento jurídico e, por isso, o Direito Penal Empresarial deve ser interpretado a partir dela. Essa leitura se torna condição para uma correta interpretação das normas.

O pano de fundo parte de garantias fundamentais, no contexto de um Direito Penal garantista, preocupado com a dignidade da pessoa humana e com a racionalidade na intervenção penal. Espera-se que o esforço apresentado contribua para a discussão crítica e científica do Direito Penal Empresarial, estabelecendo o necessário e constante diálogo entre a teoria do crime e a responsabilidade penal empresarial.

2 O DIREITO PENAL EMPRESARIAL

A gênese e o crescimento do Direito Penal Empresarial são corolário do contexto de expansão da tutela penal. Ramos que antes não pediam socorro ao Direito Penal, agora clamam por intervenção criminal. A questão da segurança, controle e transparência de atividades econômicas, que antes repercutia apenas nas esferas cível e administrativa, agora sofrem intervenção penal. Nesse contexto, os empresários, pessoas físicas ou jurídicas, enquanto geradores de riscos sociais aos interesses e bens da sociedade, se tornaram alvo da expansão normativa, em uma tentativa do legislador para mitigar os perigos gerados pela atividade empresarial.

2.1 A Posição do Direito Penal no Ordenamento Jurídico

O Direito Penal pode ser conceituado como o conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações penais e suas sanções, através de um conjunto de valorações e princípios que orientam a aplicação das normas penais (BITENCOURT, 2012).

Atualmente, a doutrina majoritária entende que o Direito Penal pertence ao Direito Público: “O Direito Penal, em suma, ao lado do Direito Constitucional, do Direito Administrativo etc., não pertence ao Direito privado (do qual fazem parte o Direito Civil, o Direito Comercial etc.), e sim ao Direito Público” (MOLINA; GOMES, 2012, p. 37).

Essa posição majoritária se justifica porque o Direito Penal, além de proteger interesses individuais (vida, liberdade, patrimônio, dignidade sexual, honra, etc.), tutela interesses difusos (ex. ordem tributária e meio ambiente). Além disso, mesmo quando o Direito

Penal protege interesses individuais, ele o faz “em função do interesse da própria convivência social, já que ela não seria possível sem a salvaguarda desses bens fundamentais” (MOLINA; GOMES, 2012, p. 37).

Outra justificativa diz respeito à falta de susceptibilidade negocial a que a responsabilidade penal está sujeita. Por isso, a responsabilidade criminal fica, em regra, afastada do âmbito da autonomia da vontade dos envolvidos. Destaque-se que, em regra, não há possibilidade de negociar a responsabilidade penal. Essa regra possui exceções, como é o caso da composição civil e da transação penal, benefícios previstos na Lei 9.099/95 (arts. 72 ao 74 e 76, todos da Lei 9.099/95)¹.

Apesar de o Direito Penal pertencer ao Direito Público, a interpenetração entre o Direito Público e o Direito Privado demonstra que a distância entre o Direito Público e o Direito Privado está em crise:

1 Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

Art. 73. A conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador sob sua orientação. Parágrafo único. Os conciliadores são auxiliares da Justiça, recrutados, na forma da lei local, preferentemente entre bacharéis em Direito, excluídos os que exerçam funções na administração da Justiça Criminal.

Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

A própria distinção entre direito privado e público está em crise. Esta distinção, que já os Romanos tinham dificuldade em definir, se substancia ora na natureza pública do sujeito titular dos interesses, ora na natureza pública e privada dos interesses. Se, porém, em uma sociedade onde é precisa a distinção entre liberdade do particular e autoridade do Estado, é possível distinguir a esfera do interesse dos particulares daquela do interesse público, em uma sociedade como a atual, torna-se difícil individuar um interesse particular que seja completamente autônomo, independente, isolado do interesse dito público. (PERLINGIERI, 2007, p. 53).

Importante destacar a importante relação entre o Direito Penal e o Direito Privado: “As partes que formam os setores do Direito estão umas com as outras numa relação de autonomia e interdependência. Essa relação de complementariedade se faz presente também entre o Direito Penal e os ramos do Direito Privado (Direito Civil e Comercial).” (PRADO, 2007, p. 59).

Dessa forma, são várias as afinidades do Direito Penal com o Direito Privado: “como direito eminentemente sancionador, a contribuição do primeiro é decisiva para reforçar a tutela jurídica do segundo com a cominação de sanções punitivas aos atos ilícitos” (MIRABETE, 2001, p. 29).

Essa interpenetração, entre ramos aparentemente separados, reflete um caminho de mão dupla, porque “muitos conceitos do Direito Privado são úteis ao Direito Penal, por serem indispensáveis à correta

interpretação e aplicação de seus preceitos. O Direito Penal também presta significativa contribuição ao Direito Privado” (PRADO, 2007, p. 61).

Além disso, a unidade do ordenamento jurídico justifica uma superação da dicotomia Direito Público/Direito Privado. Por isso, “não são poucos os autores que, a partir da ideia da constitucionalização do direito, decretam como superada a distinção entre direito público e direito privado” (SILVA, 2008, p. 172).

No mesmo sentido, Leonardo Mattiето defende o abandono da separação do direito em público e privado: “a acolhida da tese de unidade do ordenamento jurídico, e bem assim da superioridade dos valores e princípios insculpidos na Constituição, cujo alcance se projeta no sistema jurídico como um todo, conduz à necessidade de abandonar a separação do direito público e privado, posta pela doutrina tradicional” (MATTIETO, 2000, p. 166).

Deste modo, essas ideias impõem aos juristas a tarefa de constitucionalização do direito, bem como “projetar o cumprimento deste mandato no campo da realidade social, ou seja, promover que este dever ser se converta em ser em sociedade e no planeta” (ZAFFARONI, 2016, p. 71, tradução nossa²).

Por isso, o Direito Privado e o Direito Público não se excluem, mas se integram em uma unidade de sentido, em um contexto que privilegia a democracia e os direitos fundamentais. Ora, “cada norma jurídica serve sempre ao interesse coletivo e ao individual ao mesmo tempo; porque o interesse coletivo não é um interesse diferente do individual” (PERLINGIERI, 2008, p. 431). De mais a mais, “não pode mais o direito empresarial ser meramente passivo observador e receptor dos dados da vida empresarial” (SALOMÃO FILHO, 2006, p. 20), nos quais se insere a responsabilidade penal empresarial.

2 Proyectar el cumplimiento de este mandato em el campo de la realidad social, o sea, promover que esse deber ser se convierta em ser em la sociedad y en el planeta.

Em vista disso, “os programas de *compliance* constituem uma curiosa hibridização entre o público e o privado, entre o Estado e mundo corporativo, pois as normas que moldam as políticas empresariais são duplamente mistas em seu conteúdo, público-privado” (SILVA, 2020, p. 69).

2.1.1 A Constitucionalização do Direito Penal

A Constituição da República de 1988 marcou uma ruptura com as bases autoritárias dominantes. Com a busca pela efetivação do Estado Democrático de Direito, todos os ramos do direito dever ser ligados à Constituição:

O Direito Penal, como qualquer outro ramo do Direito, tem suas raízes de legitimidade nas opções políticas expressas na Constituição. A ideologia acolhida pela Constituição condiciona a atividade repressiva estatal (fixa com precisão seus limites e objetivos) de modo a estabelecer o alcance da intervenção punitiva e as modalidades em que se exercitará o *ius puniendi*. (GALVÃO, 2020, p. 113).

Apesar desse importante marco, ainda se convive, infelizmente, com uma política criminal do terror, em que princípios básicos são desrespeitados. Isso caracteriza o condenável direito penal do inimigo, famosa vertente do infeliz movimento da lei e da ordem, onde o contraditório pode ser substituído pelo inquisitivo, a ampla defesa é “simbólica” e a presunção de inocência desconsiderada.

A respeito do tema, Denilson Feitoza Pacheco afirma:

Nas duas décadas em que atuamos na área criminal, temos observado que a interpretação da Constituição a partir do Código de Processo Penal, e não o contrário, tem sido um dos principais obstáculos ao desenvolvimento do direito processual penal brasileiro. Em 1988, com a nova Constituição Federal, passamos por uma profunda transformação jurídica, que não tem sido acompanhada efetivamente no cotidiano forense. (PACHECO, 2005, p. 163).

Destarte, a Constituição é o centro do ordenamento jurídico. Portanto, o Direito Penal e o Direito Processual Penal devem ser lidos a partir dela, sendo certo que essa leitura se torna condição para uma correta interpretação das normas: “a Constituição está na base do desenho da política criminal e funciona como garantia contra a arbitrariedade de um mero decisionismo político” (YACOBUCCI, 2002, p. 142, tradução nossa³). Nas palavras de Rodrigo Iennaco:

Essa é a única opção metodológica capaz de edificar um projeto de Direito Penal que, segundo a Constituição, resulte em um desenho reducionista do poder punitivo, que se estabeleça limitado pelo Direito Penal, tarefa que por definição se pode (e

³ *La Constitución está en la base del diseño de la política criminal y opera como garantía contra la arbitrariedad de un mero decisionismo político.*

deve) atribuir ao poder jurídico na Democracia. (IENNACO, 2016, p. 29).

Diante disso, “o ordenamento jurídico passa, então, a ser concebido sob novo paradigma: o principal” (GALVÃO, 2020, p. 133). Com efeito, a constitucionalização configura pressuposto fundamental para a elaboração de um direito humanizado. A esse respeito, Zaffaroni afirma: “pressupostos para a elaboração de um Direito Penal Humano: a constitucionalização” (ZAFFARONI, 2016, p. 71, tradução nossa⁴). Como se não bastasse, o autor esclarece:

A tarefa do direito penal humano. A introdução dos Direitos Humanos no campo do dever ser impõe aos juristas a tarefa de projetar o cumprimento deste mandato no campo da realidade social, ou seja, promover que este dever ser se converta em ser em sociedade e no planeta, em certo sentido diametralmente oposto aos interesses do capital financeiro transnacional. (ZAFFARONI, 2016, p. 71, tradução nossa⁵).

A concepção de um Direito Penal, que deve ser interpretado e restringido pela Constituição, está em sintonia com os ideais de Direito Penal mínimo. Esses ideais não proíbem uma aplicação rígida

4 Presupuestos para la elaboración de un derecho penal Humano: la constitucionalización.

5 La tarea del derecho penal humano. La introducción de los Derechos Humanos en el campo del deber ser impone a los juristas la tera de proyectar el cumplimiento de este mandato en el campo de la realidad social, o sea, promover que esse deber ser se convierta en ser en la sociedad y en el planeta, en sentido diametralmente opuesto a los intereses del capital financiero transnacional.

do direito. A aplicação deve ser rígida sim, mas, ao mesmo tempo, racional. Afinal, no contexto da dimensão solidária do Direito Penal,

O Estado também se encontra obrigado por meio de comandos constitucionais de criminalização das condutas que ofendem os interesses sociais mais relevantes. Constituindo o Direito Penal um dos instrumentos de defesa dos direitos fundamentais, além do dever de observar as garantias constitucionais estabelecidas e favor da liberdade individual, o Estado também se encontra obrigado a garantir a operacionalidade do Direito Penal. (GALVÃO, 2015, p. 61-62).

Importante ressaltar que o Direito Penal e o Direito Processual Penal não são simplesmente sistemas de normas convencionadas, são sistemas coerentes de princípios e garantias constitucionais. Nesse sentido, Lúcio Antônio Chamon Júnior afirma: “o Direito não é um sistema de normas convencionadas e sim um sistema de princípios” (CHAMON JUNIOR, 2008, p. 230).

Todo o sistema penal fica condicionado aos dispositivos constitucionais. A obediência à Constituição deve funcionar como uma lente através da qual toda a legislação há de ser vista. Então, as normas penais devem ser lidas à luz dos princípios e valores consagrados na Constituição. Este é um ditame do Estado Democrático de Direito, que tem na Constituição sua base. Sendo certo que a interpretação das normas deverá buscar adequá-las aos dispositivos constitucionais, uma vez que foram eleitos como pilares do ordenamento jurídico.

Deve-se, portanto, assegurar a legitimidade da intervenção penal empresarial e equilibrar as tensões da necessidade de tutela de interesses difusos e o respeito ao princípio da intervenção mínima, que deve permear um Direito Penal de *ultima ratio*. Por isso, “a racionalidade do Direito Penal deve conciliar-se com a racionalidade que inspira a teoria geral do direito no Estado Democrático” (GALVÃO, 2015, p. 255).

Por isso, defende-se o acolhimento dos princípios constitucionais, inerentes ao modelo garantista, em busca do direito penal mínimo. O sistema penal deve ser voltado para os direitos humanos, assegurando a dignidade da pessoa. Conforme ensina Rogério Greco:

A interpretação conforme a constituição é o método de interpretação através do qual o intérprete, de acordo com uma concepção penal garantista, procura aferir a validade das normas mediante o seu confronto com a Constituição. As normas infraconstitucionais devem, sempre, ser analisadas e interpretadas de acordo com os princípios informadores da Carta Constitucional, não podendo, de modo algum, afrontá-los, sob pena de ver judicialmente declarada a sua invalidade, seja através do controle direto de constitucionalidade, exercido pelo STF, seja pelo controle difuso, atribuído a todos os juízes que atuam individual (monocráticos) ou coletivamente (colegiados). (GRECO, 2009, p. 44).

Essa visão constitucionalista do Direito Penal deve partir impondo limites na atuação punitiva do Estado. Esses limites possuem base no garantismo penal, sendo que dentre eles, estão: princípio da intervenção mínima, da proporcionalidade, da culpabilidade, da personalidade, da legalidade, dignidade da pessoa humana, individualização da pena, estado de inocência, entre outros. Por isso:

Isso implica - no campo jurídico geral - na necessidade de aperfeiçoar ao máximo a interpretação de todo o direito com base nas normas fundamentais de consagração dos Direitos Humanos, promovendo nossos estados de direito no sentido que Peter Häberle agora denomina estado fundamental de direito (*Grundrechtsstaat*), promotor de sua realização ótima (*optimale Grundrechtsverwirklichung*), que, obviamente, esbarra na resistência das potências hegemônicas que condicionam o atual quadro de poder mundial e regional. (ZAFFARONI, 2016, p. 72, tradução nossa⁶).

Vale destacar que a responsabilidade penal não pode acontecer de forma arbitrária. Por isso, são necessários limites para o *jus puniendi*, que são obtidos através dos princípios, verdadeiros filtros limitadores da responsabilidade penal, utilizados para “descobrir

⁶ *Esto implica – en el campo jurídico general – la necesidad de perfeccionar al máximo la interpretación de todo el derecho en base a las normas fundamentales consagratorias de los Derechos Humanos, impulsando a nuestros estados de derecho en el sentido que Peter Häberle llama ahora estado fundamental de derecho (Grundrechtsstaat), promotor de su óptima realización (optimale Grundrechtsverwirklichung), lo que, obviamente, choca con la resistencia de los poderes hegemónicos que condicionam el actual marco de poder mundial y regional.*

quem responde e quando responde pelo fato criminoso” (MOLINA; GOMES, 2012, p. 437).

Importante mencionar, a título de ilustração, Claus Roxin, o qual entende que a responsabilidade penal deve ser orientada pelas consequências penais do ato (ROXIN, 1992). E, com auxílio não menos importante, Günther Jakobs especificou o objetivo de um Direito Penal funcional: a busca pela estabilização de expectativas, em prol de um harmônico convívio social (JAKOBS, 1997). Nessa linha, o estudo dos princípios colabora para evitar o ineficaz Direito Penal do inimigo⁷, que corresponde a um indevido Direito Penal do autor⁸.

O que se deve ter como pano de fundo é o Direito Penal mínimo, baseado na ideia do chamado garantismo penal, desenvolvido por Luigi Ferrajoli:

O direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e certeza. (FERRAJOLI, 2006, p. 102).

Dessa forma, os princípios “constituem a face orientadora da aplicação das normas abstratamente previstas em lei aos casos concretos emergentes dos conflitos sociais, legitimadores da interveniência do poder repressivo estatal” (NUCCI, 2011, p. 31).

7 “Os inimigos seriam, a rigor, não-pessoas que constituem fonte de perigo social e para as quais não valem as disposições protetivas do direito dos cidadãos” (GALVÃO, 2020, p. 237).

8 Importante destacar a diferença entre Direito Penal e Direito Penal do Inimigo: “a) o Direito Penal do inimigo não estabiliza normas (prevenção geral positiva), mas denomina determinados grupos de infratores; b) em consequência, o Direito Penal do inimigo não é um Direito Penal do fato, mas do autor” (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 75).

Importante ressaltar que a constitucionalização do Direito não significa a exclusão do Código Penal como centro do Direito Penal, e nem a exclusão do Código de Processo Penal como centro do Processo Penal. Afinal, é a partir desses códigos que serão buscadas as diretrizes gerais do direito. Trata-se, então, de uma leitura do Direito Penal e do Direito Processual Penal a partir dos dispositivos constitucionais.

2.2 O Direito Penal Empresarial

No século XVIII, Cesare Beccaria afirmou que a responsabilidade penal foi necessária para que os homens pudessem viver com segurança e tranquilidade. Por isso, o surgimento das penas foi fundamental para a convivência social. De acordo com esse autor:

Leis são condições sob as quais homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viver em contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade inútil pela incerteza de conservá-la. Parte dessa liberdade foi por eles sacrificada para poderem gozar o restante com segurança e tranquilidade. (BECCARIA, 1999, p. 27).

Dessa forma, a submissão das pessoas às normas de convivência permite a integração entre os indivíduos. Para efetivar essa submissão, o Direito Penal é imprescindível, porque é mecanismo eficaz para assegurar a conformidade das pessoas às normas da sociedade.

Ademais, “o Direito Penal simboliza o sistema normativo mais formalizado, com uma estrutura mais racional, e conta com o mais elevado grau de divisão de trabalho e especificidade funcional dentre todos os subsistemas normativos” (KAISER, 1978, p. 83). Portanto, a aplicação do Direito Penal, observando rigorosos critérios de justiça, é fundamental para restabelecer a ordem jurídica quando os demais ramos do direito se mostrarem insuficientes.

O Direito Penal passou a ser idealizado, então, como um importante instrumento para promover controle, desenvolvimento e justiça social, como se a criminalização de condutas fosse a melhor saída para os problemas da sociedade. Assim, tanto por fatores legítimos como por ilegítimos, a legislação penal se expande preocupantemente, fadada a um suposto instrumentalismo, que, na realidade, não passa de resposta simbólica à sociedade do risco (RODRIGUES, 2014, p. 2).

Na esfera legislativa, percebe-se uma política de inflação penal, de modo que novas leis incriminadoras constantemente são criadas e as penas já existentes são frequentemente agravadas, como se a ampliação do ramo jurídico penal fosse remédio contra a criminalidade. Ocorre que a aplicação do Direito Penal deveria se restringir aos casos em que os demais ramos do direito se revelarem insuficientes para manter a harmonia social. Assim, a função do Direito Criminal, especialmente no contexto do Estado Democrático de Direito, deve ser a redução e a contenção do poder punitivo, dentro dos limites menos irracionais possíveis (ZAFFARONI, 2013, p. 172).

Partindo dessas premissas, a coletividade necessita de um sistema eficaz de controle para assegurar uma estabilidade que possibilite ambiente seguro para o desenvolvimento econômico. Isso deve ocorrer através de um sistema coerente de normas que considere modelos de conduta, impondo sanções aos fatos que coloquem perigo ao próprio grupo. Assim, a responsabilidade penal serve de instrumento imprescindível para o controle social.

Afinal, o ordenamento jurídico deve estar sintonizado com a proporcionalidade, em um contexto de vedar excessos e proibir proteção deficiente. Nesse caminho, deve-se verificar a possibilidade de se assegurar a legitimidade da intervenção penal empresarial e equilibrar as tensões da necessidade de tutela de interesses difusos e o respeito ao princípio da intervenção mínima, que deve permear um Direito Penal de *ultima ratio*.

Outrossim, a intervenção mínima resulta na seletividade dos bens jurídicos que merecem atenção da tutela penal:

A incriminação só se justifica diante de ataque a bem jurídico considerado relevante, e a pena, além de ser proporcional ao dano social produzido, deve ser a mínima necessária à realização dos fins de proteção almejados. Se o Direito Penal deve restringir sua interferência ao mínimo necessário, a força punitiva da intervenção deve ser bem orientada para produzir os melhores resultados possíveis. (GALVÃO, 2020, p. 144).

O pano de fundo parte de garantias fundamentais, no contexto de um Direito Penal garantista, preocupado com a dignidade da pessoa humana e com a racionalidade na intervenção penal. Nesse sentido, as palavras de Anabela Miranda Rodrigues:

Se o Estado, hoje, se pede que faça mais, no âmbito penal, isso não tem de significar, necessariamente, desrespeito ou desconsideração pelo princípio da *ultima ratio*. *Ultima ratio* não é *nulla ratio*. O que está em causa é assegurar a legitimidade da intervenção penal na atividade económica que resolve,

mediante um adequado equilíbrio valorativo, as tensões entre as exigências de proteção de bens jurídicos coletivos, cada vez mais imateriais ou institucionalizados, e o respeito pelo princípio da *ultima ratio* em que aquela intervenção penal se consubstancia. Na verdade, os limites – que são constitucionais – ao *jus puniendi* têm de conviver com a obrigação estadual – que também goza de nível constitucional – de assegurar as necessidades preventivas. (RODRIGUES, 2019, p. 28).

No mesmo sentido, José César Naves de Lima Júnior:

O garantismo penal, compreendido em sua plenitude, exige a proteção dos direitos e liberdade tanto contra as arbitrariedades do poder público como frente às ameaças ou agressões de terceiros, fundamento da multifuncionalidade que deverá nortear à concretização de direitos individuais, de cujo rol faz parte a individualização da pena, quer dizer, do direito a pena digna e proporcional ao crime. Do contrário, corre-se o risco de adotar um sistema garantista radicalizado que ignora a defesa da sociedade como propósito do direito penal, desprotegendo cidadãos a mercê de condutas criminosas que deveriam ser, antes de tudo, evitadas. (LIMA JÚNIOR, 2016, p. 143).

O Direito Penal clássico rompeu barreiras, abrindo espaço para uma nova feição, chamada de Direito Penal Empresarial (ou

Econômico), que pode possuir técnicas sancionatórias típicas da legislação especial:

Algumas técnicas sancionatórias típicas da legislação especial podem continuar a prevalecer, ao menos em alguns dos fenômenos criminosos que se relacionam com a atividade econômica e empreendedora, assim como ao progresso tecnológico; e, da mesma forma, é provável que no futuro surjam outros bens ou interesses dotados de características especiais que requeiram forma de tutela penal e extrapenal estreitamente relacionadas. (GOMES, 2014, p. 153).

O Direito Penal Empresarial, também chamado de Direito Penal Econômico, possui matéria complexa eivada de tecnicismo e de árdua apreensão. Esse ramo do direito visa tutelar a atividade econômica desenvolvida numa economia de mercados livres. Com efeito, esse tipo de tutela penal se justifica pela natureza supra individual dos bens jurídicos protegidos. O desafio principal do Direito Penal Econômico é a “proteção de bens jurídicos coletivos” (RODRIGUES, 2019, p. 29).

Apesar de ser mais comum a expressão “Direito Penal Econômico”, prefere-se a utilizar “Direito Penal Empresarial”, especialmente tendo em vista que o termo empresa deve ser compreendido como a atividade, que visa obter lucros, através do oferecimento ao mercado de bens ou serviços, gerados mediante a organização dos fatores de produção.

Conforme entende Fábio Ulhoa Coelho, “se empresário é o exercente profissional de uma atividade econômica organizada, então empresa é uma atividade; a de produção ou circulação de bens ou serviços” (COELHO, 2008, p. 12). Então, a empresa não possui personalidade jurídica, sendo objeto – e não sujeito – de direito.

Sobre o termo empresa, Luiz Antônio Ramalho Zanoti registra:

Pelo termo empresa subtede-se condição ativa, ação, diligência, dentre outras. Logo, em existindo empresa, há atividade mediante o exercício de uma série de atos coordenados, complexos ou não, com objetivo específico. Essa atividade tem fins econômicos, e visa à produção ou circulação de bens ou serviços. Para o exercício da atividade econômica são necessários quatro fatores de produção: capital, trabalho, matéria-prima e tecnologia. Subsume-se, pois, que esses bens de produção possam produzir os resultados esperados, do homem e para o homem, se forem empregados de forma coordenada. Daí o fato de que, na conceituação de empresa, impõe-se a exigência de que ela seja um ente organizado. Essa conjugação de esforços é realizada pelo empresário, em nome próprio, em caráter habitual, com ou sem o concurso de atividade alheia, mediante a organização e direção do negócio. (ZANOTI, 2009, p. 17).

Dessa forma, apesar de menos comum do que a expressão “Direito Penal Econômico”, adota-se “Direito Penal Empresarial”.

Pode-se dizer que o Direito Penal Empresarial tem certa autonomia, em que pese a manutenção da unicidade do Direito Penal. Trata-se de disciplina ainda em formação, a qual poderá ser convertida em disciplina autônoma, com sistema principiológico próprio, inclusive.

Conforme entende Carlos Perez Del Valle, “o Direito Penal Econômico é definido em relação a um objeto de caráter político-criminal: a prevenção da criminalidade econômica” (VALLE, 2004, p. 30, tradução nossa)⁹. Por isso, Douglas Fischer entende que é necessário ter um olhar novo, porque é limitada a capacidade do Direito Penal clássico para combater fenômenos da criminalidade econômica. Sustenta, ainda, “ser necessário desenvolver uma teoria com características próprias e que seja eficaz na proteção preponderante de bens jurídicos coletivos, reveladores de interesses difusos” (FISCHER, 2006, p. 102). Explicando sua posição, esse autor acrescenta:

Não que se deva afastar os critérios vigentes até hoje em relação aos delitos que atinjam interesses individuais, mas é essencial que, de forma paralela e concatenada, se estabeleçam novos paradigmas – que devem conviver harmoniosamente com aqueles – para que, de modo substancial, se garanta a efetividade penal em relação aos crimes que atentem contra os interesses difusos, inter-relacionados de forma umbilical com os chamados direitos fundamentais de terceira geração. Apenas é necessário ter um olhar novo. (FISCHER, 2006, p. 121).

⁹ *El Derecho Penal económico se define en relación con un objeto de carácter político-criminal: la prevención de la criminalidad económica.*

A respeito da necessidade de intervenção penal na esfera econômica:

Reconhece-se que a proteção de bens jurídicos na esfera econômica constitui um dos desafios principais do direito penal (econômico), ligado que à natureza coletiva dos bens em causa quer às dificuldades de tipificação do ilícito e à frequente utilização de crimes de perigo abstrato. Mas, como as investigações criminológicas na esfera econômica mostram, o risco não é ilusório: não só há novas formas de agressão a bens jurídicos em contextos de ação coletivos, em que as relações pessoais são substituídas por comportamentos anónimos e estandardizados; como também o risco é mesmo maior do que a insegurança sentida, em virtude da neutralidade ou da aparência externa de licitude dos crimes econômicos, que frustram a identificação das vítimas enquanto tais. (RODRIGUES, 2019, p. 26).

Apesar de integrar o Direito Penal, possui íntima ligação com a atividade econômica empresarial, eis que, em alguns casos de abuso de direito, os agentes, na busca da maximização de seus lucros, infringem normas de Direito Penal Econômico por meio de uma sociedade empresária. Nesse sentido: “no instante em que se permite aos sócios exercer uma atividade comercial com o respaldo da pessoa jurídica, limitando-lhes a responsabilidade, a lei se sente no dever de proteger, inclusive penalmente, terceiros que entrem em contato com a sociedade” (COSTA JÚNIOR; PEDRAZZI, 2005, p. 14).

Sobre o chamado Direito Penal Empresarial, assevera Jair Leonardo Lopes: “em se tratando das relações do Direito Penal com

outras disciplinas jurídicas, merece referência especial o denominado Direito Penal Econômico que, segundo alguns, tem por objeto os crimes praticados na produção, distribuição e consumo de bens e serviços”. (LOPES, 2005, p. 34).

No mesmo sentido: “a criminalidade econômica como criminalidade da empresa afeta a regulamentação da produção, distribuição e consumo de bens e serviços” (VALLE, 2004, p. 33, tradução nossa)¹⁰.

Dessa forma, o Direito Penal Empresarial trata do conjunto de delitos que podem ser praticados quando do exercício de atividade econômica organizada visando à obtenção de lucros, em uma economia de mercado. Configura uma “criminalidade sutil, difusa e de reflexos lentos, porém com dimensão extremamente acentuada” (FISCHER, 2006, p. 137).

Importante destacar o chamado efeito espiral, comum na delinquência econômica: “a deslealdade de um dos agentes criminosos para com os seus competidores pressiona os demais a praticarem idênticas condutas” (FISCHER, 2006, p. 138).

Os desafidores do Direito Penal Econômico buscam maximizar os lucros, mas praticam condutas graves, eis que suas consequências atingem, geralmente, pessoas indeterminadas e interesses difusos. Ademais, “a potencialidade lesiva dos delitos econômicos merece ser mensurada não no momento de sua realização, mas pelos efeitos que serão produzidos no futuro” (FISCHER, 2006, p. 135). No mesmo sentido, Cesare Beccaria afirmou, no século XVIII, que a verdadeira medida do delito é o dano causado (BECCARIA, 1999).

Esse tipo de tutela penal se justifica pela natureza supra individual dos bens jurídicos protegidos. Por exemplo, a tutela da ordem tributária, através desse ramo do Direito Penal, visa proteger,

¹⁰ *La criminalidad económica como criminalidad de empresa afecta a la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios.*

ainda mais, a receita tributária, que dará o respaldo econômico para as atividades destinadas às necessidades sociais. No mesmo sentido, a tutela ambiental se preocupa com o desenvolvimento sustentável, *ex vi* do art. 225, *caput* da CR/1988¹¹. Conforme entendem Paulo José da Costa Júnior e Cesare Pedrazzi, “trata-se, pois, de tutela penal coletiva” (COSTA JÚNIOR; PEDRAZZI, 2005, p. 14).

Como exemplo, em caso de tutela da ordem tributária, fundamental ressaltar que a tributação é um eficaz instrumento de erradicação da pobreza e da redução das desigualdades sociais, na medida em que ocorra uma distribuição funcional da renda. Vale frisar que a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais constituem objetivos essenciais de nosso Estado Democrático de Direito, conforme dispõe o artigo 3º, inciso III, da Constituição da República de 1988. Sobre a importância da atividade tributária, Luiz Regis Prado assevera:

Essas regras e princípios informam a atividade tributária do Estado e proporcionam o ingresso dos recursos necessários para atender seus gastos, no caso de não serem suficientes os auferidos de sua receita patrimonial, ou seja, aquela oriunda da exploração do patrimônio estatal. A obtenção de receita é feita mediante a instituição de tributos (impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições sociais) e tem como escopo primordial satisfazer às necessidades sociais e atender aos encargos públicos do orçamento. (PRADO, 2004, p. 400-401).

11 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

A responsabilização criminal, em delitos inerentes ao Direito Penal Empresarial, é necessária na medida em que motiva e conscientiza o empresário a não cometer crimes. A análise de custos e benefícios sempre deve ser analisada, eis que inerente à atividade empresarial. Portanto, para evitar a responsabilidade penal do empresário, deverá ocorrer conciliação entre a busca por lucros e o respeito às normas de Direito Penal Empresarial.

2.3 Criminal Compliance

A partir das políticas econômicas neoliberais e de desregulação, surgiram escândalos financeiros que a supervisão não conseguiu evitar e nem individualizar responsabilidades. Por isso, começaram a surgir propostas de autorregulação regulada, com as orientações de *corporate governance* e de *criminal compliance* (RODRIGUES, 2019, p. 45).

Deste modo, Marcio Fernandes Fioravante da Silva afirma que “diante do desenvolvimento empresarial ao longo do século XX e a consequente incapacidade estatal de controlar certos riscos surge o fenômeno da autorregulação empresarial, o *compliance*” (SILVA, 2020, p. 75). Esse autor ainda acrescenta que “a multiplicação dos programas de *compliance* é fruto dessa pressão que recai sobre empresas” (SILVA, 2020, p. 77).

Aos riscos inerentes à atividade empresarial, que tradicionalmente estavam relacionados à livre concorrência e livre iniciativa, hoje há também os riscos de imputações criminais, que podem ter consequências mais graves que o risco econômico da atividade (BACIGALUPO, 2011, p. 21-22). Sobre a complexidade organizacional, Flávia Siqueira observa que

No complexo contexto empresarial, atividade de risco por excelência, é corriqueiro se identificar no cerne da empresa a existência de diferentes divisões de competências, seja em um mesmo nível hierárquico ou em níveis diferentes de subordinação. (SIQUEIRA, 2016, p. 187).

O crescimento da intervenção criminal às atividades empresárias aumentou a possibilidade de responsabilizações no contexto das corporações com possibilidade de afetar seus dirigentes. Assim, surgem diversos deveres empresariais.

Pode dizer-se que a criação de programas de *compliance* responde a dois aspectos fundamentais. Desde logo, à criação exponencial de normas legais reguladoras da atividade econômico-empresarial e à frequência das alterações legislativas, que, por sua vez, procuram acompanhar o ritmo vertiginoso a que hoje se processa a evolução ao domínio econômico. Para além disso, as empresas não querem ter problemas legais ou judiciais nos locais onde estão instaladas, devido aos custos aí implicados, desde logo reputacionais, e pretendem, por isso, que uma cultura corporativa adequada impregne toda a estrutura organizacional da empresa, tendo em vista a mitigação de riscos associados à sua atividade. (RODRIGUES, 2019, p. 57).

Como “as dificuldades para a imputação individual no âmbito das organizações empresariais são imensas” (FACCINI NETO; SÁ, 2020, p. 113), os programas de *compliance* servem como estratégia de prevenção da criminalidade econômica, além de servir de instrumento para colaborar na individualização de responsabilidades.

Na esfera penal, “as políticas de *good governance* e de *compliance* devem ser levadas em conta para a delimitação da responsabilidade empresarial (RODRIGUES, 2019, p. 63). Nesse sentido: “temos a adoção dos programas de *compliance* com uma dupla função, a prevenção de delitos e uma ferramenta de aferição da culpabilidade corporativa perante o direito penal” (SILVA, 2020, p. 59)

Destarte, houve uma “tendência mundial de reformulação do Direito Penal Econômico e adoção de previsões de autorregulação regulada para a prevenção de infrações econômicas” (LUZ, 2019, p. 55).

Então, poderá haver responsabilidade jurídica por descumprimento de regulações e leis que regem a atividade empresarial, em razão dos riscos gerados.

Nessa constatação em termos preventivos, onde o dano cede lugar ao perigo nas formulações típicas, percebe-se o alvorecer de uma nova tendência, inicialmente em sede do Direito Penal Econômico, mas não só, que vem a ser a assunção de preceitos éticos e de cumprimento normativo prévio por parte de empresas. Trata-se da chamada obediência a estamentos próprios, mormente autorregulatórios, tida, aqui, pela nomenclatura anglo-saxã *compliance*.

Partindo-se de premissas éticas comportamentais prévias, novas lógicas de mercado parecem ter sido impostas ao Direito Penal, em um viés de *criminal compliance*. (SILVEIRA; DINIZ, 2015, p. 26).

O *criminal compliance* absorve o simples cumprimento de normas e incorpora um mecanismo criado pelo empresário – pessoa física ou jurídica – que se presta a prevenir delitos e identificar responsabilidades. Assim, contribui para evitar a responsabilização criminal indevida da corporação e seus administradores (SALLES, 2016, p. 98).

Afinal, um dos elementos essenciais de uma governança corporativa deve partir da avaliação de riscos. O risco empresarial deve ser definido “como qualquer potencial acontecimento, negativo ou positivo, que provoca efeitos não desejados na empresa ou afeta os seus resultados” (RODRIGUES, 2019, p. 55).

Deste modo, o *compliance* tem “o sentido de impedir tanto a criminalidade contra a empresa quanto aquela que pode favorecê-la, deixando um evidente âmbito de proteção que, em tese, seria maior até que o próprio Direito Penal” (SILVA, 2020, p. 67).

Como o atual cenário em que a empresa se desenvolve é altamente complexo, e a corporação por vezes dificulta a identificação dos responsáveis por delitos, definir o ambiente das atividades de regulação e a análise dos riscos empresariais configuram a base para um sistema eficaz de *compliance*. Trata-se, por certo, de importante consequência de uma reformulação do Direito Penal Empresarial. Sobre isso, Heloisa Estellita menciona um panorama de dificuldades na imputação de responsabilidade penal na criminalidade de empresa, bem como alerta:

Se a pergunta inicial e fundamental para a imputação de responsabilidade penal individual é “quem praticou a conduta típica”, a resposta, no âmbito da criminalidade de empresa, pode ser enormemente laboriosa, quando não, impossível. O próprio conceito de empresa como união organizada de pessoas para exercício de atividade econômica já indica suas principais características: a) *pluralidade de agentes*: tratar-se-á, normalmente, não de um indivíduo sozinho praticando um delito, mas do envolvimento de diversas pessoas nessa prática, b) *organização*: a indicar que haverá divisão de tarefas e de funções entre essas pessoas, além de uma estrutura de coordenação e de hierarquia entre elas. Essa estrutura da empresa, aliada ao fato de que os processos econômicos podem ter um espectro de impacto de grandes proporções relativamente aos bens jurídicos afetados, bens esses que podem ter densidade difusa (individuais ou coletivos), e dos quais os agentes se encontram muitas vezes distanciados, temporal e/ou espacialmente, tem igualmente reflexos nos pressupostos da imputação de responsabilidade penal individual. (ESTELLITA, 2017, p. 38-39).

A respeito do tema, James Walker Júnior conclui que o “*Criminal Compliance* ganha contornos de crescimento e importância como ferramenta eficaz de contenção dos efeitos deletérios da corrupção no mundo corporativo” (WALKER JÚNIOR, 2016, p. 270). E acrescenta:

Como pedra de toque à demanda normatizadora da problematização conduzida pela sofisticação criminosa corporativa, surge o *Compliance*, instituto de natureza interdisciplinar que, em sua realidade plural, encerra um caráter dialético, que promove a interface com a governança e seus mecanismos de controle, a auditoria (interna e, principalmente, a externa), os canais de denúncia e, sobretudo, consagrando como princípio reitor a “conformidade”. (WALKER JÚNIOR, 2016, p. 269).

Outrossim, “o papel da implementação de um programa de *compliance* na empresa seria evitar o defeito de organização, tornando a empresa menos suscetível à responsabilização na esfera penal” (SILVA, 2020, p. 78).

Deve-se, ainda, ir além. Os parâmetros a serem observados não são apenas legais, “mas também de caráter ético e de política empresarial” (SILVA, 2020, p. 67). Afinal, “no âmbito da empresa, é imprescindível criar, para além de uma cultura de legalidade, uma cultura ética, para que os programas de cumprimento possam ser eficazes” (RODRIGUES, 2019, p. 55).

3. PREMISSAS PARA A INTERVENÇÃO PENAL EMPRESARIAL

Com o intuito de garantir estabilidade social e manutenção da ordem pública, a coletividade precisa de um sistema eficaz de controle, para propiciar um ambiente adequado ao desenvolvimento econômico. Assim, é necessário um sistema coerente de normas que considere modelos de conduta, impondo sanções aos fatos que gerem dano ou perigo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Nesse contexto, a responsabilidade penal empresarial serve de instrumento imprescindível para o controle social.

No século XVIII Cesare Beccaria registrou que a responsabilidade penal é imprescindível para que a sociedade tenha segurança e tranquilidade. Por isso, a intervenção penal é fundamental para a convivência social. De acordo com esse autor, leis são condições sob as quais homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viver em contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade inútil pela incerteza de conservá-la. Parte dessa liberdade foi por eles sacrificada para poderem gozar o restante com segurança e tranquilidade (BECCARIA, 1999, p. 27).

Dessa forma, a submissão das pessoas às normas de convivência permite a integração entre os indivíduos. Para efetivar essa submissão, o Direito Penal Tributário é imprescindível, porque é mecanismo eficaz para assegurar a conformidade das pessoas às normas da sociedade.

Ademais, segundo Günter Kaiser, “o Direito Penal simboliza o sistema normativo mais formalizado, com uma estrutura mais racional, e conta com o mais elevado grau de divisão de trabalho e

especificidade funcional dentre todos os subsistemas normativos” (KAISER, 1978, p. 83).

No contexto desses ideais de racionalidade, a dogmática se faz, cada vez mais, necessária. Afinal, “a dogmática jurídico penal permite a elaboração racional do direito penal” (ZAFFARONI, 2016, p. 64, tradução nossa)¹². E, além disso:

A dogmática é, sem dúvida, um método mais refinado que o positivismo bruto, pois fornece soluções mais precisas, fundamentadas e previsíveis para os casos concretos, ao mesmo tempo que confere coerência ao sistema. Mas o sistema penal latino-americano, cansado das grosseiras arbitrariedades positivistas, ficou encantado com a nova doutrina, para a qual contribuíram vários fatores. (ZAFFARONI, 2016, p. 64, tradução nossa¹³).

Pela necessidade de delimitar o alcance da responsabilidade penal empresarial, é importante dissertar sobre as premissas que envolvem essa responsabilidade. Para esse fim, deve-se verificar qual o conceito de crime que deve ser adotado, os pressupostos para a responsabilidade penal, bem como outros aspectos relacionados à especificidade inerente ao Direito Penal Empresarial, como a análise de capacidade penal da pessoa jurídica.

¹² *La dogmática jurídico-penal permite la elaboración racional del derecho penal.*

¹³ *La dogmática es sin duda un método más depurado que el burdo positivismo, pues aporta soluciones más precisas, razonadas y previsibles para los casos concretos, al tiempo que da coherencia al sistema. Pero el penalismo latino-americano, cansado de las groseras arbitrariedades positivistas, se encandilo con la nuerva doctrina, para lo cual contribuyeron varios factores.*

3.1 Conceito de Crime

Pela necessidade de restringir o alcance da responsabilidade penal empresarial, é importante definir crime.

Adota-se o conceito analítico de crime, dentro de uma concepção finalista. Entende-se que “a ação humana é exercício de uma atividade final” (WELZEL, 2015, p. 31). Justifica-se essa escolha porque, dentre as teorias formuladas, “a que melhor explica a essência da ação é a Teoria Finalista” (BRANDÃO, 2015, p. 33). Nesse sentido, Cláudio Brandão destaca:

Quando refletimos sobre a ação humana, podemos facilmente constatar que ela é dirigida à consecução de fins. Aristóteles, já na Antiguidade grega, elencava entre as causas primeiras do ser a causa final. Por isso, quando o finalismo atribuiu a finalidade ao conceito de ação, ele compreendeu que a atividade humana tem um motor propulsor que, enfatize-se, é a finalidade. Portanto, quando falamos em ação humana, estamos dizendo que o homem se propõe a fins, elege os meios para a obtenção de seus fins e modifica o mundo exterior. Concluimos, por conseguinte, dizendo que a ação humana é finalista. (BRANDÃO, 2015, p. 33).

Ademais, “no caso brasileiro, o legislador positivou um sistema conceitual coerente com a teoria finalista da ação” (COLEN, 2018, p. 152). Nesse contexto, deve-se adotar o conceito analítico, a partir do que se utiliza uma ótica tripartida, na qual crime é considerado um fato típico, ilícito e culpável.

O fato típico possui quatro elementos: conduta, resultado, nexos causal e tipicidade. Regra geral, a conduta deve ser dolosa. Quando expressamente previsto em lei, pode ser culposa. De acordo com o art. 18 do CP¹⁴, a conduta – ação ou omissão consciente – pode ser dolosa ou culposa¹⁵.

A partir da exigência desse elemento subjetivo, extrai-se que é proibida a responsabilidade penal objetiva. Nesta o sujeito “responde pelo simples fato de ter causado materialmente o evento, sem nenhum liame psicológico. É bastante a produção do dano para aplicação da pena” (PRADO, 2007, p. 140). Na responsabilidade penal objetiva “o agente responde pelo resultado ainda que agindo sem dolo ou culpa” (MIRABETE, 2001, p. 155). Portanto, a responsabilidade penal, mesmo na esfera empresarial, é somente subjetiva.

Destaque-se que admitir a responsabilidade objetiva em Direito Penal consiste em desvirtuar o sistema vigente. Nesse sentido:

Um Direito Penal que pretendesse exigir responsabilidade por fatos que não dependem em absoluto da vontade do indivíduo merece ser

14 Art. 18 - Diz-se o crime:

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

II - culposos, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

15 De acordo com o parágrafo único do art. 18 do CP, salvo os casos em que a lei prevê modalidade culposa, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

qualificado de arbitrário e disfuncional, porque precisamente então a pena carece de poder motivador e o castigo perderia toda justificação. (MOLINA; GOMES, 2012, p. 453).

Quanto ao resultado, em regra não se exige modificação no mundo exterior – resultado naturalístico – bastando, como elemento do fato típico, um resultado jurídico, ou seja, que ofenda um bem jurídico penalmente tutelado.

O nexu causal, consistente na demonstração de relação de causalidade entre a conduta e o resultado, também é elemento do fato típico. O art. 13 do CP prevê que “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

Ainda, a respeito do nexu causal, há que se falar na teoria da imputação objetiva, que:

Significa atribuir a alguém a prática de conduta que satisfaz as exigências objetivas necessárias à caracterização típica. A imputação objetiva estabelece vinculação entre a conduta de determinado indivíduo e a violação da norma jurídica, no plano estritamente objetivo. (GALVÃO, 2002, p. 15).

O último elemento do fato típico é a tipicidade, que corresponde ao amoldamento de um fato a um determinado tipo penal.

Tipo é o conjunto dos elementos do fato punível, “é a descrição abstrata de um fato real que a lei proíbe (tipo incriminador).” (PRADO, 2007, p. 352). O penalista denomina de tipo o conceito abstrato determinado, de um fato que lei proíbe (DERZI, 2007, p. 234).

Quanto ao segundo degrau do conceito analítico de crime, deve-se analisar a antijuridicidade, que consiste em uma conduta ser contrária ao ordenamento jurídico, ou seja, na ilicitude de uma conduta típica. Assim, para que um fato típico seja ilícito, não se pode identificar nenhuma das excludentes de ilicitude, como por exemplo: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular do direito.

Então, para que o fato seja antijurídico, ele não pode estar abraçado por nenhuma excludente de ilicitude. São excludentes de ilicitudes legais: estado de necessidade (art. 24 do CP)¹⁶ legítima defesa (art. 25 do CP)¹⁷, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular do direito (essas duas últimas estão previstas no art. 23, inc. III, do CP)¹⁸.

Ocorre que “as causas de justificação não se limitam aos casos expressamente previstos na lei, admitindo-se a existência de causas supralegais de exclusão da ilicitude” (GALVÃO, 2013, p. 396). Além das excludentes legais acima mencionadas, existem outras, sem

¹⁶ Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

¹⁷ Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

¹⁸ Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: (...)

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito

previsão legal expressa. Dentre elas, há o consentimento do ofendido, excludente de ilicitude supralegal, aplicável aos casos que envolvam bem jurídico disponível, pessoa com capacidade de consentir, manifestação livre e anterior ao consentimento, bem como atuação respeitando os limites do consentido. (PRADO, 2007).

De forma diversa, há entendimento no sentido de que o consentimento do ofendido retira a tipicidade de uma conduta:

O consentimento do ofendido, neste contexto, deslegitima qualquer interferência do direito penal nas relações individuais. Uma vez constatados os pressupostos de validade daquela manifestação de vontade, toda a conduta praticada no sentido de satisfazer a vontade daquele que consente passa à margem do interesse punitivo do Estado, por total ausência de lesividade que enseje a necessidade de atuação da lei. Por estes motivos, entendemos que o consentimento do ofendido retira a relevância penal do resultado da conduta, de forma que a tipicidade não se configura. (STARLING, 2020, p. 181).

Fernando Galvão esclarece que o consentimento do ofendido “pode caracterizar tanto uma excludente de tipicidade como de ilicitude” (GALVÃO, 2020, p. 384). Esse autor explica:

A análise da parte especial de nosso Código (como também da legislação extravagante) revela que

diversos tipos incriminadores são constituídos em atenção à discordância do titular do bem jurídico com a conduta considerada criminosa. Nesses casos, o consentimento do ofendido constitui excludente de tipicidade, sendo tema afeto à imputação objetiva. [...]. O consentimento que exclui a tipicidade é aquele que se associa a uma conduta socialmente adequada, que não defrauda as expectativas de comportamento. Em outras palavras, diz respeito a bens disponíveis. A manifestação que exclui a ilicitude, por sua vez, é aquela que resulta da ponderação de bens em conflito e autoriza, excepcionalmente, o comportamento lesivo. (GALVÃO, 2020, p. 384).

Com efeito, o consentimento do ofendido está ligado ao princípio da adequação social, “como por exemplo a *praxis* social estabeleceu uma permissão, é a lesão corporal praticada para colocação de brincos, *piercings* e outros adereços como tatuagens” (BUSATO, 2013, p. 516). Dessa forma, pode-se reconhecer “que o costume social pode afastar a responsabilidade concedendo permissão para o caso concreto” (BUSATO, 2013, p. 516).

Se o fato for típico – conduta, resultado, nexos causal e tipicidade – e antijurídico – não abraçado por excludente de ilicitude – deve ser analisada a culpabilidade. A culpabilidade é um “juízo de censura voltado ao fato típico e antijurídico, realizado apenas quando o autor for imputável, agir com consciência potencial de ilicitude e com possibilidade e exigibilidade de atuar conforme determina o Direito” (NUCCI, 2011, p. 57). Então, os requisitos da culpabilidade, como

fundamento da pena, são: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

De acordo com o conceito analítico, crime é fato típico, ilícito e culpável. Esse conceito configura importante limite ao poder punitivo, que deve sempre ser rigorosamente observado antes de eventual intervenção penal. Tudo isso, conforme já mencionado, dentro de uma concepção finalista. Afinal, “a ação humana é exercício de uma atividade final. A ação é, portanto um acontecimento final e não puramente causal” (WELZEL, 2015, p. 31).

3.2 Pressupostos para a Responsabilidade Penal

O Direito Penal Empresarial não pode ser aplicado de forma arbitrária e nem pode servir de indevido instrumento de administrativização do Direito Penal clássico. Por isso, devem ser observados importantes filtros limitadores para o racional exercício da pretensão punitiva criminal. O pano de fundo deve ser um “direito penal mínimo, condicionado e limitado ao máximo, correspondente não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e certeza” (FERRAJOLI, 2006, p. 102).

Importante mencionar, a título de ilustração, Claus Roxin, o qual entende que a responsabilidade penal deve ser orientada pelas consequências penais do ato (ROXIN, 1992). Günther Jakobs, por sua vez, especificou o objetivo de um Direito Penal funcional: a busca pela estabilização de expectativas, em prol de um harmônico convívio social (JAKOBS, 1997). Nessa linha, o estudo dos princípios colabora

para evitar o ineficaz Direito Penal do inimigo, que corresponde a um indevido Direito Penal do autor¹⁹.

O que se deve ter como pano de fundo é o Direito Penal mínimo, baseado na ideia do chamado garantismo penal, desenvolvido por Luigi Ferrajoli:

O direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e certeza. (FERRAJOLI, 2006, p. 102).

A concepção minimalista do Direito Penal implica em adotar diversos princípios que deverão ser observados pelos operadores do direito para verificar se uma intervenção penal é adequada. No discurso minimalista, a utilização do Direito Penal somente se legitima quando falharem instrumentos menos drásticos de controle social, nos quais se incluem sanções impostas pelo direito civil e administrativo, em um juízo de *ultima ratio*.

Sobre a palavra princípio, adota-se a concepção de que:

Princípio é o pensamento diretivo do sistema que serve de base para a formação de suas disposições

19 Importante destacar a diferença entre Direito Penal e Direito Penal do Inimigo: “a) o Direito Penal do inimigo não estabiliza normas (prevenção geral positiva), mas denomina determinados grupos de infratores; b) em consequência, o Direito Penal do inimigo não é um Direito Penal do fato, mas do autor” (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 75).

singulares. É a norma geral que fornece legitimidade às proposições jurídicas mais específicas, expressando o que lhes é substantivo. Em Direito, o substrato axiológico do princípio indica o caminho para a realização da justiça material. (GALVÃO, 2020, p. 132).

Dessa forma, os princípios “constituem a face orientadora da aplicação das normas abstratamente previstas em lei aos casos concretos emergentes dos conflitos sociais, legitimadores da interveniência do poder repressivo estatal” (NUCCI, 2011, p. 31). Então,

A aplicação do Direito Penal deve subordinar-se aos princípios fundamentais que emanam da carta constitucional. A única leitura que o intérprete pode fazer do Direito Penal é aquela que parte do texto fundamental para apurar o sentido das disposições infraconstitucionais. (GALVÃO, 2020, p. 113).

Na opinião de Nilo Batista, “são cinco os princípios básicos do direito penal: 1º) princípio da legalidade; 2º) princípio da intervenção mínima; 3º) princípio da lesividade; 4º) princípio da humanidade; 5º) princípio da culpabilidade (BATISTA, 2011, p. 62).

De acordo com Fernando Galvão,

Podem-se identificar, como fundamentos de legitimidade do Estado Democrático e limitações ao

poder punitivo estatal, os princípios da humanidade, da reserva legal, da fragmentariedade, da intervenção mínima e adequada, da ofensividade, da culpabilidade e da individualização da pena. (GALVÃO, 2020, p. 134).

Para as finalidades específicas desta pesquisa, fundamental considerar os princípios da legalidade, intervenção mínima, culpabilidade, individualização da pena e pessoalidade.

Ressalte-se que os princípios são interdependentes e não se excluem. Devem coexistir como requisito de regularidade do ordenamento. Afinal, “todos esses princípios, por constituírem desdobramentos específicos do princípio democrático e se vincularem à proteção da liberdade individual (direito fundamental do cidadão), possuem peso abstrato muito alto” (GALVÃO, 2015, p. 61).

3.2.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade impede que alguém seja punido sem a existência de norma penal incriminadora. O art. 5º, inc. XXXIX, da CR/1988 prevê: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. No mesmo sentido, o art. 1º do CP: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

Dessa forma, não há punição por vontade política, ou criação de crime pelo costume. “No entanto, os usos e costumes servem para estabelecer os limites da infração penal quando a própria lei, tácita

ou expressamente, se refere a eles” (ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA, 2002, p. 112, tradução nossa²⁰).

Esse princípio equivale à reserva legal, porque somente a lei penal pode prever crimes e cominar sanções, bem como emana outros, como: taxatividade²¹ e irretroatividade²². A função do princípio da reserva legal é “oferecer garantia ao indivíduo em suas relações sociais por meio da limitação ao poder punitivo estatal” (GALVÃO, 2020, p. 139).

3.2.2 Princípio da intervenção mínima

Como a intervenção penal constitui a forma mais drástica – por causa da gravidade do castigo penal – de reação do Estado contra o autor de uma infração penal, o Direito Penal somente se legitima quando aplicado em último caso. A respeito da gravidade do castigo penal, Douglas Fischer destaca: “o mecanismo específico de eficácia do Direito Penal – diferentemente do Direito Administrativo ou Civil – consiste em estabelecer custos muito superiores aos benefícios do delito” (FISCHER, 2006, p. 157).

De acordo com o princípio da intervenção mínima, o Direito Penal deve ser aplicado somente quando os outros ramos do direito não forem suficientes para restabelecer a ordem jurídica. Por isso, “o Direito Penal é direito de *ultima ratio*” (MOLINA; GOMES, 2012, p. 311). *Ultima ratio* no sentido de “último instrumento que deve ter incidência para sancionar o fato desviado” (MOLINA; GOMES, 2012, p. 33).

20 *No obstante, los usos y costumbres sirven para establecer los límites de la tipicidad penal cuando la propia ley, en forma tácita o expresa, se remite a ellos.*

21 De acordo com a taxatividade, os tipos penais devem ser detalhadamente construídos, com conteúdo suficientemente claro. Não se admite analogia *in malam partem*.

22 Art. 5º, inc. XLX, da CR/1988: a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

Como corolário desse princípio afirma-se que o Direito Penal tem caráter fragmentário²³ e subsidiário²⁴.

Por tudo isso, a aplicação legítima do Direito Penal exige sua utilização somente em último caso, para intervir minimamente na vida das pessoas. Não se pode tolerar uma inflação legislativa penal, pois conduz a uma ineficácia do sistema. Nesse sentido: “o uso excessivo da sanção criminal (inflação penal) não garante uma maior proteção de bens; ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica negativa”. (PRADO, 2007, p. 143).

A respeito da expressão inflação legislativa penal, Joaquim Leitão Júnior explica que a inflação penal é a desvalorização da atuação do Direito Penal em situações fáticas desnecessárias, segundo o princípio da intervenção mínima. Também chamada de inflação legislativa, pois apoiada a um direito simbólico prejudica a força intimidativa das sanções penais, e pode levar o Direito Penal ao descrédito total. Então, o Direito Penal deve ser encarado como *ultima ratio* e não como *prima ratio* (primeiro recurso) na solução de conflitos, de modo diverso do sugerido pela inflação penal e pelo Direito Penal simbólico. (LEITÃO JÚNIOR, 2011).

Destarte, o Direito Penal deve atuar somente quando os demais ramos do direito se revelarem insuficientes para restabelecer a ordem jurídica. Além disso, “se o Direito Penal deve restringir sua interferência ao mínimo necessário, a força punitiva da intervenção deve ser bem orientada para produzir os melhores resultados possíveis” (GALVÃO, 2020, p. 144).

23 Somente para proteger a parcela mais importante dos bens jurídicos. Somente para as situações mais relevantes.

24 Somente quando os outros ramos do Direito não solucionarem satisfatoriamente um conflito.

3.2.3 Princípio da culpabilidade

De acordo com o princípio da culpabilidade, no Direito Penal não se admite a responsabilidade objetiva. Ou seja, envolve a exigência de responsabilidade subjetiva e “refere-se à impossibilidade de se responsabilizar criminalmente por uma ação ou omissão quem tenha atuado sem dolo ou culpa” (PRADO, 2007, p. 139).

Sobre a importância desse princípio, afirma-se que “o princípio da culpabilidade é o mais importante daqueles que derivam diretamente do estado de direito, pois sua violação envolve o desconhecimento da essência do conceito de pessoa” (ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA, 2002, p. 139, tradução nossa²⁵).

A partir do princípio da culpabilidade, resta vedada a responsabilidade objetiva, a qual permitiria a responsabilização “pelo simples fato de ter causado materialmente o evento, sem nenhum liame psicológico” (PRADO, 2007, p. 140). Destarte, extrai-se que a responsabilidade penal - a partir da exigência de conduta dolosa ou culposa - é somente subjetiva. Vale dizer, *nullum crimen nulla poena sine culpa*.

O termo culpabilidade também é utilizado em outros dois sentidos.

Um deles diz respeito à culpabilidade como fundamento da pena, de modo que somente pode ser punida uma pessoa que não seja inimputável, que tenha potencial consciência da ilicitude e quando exigível uma conduta diversa. (GRECO, 2009).

O outro relaciona a culpabilidade como reprovabilidade pessoal pela conduta e, dessa forma, como elemento de medição da

²⁵ *El principio de culpabilidad es el más importante de los que se derivan en forma directa del estado de derecho, porque su violación importa el desconocimiento de la esencia del concepto de persona.*

pena: quanto maior a culpabilidade, maior deve ser a pena aplicada pelo juiz (BITENCOURT, 2012). A pena deve ser proporcional à “gravidade do desvalor subjetivo da ação” (MOLINA; GOMES, 2012, p. 453). Nesse sentido, Luiz Regis Prado afirma que “a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade” (PRADO, 2007, p. 139).

Dessa forma, o termo culpabilidade pode ser utilizado como um dos pilares do conceito analítico de crime, como elemento para medição da pena, ou como proibição à responsabilidade penal objetiva, este último configurando, especificamente, o sentido do princípio da culpabilidade.

3.2.4 Princípio da individualização da pena

Individualizar significa particularizar o que antes era genérico, quer dizer tornar individual alguém e uma situação. “A reprovação individualizada decorre do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e significa que a aplicação da pena é trabalho que considera e respeita cada uma das pessoas condenadas” (GALVÃO, 2020, p. 148).

A partir do princípio da individualização da pena surge “a ideia de que a pena deve ser aplicada de maneira proporcional à ofensa produzida pelo crime ao bem jurídico” (GALVÃO, 2020, p. 149). Assim, o princípio da individualização da pena exige que a pena seja aplicada de forma justa e adequada, “quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores” (NUCCI, 2011, p. 36). Esse princípio evita a estandartização, distinguindo algo de alguém, dentro de um contexto.

Conforme determina o art. 5º, inc. XLVI²⁶, da CR/88, o julgador deve individualizar a penas, examinando detalhadamente os elementos que dizem respeito ao fato e ao acusado.

O Código Penal, em seu art. 68²⁷, prevê que o juiz utilize um critério trifásico para dosimetria da pena. Especificamente na primeira fase, devem ser analisadas as circunstâncias judiciais – *individualizadamente* – previstas no art. 59 do Código Penal²⁸. Na segunda fase, circunstâncias agravantes e atenuantes. E, na terceira fase, causas de aumento e causas de diminuição. Tudo isso para aplicar, de forma justa e fundamentada, a sanção penal que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime. A respeito da necessária proporcionalidade:

O direito penal deve escolher entre as irracionalidades, para evitar a passagem daquelas de maior calibre, não pode admitir que a esta natureza não racional do exercício do poder punitivo se acrescente uma nota de irracionalidade máxima, pela qual os bens de uma pessoa são afetados em desproporção grosseira com o mal que causou (ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA, 2002, p. 130, tradução nossa²⁹).

26 Art. 5º, inc. XLVI - a lei regulará a individualização da pena.

27 Art. 68. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

28 Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (...).

29 *El derecho penal debe escoger entre irracionalidades, para impedir el paso de las de mayor calibre, no puede admitir que a esa naturaleza no racional del ejercicio del poder punitivo se agregue una nota de máxima irracionalidad, por la que se afecten bienes de una persona en*

Dessa forma, o princípio da individualização da pena, que deve ser lido em conjunto com o princípio da proporcionalidade, “obriga o julgador a fixar a pena, conforme a cominação legal (espécie e quantidade) e a determinar a forma de sua execução” (PRADO, 2007, p. 145).

3.2.5 Princípio da pessoalidade da pena

O princípio da pessoalidade da pena também é chamado de princípio da responsabilização pessoal ou da intranscendência das penas. Ele impede que alguém responda por fato de outrem.

A pena não pode passar da pessoa do condenado, *ex vi* do art. 5º, inc. XLV, da CR/1988³⁰, afinal, “no Estado de Direito, a pena deve ser pessoal e não pode transcender a pessoa do agressor” (ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA, 2002, p. 131, tradução nossa³¹).

Luiz Regis Prado entende que esse princípio “vincula-se estreitamente aos postulados da imputação subjetiva e da culpabilidade” (PRADO, 2007, p. 144).

A Constituição Nacional da Argentina prevê que “a pena não passará da pessoa do infrator, nem a infâmia do infrator se estenderá aos seus parentes em qualquer grau” (ZAFFARONI; SLOKAR; ALAGIA, 2002, p. 131, tradução nossa³²). O Código Penal francês, no art. 121-

desproporción grosera con el mal que ha provocado.

30 Art. 5º, XLV, da CR/1988 - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

31 *En el estado de derecho la pena debe ser personal y no trascender la persona del delincuente.*

32 *La pena no pasará de la persona del delincuente, ni la infamia del reo se extenderá a sus parientes de cualquier grado.*

1, prevê expressamente esse princípio: “ninguém é responsável penalmente senão pelo próprio fato” (PRADO, 2007, p. 144).

Nesse sentido, vale lembrar que a “responsabilidade penal, diferentemente da civil, tributária etc., deve recair diretamente sobre a pessoa que exteriorizou o fato, que se envolveu causal e juridicamente no fato”. (MOLINA; GOMES, 2012, p. 438).

Destaque-se que “não se pode confundir responsabilidade subjetiva (ninguém pode ser punido penalmente senão quando atua com dolo ou culpa) com responsabilidade penal pessoal (ninguém pode ser punido por fato alheio)” (MOLINA; GOMES, 2012, p. 438).

Portanto, não existe responsabilidade penal coletiva. A responsabilidade penal é intransferível e personalíssima.

4. TEORIAS DA PENA

A pena é a principal das consequências jurídicas da responsabilização penal. Pretende-se revisitar as teorias que buscam justificar seus fins e fundamentos, para verificar se alguma delas aprova a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Afinal, se a pena não derivar da absoluta necessidade, deve ser considerada tirânica (BECCARIA, 1999, p. 28).

Além disso, se a pena ultrapassar a necessidade de justiça³³, é considerada injusta pela própria natureza (BECCARIA, 1999, p. 29).

Não se pretende aprofundar em críticas que envolvem as teorias da pena, mas tão somente fazer uma breve exposição

33 “Por justiça entendo o vínculo necessário para manter unidos os interesses particulares, que, do contrário, se dissolveriam no antigo estado de insociabilidade” (BECCARIA, 1999, p. 29).

para, conforme mencionado, averiguar se alguma delas admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

4.1 Teorias Absolutas

As teorias absolutas justificam a existência da pena unicamente na infração penal praticada. A pena se fundamenta somente como retribuição, uma compensação pelo mal causado com o ilícito. Não aceitavam fins preventivos.

Essas teorias partem do pressuposto que o sujeito prejudicou a vítima e a sociedade, razão pela qual precisa pagar, no mínimo com o sofrimento decorrente do cumprimento de uma pena.

As teorias retributivistas se fundamentam no entendimento de que a pena é um fim em si própria, ou seja, apenas um castigo. Trata-se de uma, reação ao crime praticado, justificada por seu intrínseco valor axiológico. Elas adotam como premissas ideias de caráter religioso: a vingança, a expiação e o reequilíbrio entre pena e delito.

Nesse contexto, as palavras de Winfried Hassemer:

Na frase de Seneca se expressa ainda uma outra teoria da pena (que nós rejeitamos por irracional) – uma teoria que procura impor a pena, *quia peccatum est*, (apenas) porque se pecou. Com isso, cabe o rechaço ao que nós denominamos hoje de “teorias retributivas, uma opinião científica que vê o sentido da pena na compensação do passado. Em

uma variante objetiva, dirigida ao acontecimento exterior, ela significa a compensação do injusto e da culpabilidade através do mal da pena, em uma variante subjetiva, considerando o autor, ela fala da “expição” – com a qual de modo algum se tem em vista, como igualmente se mostrará de modo preciso, a expiação ou reconciliação do autor, senão somente o processo sacramental que compensa o injusto e a culpabilidade com a execução e o sofrimento da pena pelo acusado. (HASSEMER, 2005, p. 370).

Assim, as teorias absolutas não aceitavam fins preventivos e desconsideravam a dignidade da pessoa humana, um dos pilares de um Estado Democrático de Direito.

4.2 Teorias Relativas

As teorias relativas, de modo diverso, justificam a aplicação da pena na necessidade de evitar a prática futura de crimes. Destarte, possuem uma concepção utilitária da pena. Para os adeptos das teorias relativas, a pena se justifica por seus fins preventivos.

Nesse sentido, Cesare Beccaria defendia um caráter utilitário da pena (BECCARIA, 1999). Ele, “como iluminista, não parou na teoria. Buscou soluções práticas, bases do Direito Penal moderno” (VALLE, 2012, p. 246).

As justificações utilitaristas se baseiam na ideia de que a pena seria um meio para fins futuros. Para os utilitaristas, seriam quatro as finalidades preventivas da pena. É o que se passa a expor.

De acordo com a prevenção geral positiva a pena tem a função de reforçar a consciência jurídica dos cidadãos com as normas. Assim, a aplicação de pena se fundamenta no seu efeito positivo sobre pessoas indeterminadas, como um valor simbólico produtor de consenso para gerar aprendizagem das regras da sociedade, confiança no direito e pacificação social.

No caso dos aspectos de prevenção geral negativa, a justificativa para aplicação de pena se baseia na ideia de intimidação. Defendem que o temor gerado pela pena seria capaz de afastar a pessoa da prática de delitos.

Assim, a prevenção geral negativa confere à pena a função de dissuadir os cidadãos por meio da ameaça legislativa. Através da punição tenta fazer um exemplo para que outras pessoas evitem a prática de crimes.

Para a prevenção especial positiva, haverá atuação específica na pessoa do condenado. A prevenção especial positiva confere à pena a função positiva de corrigir o apenado para evitar que ele volte a delinquir. O objetivo é eliminar ou, pelo menos, reduzir a periculosidade.

A prevenção especial negativa confere à pena a função negativa de neutralizar o sujeito. Ela compreende a pessoa do condenado como alguém não ressocializável e que, por isso, deve ser neutralizada.

4.3 Teorias Unitárias

As teorias unitárias, também chamadas de ecléticas, visam harmonizar a exigência de retribuição jurídica das teorias absolutas com os fins de prevenção geral e de prevenção especial, das teorias

relativas. Para essa teoria, a pena se presta tanto a prevenir novos delitos, como para retribuir àqueles que já praticaram um injusto.

A partir da leitura do artigo 59 do Código Penal e do artigo 1º da Lei de Execução Penal tem-se a impressão de que o ordenamento jurídico legal brasileiro, bem intencionado, resolveu mesclar as finalidades da pena:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Afinal, de acordo com esses dispositivos legais, a penas deve ser aplicada conforme seja necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime, bem como deve proporcionar condições para a harmônica integração social do sujeito.

4.4 Teoria Agnóstica

De acordo com ZAFFARONI (2003), existe ainda a teoria agnóstica da pena. Segundo esse autor, um conceito agnóstico da pena significa reduzi-la a um mero ato de poder que só tem explicação política. (ZAFFARONI, 2003, p. 108).

Para a teoria agnóstica, sem finalidade jurídica, o objetivo da pena é limitar o poder do Estado e garantir ao sujeito o direito de ser punido tão somente pela entidade estatal, afastando as hipóteses de vingança privada. Nesse contexto, a pena seria somente uma coerção que impõe uma privação de direitos ou um sofrimento, mas que não repara e nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos.

5. DA RESPONSABILIDADE PENAL DO EMPRESÁRIO

O Direito Civil e o Direito Penal têm por objeto garantir a segurança dos bens jurídicos das pessoas, mas cada um faz isso de forma diferente. (ZAFFARONI, 2010, p. 62, tradução nossa).³⁴ Enquanto a responsabilidade civil serve para satisfazer a reparação, a responsabilidade penal atende a pretensão punitiva (FELIPETO, 2001, p. 39).

Quem pode sofrer a pretensão punitiva é quem praticou a infração penal, chamado de sujeito ativo. Em regra, somente a pessoa pode ser sujeito ativo no Direito Penal - os animais não são puníveis -, embora “na Antiguidade e na Idade Média ocorressem muitos processos contra animais” (MIRABETE, 2001, p. 122)³⁵.

³⁴ *Tanto el derecho civil como el derecho penal tienen por objeto garantizar la seguridad de los bienes jurídicos de los habitantes, pero cada uno de ellos lo hace de un modo diferente.*

³⁵ A esse respeito, Mirabete conta que em Savigny, na França, por volta do ano de 1456, um tribunal condenou à força uma porca que, juntamente com seus filhotes, havia causado a morte de um menino. A porca foi executada, mas os leitõesinhos

No Direito Penal, sujeito passivo é “o titular ou portador do interesse cuja ofensa constitui a essência do crime” (ESTEFAM, 2012, p. 87). Por isso, podem ser sujeitos passivos de crimes: “o ser humano, desde a concepção, a pessoa jurídica, o Estado, a coletividade e até entes sem personalidade jurídica” (ESTEFAM, 2012, p. 88).

Antes de falar sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica, importante lembrar que empresário pode ser “pessoa física, que emprega seu dinheiro e organiza a empresa individualmente, como a jurídica, nascida da união de esforços de seus integrantes” (COELHO, 2009a, p. 63).

Caso o empresário seja pessoa física, será denominado empresário individual. Na hipótese de a atividade empresária ser exercida por pessoa jurídica, o empresário, em regra, será chamado de sociedade empresária.

Quando se trata de empresário individual, não há discussão a respeito de sua responsabilidade penal, pois, em regra, a pessoa física é sujeito ativo de infração penal. A responsabilidade penal da pessoa física já está consolidada na doutrina e jurisprudência. (GALVÃO, 2003, p. 123). O conflito de entendimentos ocorre quando se discute a capacidade penal da pessoa jurídica.

A respeito da possibilidade de a pessoa jurídica ser sujeito ativo de infração penal, “não se chegou a consenso sobre a possibilidade de utilização do Direito Penal contra as pessoas jurídicas” (GALVÃO, 2003, p. 19). Por isso, constitui “tema, sem sombra de dúvida, dos mais controvertidos no atual Direito Penal” (MOLINA; GOMES, 2012, p. 443), “que tem despertado a atenção da doutrina penal em todo o mundo” (PRADO, 2007, p. 268). “A questão da responsabilidade penal da pessoa

foram agraciados no último instante, em consideração a sua tenra idade. (MIRABETE, 2001, p. 122).

jurídica sempre gerou discussões acaloradas entre os doutrinadores. Longe de estar pacificada [...]” (SILVA, 2020, p. 59).

Para se chegar a uma teoria geral da incapacidade penal da pessoa jurídica, devem ser analisados os conceitos e premissas comuns a responsabilização penal. Lembre-se que:

A função de uma teoria geral situa-se em dois níveis diversos, sendo um nível teórico e outro prático. Sob a ótica do primeiro, ela atende a necessidades eminentemente teóricas, seja ao explicar o fenômeno jurídico, seja ao reduzir, por meio de uma abordagem globalizante e sintética, a sua complexidade; sob o segundo aspecto, uma teoria geral atende a necessidades práticas na medida que tenta, por exemplo, aperfeiçoar a metodologia da técnica e da prática do direito, ou seja, a metodologia da interpretação, a técnica da legislação, as noções e as construções jurídicas desenvolvidas e utilizadas na dogmática. (GOMES, 2014, p. 17).

Assim, a análise e o desenvolvimento da teoria da incapacidade penal da pessoa jurídica devem passar por premissas utilizadas pela dogmática, verificando os conceitos fundamentais relacionados à matéria. Afinal, a análise se uma intervenção penal é adequada deve partir da preponderância dos princípios e premissas que lhe dão suporte.

5.1 Da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica

A pessoa jurídica, no exercício de suas atividades, contribui para o desenvolvimento da sociedade em diversos aspectos. Contudo, sua atuação nem sempre gera somente efeitos positivos para a coletividade. Apesar do importante papel da pessoa jurídica na sociedade moderna, discute-se o seu vínculo ao “fenômeno da denominada criminalidade econômica *lato sensu* (v.g., ordem econômica, relações de consumo, ambiente etc.)”. (PRADO, 2007, p. 268).

Quanto aos impactos negativos decorrentes da atuação das pessoas jurídicas, em regra, implicam na responsabilização civil das entidades. Ocorre que, em caso de crime ambiental, deve-se verificar a possibilidade de responsabilizar criminalmente a pessoa jurídica, em face do art. 225, § 3º, da CR/1988³⁶ e do art. 3º da Lei 9.605/98³⁷.

Trata-se de tema de especial relevância, porque “a questão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas é parte do conjunto das mais debatidas do Direito Penal atual” (BACIGALUPO, 2004, p. 66, tradução nossa)³⁸.

36 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...)

§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.

37 Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

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

38 *La cuestión de la responsabilidad penal y sancionatoria (administrativa) de las personas jurídicas forma parte del conjunto de las cuestiones más debatidas del Derecho penal y sancionatorio administrativo actual.*

De acordo com Walter Claudius Rothenburg, a origem do reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica ocorreu na Grécia antiga, a partir da existência de pessoas jurídicas de Direito Privado (corporações), responsáveis corporativamente por infrações penais. (ROTHENBURG, 2005, p. 29).

A título de ilustração pode-se dizer que há polêmica a respeito da existência da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Direito Romano.

Savigny e Gierke (citados por SILVA, 2003) afirmam a irresponsabilidade penal da pessoa jurídica no Direito Romano.

Walter Claudius Rothenburg afirma que no Direito Romano havia reconhecimento implícito da possibilidade de uma pessoa jurídica cometer crimes, porque ela poderia sofrer sanção penal. (ROTHENBURG, 2005, p. 33).

Guilherme José Ferreira da Silva, citando Aquiles Mestre, afirma que este “critica com veemência Savigny e Gierke que rechaçam a existência da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Direito Romano” (SILVA, 2003, p. 16).

Explicando a polêmica, SILVA afirma que, inicialmente, “o Direito Romano concebia a pessoa jurídica como uma mera ficção, criação legal e não consequência de um fato natural” (SILVA, 2003, p. 15). Em seguida, esse autor acrescenta que no Direito Romano “apenas inicialmente a pessoa jurídica fora concebida como uma ficção, pois a Lei n. 15, §1º, consagra expressamente o dolo de uma espécie de *Universitas* denominada *Decuriones* – *dolo decurionum*” (SILVA, 2003, p. 16).

Enfim, para o estudo da responsabilidade penal da pessoa jurídica, será necessária uma visita às teorias que envolvem esse

controvertido tema, passando pelo direito comparado e por uma análise de recente julgado da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, a qual, em 05 de agosto de 2013, adotou posicionamento divergente da firmada nos tribunais superiores brasileiros. Dessa forma, serão estudados autores que admitem a responsabilidade penal da pessoa jurídica (*societas delinquere potest*) e que não admitem essa responsabilidade (*societas delinquere non potest*), bem como a teoria da dupla imputação.

5.1.1 Da impossibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica

A corrente que defende a impossibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica parte do princípio *societas delinquere non potest*, através do qual “não se admite a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas que, em todo caso, só podem sofrer sanções administrativas ou civis”. (BACIGALUPO, 1998, p. 29, tradução nossa)³⁹.

Os defensores dessa corrente afirmam que o art. 5º, inciso XLV da Constituição de 1988⁴⁰ deixou claro que a responsabilidade penal, em sua essência, é inerente apenas aos seres humanos, o que torna inconstitucional o texto do art. 3º da Lei 9.605/98 que prevê a responsabilidade administrativa, civil e penal das pessoas jurídicas para condutas lesivas ao meio ambiente. Nesse sentido, afirma-se que

39 *No es admisible la punibilidad de las personas jurídicas quedando, en todo caso, sólo la posibilidad de aplicar sanciones administrativas o civiles.*

40 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

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

“falta à pessoa jurídica capacidade criminal” (REALE JÚNIOR, 2010, p. 344).

Tal argumento decorre do fato de que a pessoa jurídica não tem vontade suscetível de configurar dolo ou culpa, e, assim, não há que se falar em culpabilidade (*nullum crimen nulla poena sine culpa*).

Um dos pontos principais da impossibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica pauta-se na teoria da ficção jurídica, defendida por Savigny, Windscheid e Ihering, os quais consideram as pessoas jurídicas como puras abstrações, sendo entes fictícios, desprovidos de consciência, vontade e finalidade. A respeito da teoria da ficção jurídica, Fernando Galvão explica:

A teoria da ficção fundamentou-se na teoria da vontade, segundo a qual o direito subjetivo era um poder de vontade que somente pode ser atribuído ao homem, único capaz de ser titular de direitos. Segundo tal construção teórica, as pessoas jurídicas são entidades fictícias criadas pelo Direito e não seres reais. Nas pessoas coletivas a única realidade é a das pessoas físicas que a compõem. (GALVÃO, 2003, p. 33).

Nas palavras de Guilherme José Ferreira da Silva:

A teoria da ficção, que tem em Savigny o seu maior expoente e sintetizador, parte do pressuposto de que a todo direito corresponde um sujeito que é o seu

titular e, assim sendo, as corporações só poderiam ter direito e deveres e, via de consequência, capacidade jurídica, se fossem concebidas como sujeitos. Para tanto, era necessário criar-se esta personalidade através da Lei, já que naturalmente, somente o ser humano pode ser sujeito de direito e deveres. (SILVA, 2003, p. 33-34).

No mesmo sentido, Walter Claudius Rothenburg:

Só o homem, tomado individualmente, é capaz de direito, e assim, só entendida como ficção, pode essa capacidade jurídica ser estendida às pessoas jurídicas, para fins patrimoniais. As pessoas jurídicas não passam de uma simples forma, por meio da qual os seus membros componentes manifestam suas relações jurídicas com o mundo exterior. (ROTHENBURG, 2005, p. 128).

Cezar Roberto Bitencourt (2012) entende que o Direito Penal não pode renunciar às conquistas históricas consubstanciadas nas suas garantias fundamentais. Nesse sentido, Rogério Greco (2009) destaca que atribuir capacidade penal à pessoa jurídica constitui retrocesso no Direito Penal:

Entendemos que responsabilizar penalmente a pessoa jurídica é um verdadeiro retrocesso

em nosso Direito Penal. A teoria do crime que temos hoje, depois de tantos avanços, terá de ser completamente revista para que possa ter aplicação a Lei n.º 9.605/98. Quem atua por ela são os seus representantes. Ela, como ente jurídico, sem o auxílio das pessoas físicas que a dirigem, nada faz. (GRECO, 2009, p. 177).

No mesmo sentido, Zaffaroni e Pierangeli (2001) afirmam que a pessoa jurídica não pode ser autora de delito por não ter capacidade de conduta humana.

Dentro da concepção finalista, “a ação é um acontecimento final e não puramente causal” (WELZEL, 2015, p. 31). Em decorrência disso:

A finalidade, o caráter final da ação, baseia-se no fato de que o homem, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as possíveis consequências de sua conduta, designar-lhes fins diversos e dirigir sua atividade, conforme um plano, à consecução desses fins. [...]. A atividade final é uma atividade dirigida conscientemente em razão de um fim, enquanto o acontecer causal não está dirigido em razão de um fim, mas é a resultante causal da constelação de causas existente em cada momento. (WELZEL, 2015, p. 31-32).

Não apenas a ação está vinculada a concepção de uma pessoa física, mas também a omissão:

O conceito de omissão, desenvolvido por Armin Kaufmann, como a não realização de uma ação que o sujeito podia realizar na situação concreta em que se encontrava, está vinculado também, a meu juízo, à concepção do ser humano como pessoa. Fora do conceito de omissão estão as atitudes puramente passivas, às quais faltam a concreta capacidade de ação. (CEREZO MIR *apud* WELZEL, 2015, p. 208).

Isto posto, conclui-se que “o crime é um fenômeno que requer necessariamente a presença do comportamento humano, seja ele comissivo ou omissivo” (COLEN, 2018, p. 152).

A responsabilidade penal é sempre pessoal ou subjetiva – própria do ser humano –, e decorrente apenas de sua ação ou omissão, não sendo admitida nenhuma outra forma ou espécie. A estrutura ontológica da conduta pressupõe a prática de uma ação, isto é, um elemento corporal voluntário. O ente moral, sendo mera ficção legal, estaria impossibilitado de praticar alguma conduta (dolosa ou culposa), no sentido jurídico penal.

René Ariel Dotti entende ser incompatível a culpabilidade da pessoa jurídica:

Rene Ariel Dotti entende haver problemas na mensuração da culpabilidade de uma possível

participação da pessoa jurídica em um fato típico praticado pela pessoa física. Também, no seu cerne, a culpabilidade da pessoa jurídica é incompatível tanto com a realidade ontológica dessas quanto com o próprio conceito de culpa. Isso se deve ao fato de que, nos costumes jurídico brasileiros, a culpa é conceituada como: reprovabilidade da conduta ilícita (típica e antijurídica) de quem tem capacidade genérica de entender e de querer (imputabilidade) e podia, nas circunstâncias em que o fato ocorreu, conhecer a sua ilicitude, sendo-lhe exigível conduta que se ajuste ao Direito. (DOTTI *apud* SILVA, 2020, p. 73).

Frise-se que “um Direito Penal que pretendesse exigir responsabilidade por fatos que não dependem em absoluto da vontade do indivíduo merece ser qualificado de arbitrário e disfuncional, porque precisamente então a pena carece de poder motivador e o castigo perderia toda justificação” (MOLINA; GOMES, 2012, p. 453).

Antônio Januzzi de Godoi (2010) chama atenção para o fato de que não só pela impossibilidade de ação, em sentido jurídico penal, que as pessoas jurídicas não podem ser criminalmente penalizadas, mas igualmente pelo fato de que esta criminalização contrariaria as finalidades da pena, cujo fundamento e medida é a culpabilidade do agente.

A noção de pessoa jurídica, impossibilitada de praticar conduta, entra em conflito com a noção tradicional de culpabilidade que implica na consciência livre (atributo essencialmente humano) para a prática de infração penal. Nesse sentido, Luiz Regis Prado afirma que “a culpabilidade penal como juízo de censura pessoal pela

realização do injusto típico só pode ser endereçada a um indivíduo (culpabilidade da vontade). Como juízo ético-jurídico de reprovação, ou mesmo de motivação normal, somente pode ter como objeto a conduta humana livre” (PRADO, 2009, p. 122).

Outrossim, “a capacidade de culpabilidade tem, portanto, um elemento de conhecimento (intelectual) e um elemento de vontade (volitivo): a capacidade de compreensão do injusto e de determinação da vontade (conforme uma finalidade). (WELZEL, 2015, p. 131). Apenas com a soma desses elementos é que se pode falar em capacidade de culpabilidade. Ausente, portanto, no contexto da ficção jurídica das pessoas jurídicas.

Deste modo, “conceber a culpa da pessoa jurídica esbarraria na imputabilidade, enquanto capacidade de culpa, amparada no ordenamento pátrio pelos pressupostos de capacidade biopsicológica” (SILVA, 2020, p. 73). No mesmo sentido, “também colide com a impossibilidade do ente moral formar a consciência da ilicitude, que seria desenvolvida pelos seus prepostos e servidores” (SILVA, 2020, p. 73).

Acrescente-se ainda, dentre os pontos contrários à responsabilidade criminal de pessoas jurídicas, o princípio da pessoalidade ou da intranscendência das penas. Ao se punir a pessoa jurídica, estaria sendo igualmente atingido algum sócio inocente, não responsável pela conduta causadora do dano, o que ofende o já mencionado art. 5º, inc. XLV da CR/1988: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”.

Guilherme José Ferreira da Silva alerta que “a proposta da responsabilidade penal da pessoa jurídica é falaciosa, é contraditória, não tem nenhuma consistência científica. Procuram justificá-la, e, no final, todos dizem a mesma coisa” (SILVA, 2012, p. 147).

Por todos os argumentos suscitados, Cezar Roberto Bitencourt (2012), Luiz Regis Prado (2010), Miguel Reale Júnior (2010) Rogério Greco (2009), Guilherme José Ferreira da Silva (2003), Eugenio Raúl Zaffaroni (2001) e José Henrique Pierangeli (2001) defendem a incapacidade penal das pessoas jurídicas, rechaçando totalmente a possibilidade de se imputar à pessoa jurídica a prática de crime, sendo a mesma passível de ser responsabilizada apenas no âmbito civil e administrativo.

5.1.2 Possibilidade de Responsabilização Penal da Pessoa Jurídica

Em contraposição a corrente exposta no item anterior, há defensores da capacidade penal das pessoas jurídicas, dentre eles Damásio de Jesus (2012), Guilherme de Souza Nucci (2011), Walter Claudius Rothenburg (2005), Ada Pellegrini Grinover e Fernando Galvão (2003).

Esses autores entendem que, à luz do art. 225, § 3º, da CR/1988⁴¹ e do art. 3º da Lei 9.605/98⁴², não há como negar a possibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica, nos casos envolvendo crimes contra o meio ambiente. Para eles, o citado dispositivo

41 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...)

§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.

42 Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

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

constitucional criou um novo paradigma para o conceito de crime: “o novo paradigma significa que é a violação das expectativas sociais que preponderantemente importa para a imputação de um resultado lesivo a um autor, e essa não se caracteriza somente por meio de condutas humanas” (GALVÃO, 2003, p. 41). Por isso, defendem que os operadores do direito devem “construir caminho dogmático capaz de materializar, com segurança, a vontade política acolhida na Constituição Federal”. (GALVÃO, 2003, p. 123).

Walter Claudius Rothenburg entende que “a teoria da ficção prevaleceu numa época de marcante desenvolvimento teórico do Direito Criminal (de um Direito Criminal eminentemente humanista) e serviu muito bem às concepções deste” (ROTHENBURG, 2005, p. 130). Ocorre que, para esse autor, a teoria da ficção está ultrapassada.

Conforme já exposto, o conceito analítico de crime pauta-se em três pilares: tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Em caso de ausência de qualquer destes três elementos, não pode ser falar em crime, e, por consequência, inexistirá responsabilidade penal.

Dentre os elementos mencionados, a culpabilidade é o grande cerne da divergência jurídica apontada. De fato, a noção tradicional da culpabilidade exige a consciência da ilicitude da conduta para atuar com vontade de atingir determinado fim. Entretanto, para os defensores da capacidade penal da pessoa jurídica, este conceito deve ser revisto, permitindo-se a completa penalização de toda conduta lesiva a bens juridicamente tutelados.

De acordo com esta corrente não há óbice na tradicional teoria do delito na medida em que são apresentados novos paradigmas que levam a uma reformulação de alguns conceitos. Nesse sentido, defendem que o conceito analítico de crime não é aplicável à pessoa jurídica e que “a responsabilidade da pessoa jurídica resta submetida

apenas aos requisitos estabelecidos no artigo 3º da lei de crimes ambientais”. (GALVÃO, 2003, p. 69).

Sustenta-se, assim, que as pessoas jurídicas são entes reais com capacidade e vontade próprias e, portanto, aptas a cometer condutas criminosas e sofrer as consequentes penalidades. Nesse sentido, a teoria da ficção cede espaço à teoria da realidade objetiva (da personalidade real ou orgânica), cujo precursor mais ilustre foi Otto Von Gierke (PRADO, 2007, p. 269), que reconhece que a pessoa jurídica possui vontade e vida autônoma em relação aos seus dirigentes.

De acordo com Fernando Galvão, a teoria da realidade “concebe a pessoa jurídica como uma pessoa real, um organismo social realmente existente, com vontade própria e vida autônoma em relação aos seus dirigentes. Argumentam os realistas, ainda, que as pessoas jurídicas apresentam perigosidade especial, pela qualidade e quantidade dos recursos que podem mobilizar” (GALVÃO, 2003, p. 35).

Fernando Galvão destaca que a teoria do delito deve ser utilizada apenas para identificar a pessoa física autora de crime. Especifica que a pessoa jurídica não pode ser autora de crime, mas sim responsável criminalmente pela conduta realizada pela pessoa física, “porque tal comportamento se deu em nome e benefício da pessoa jurídica” (GALVÃO, 2003, p. 70). Trata-se de “hipótese de responsabilidade pelo fato de outrem, mas que não possibilita investigar elementos subjetivos na pessoa responsável”. (GALVÃO, 2003, p. 70). Por isso, “pode-se concluir que a estrutura tradicional da teoria do delito foi preservada para utilização em relação à pessoa física, embora a responsabilidade possa ser ampliada para alcançar a pessoa jurídica” (GALVÃO, 2003, p. 73).

Então, enquanto a responsabilidade da pessoa física é subjetiva – com base no conceito analítico de crime – a “responsabilidade da

pessoa jurídica decorre da relação objetiva que a relaciona ao autor do crime” (GALVÃO, 2003, p. 70).

Os defensores dessa corrente também entendem que não há ofensa ao princípio da responsabilidade pessoal da pena. Para eles, a pena deve ser aplicada apenas ao responsável pelo delito e, no caso, pode ser uma pessoa jurídica. Ademais, verifica-se que na Lei 9.605/98 (arts. 21 ao 24)⁴³ há previsão de penas específicas, aplicáveis às pessoas jurídicas.

Constata-se que ao penalizar a pessoa jurídica não se pode evitar que os efeitos (indiretos) da condenação se estendam a terceiros (v.g., sócios inocentes), mas, de acordo com os adeptos da teoria real, tal fato não ofende o princípio da pessoalidade da pena.

Convém mencionar, ainda que as questões de responsabilidade penal a considerar “prendem-se com o modelo de organização da empresa, designadamente quanto à estrutura de *compliance*, e com o relevo dos programas de cumprimento para efeitos da responsabilidade penal daquela” (RODRIGUES, 2019, p. 65).

43 Art. 21. As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º, são:

I - multa;

II - restritivas de direitos;

III - prestação de serviços à comunidade.

Art. 22. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são:

I - suspensão parcial ou total de atividades;

II - interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade;

III - proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.

Art. 23. A prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em:

I - custeio de programas e de projetos ambientais;

II - execução de obras de recuperação de áreas degradadas;

III - manutenção de espaços públicos;

IV - contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.

Art. 24. A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.

Destaque-se que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em julgamento realizado em 06/08/2013, por maioria de votos, reconheceu a possibilidade de se processar penalmente uma pessoa jurídica, mesmo não havendo ação penal em curso contra a pessoa física relacionada com o crime (REXT 548181/PR). Na ocasião, a Ministra Rosa Weber foi acompanhada pelos Ministros Luís Roberto Barroso e Dias Toffoli. Ficaram vencidos os Ministros Marco Aurélio e Luiz Fux.

A respeito da ação que ensejou esse Recurso Extraordinário, importante esclarecer que o Ministério Público Federal do Paraná ofereceu denúncia em face da Petrobras (pessoa jurídica), do presidente dessa sociedade anônima e do superintendente da refinaria situada em Araucária/PR, por causa de um vazamento de óleo (quatro milhões de litros de óleo cru), ocorrido em 16 de julho de 2000, que poluiu os rios Barigui, Iguaçu e áreas ribeirinhas.

O presidente da Petrobras e o superintendente da refinaria situada em Araucária foram excluídos da ação penal, por ausência de demonstração da relação causal entre condutas dessas pessoas físicas com o dano ambiental.

A Petrobras, em uma tentativa de obter o trancamento da ação penal, impetrou Mandado de Segurança, sendo o *mandamus* denegado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Diante de tal decisão, foi interposto recurso ordinário ao Superior Tribunal de Justiça, que assim julgou:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO
DE SEGURANÇA. DIREITO PROCESSUAL PENAL.
CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIZAÇÃO
DA PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE.

TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. OCORRÊNCIA.

1. Admitida a responsabilização penal da pessoa jurídica, por força de sua previsão constitucional, requisita a *actio poenalis*, para a sua possibilidade, a imputação simultânea da pessoa moral e da pessoa física que, mediata ou imediatamente, no exercício de sua qualidade ou atribuição conferida pela estatuto social, pratique o fato-crime, atendendo-se, assim, ao princípio do *nullum crimen sine actio humana*.

2. Excluída a imputação aos dirigentes responsáveis pelas condutas incriminadas, o trancamento da ação penal, relativamente à pessoa jurídica, é de rigor.

3. Recurso provido. Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em mandado de segurança 16.696/PR. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido, Diário de Justiça, Brasília, 13 de março de 2006).

Inconformado, o Ministério Público Federal levou a discussão ao Supremo Tribunal Federal, que deu provimento, por maioria de votos, ao Recurso Extraordinário (REXT 548181/PR, julgado em 06/08/2013). Conforme o voto condutor da Relatora Ministra Rosa Weber, a identificação e manutenção na relação jurídico processual de pessoa física não é condição para responsabilização da pessoa jurídica

causadora de dano ambiental, *ex vi* do art. 225, §3º da Constituição de 1988⁴⁴.

Nesse importante precedente do STF foi admitida a responsabilidade isolada da pessoa jurídica, dispensando a identificação e manutenção na relação jurídico processual de pessoa física, o que evitou imputação criminal a um ser humano que não provocou crime.

5.1.2.1 Da Possibilidade de a Pessoa Jurídica Sofrer Crimes Contra a Honra

Partindo da ideia de que a jurisprudência brasileira, com amparo em posicionamento do STF, admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica apenas em casos de crimes ambientais, há discussão importante relacionada a possibilidade de a pessoa jurídica ser vítima de crimes contra a honra. É o que se passa a expor.

Historicamente a doutrina se posicionou contra a possibilidade de a pessoa jurídica ser sujeito passivo de calúnia. Apesar disso, como os tribunais superiores atualmente admitem a responsabilidade penal da pessoa jurídica em caso de crime ambiental, pode-se afirmar que a pessoa jurídica pode sofrer crime de calúnia (art. 138 do Código Penal⁴⁵), desde que a imputação falsa seja relacionada à prática de delito ambiental, previsto na Lei 9.605/98.

44 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...) §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.

45 Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

No crime de calúnia (art. 138 do CP), o objeto jurídico da norma é a honra objetiva (reputação ou imagem da pessoa diante de terceiros). Caluniar significa fazer uma acusação falsa, tirando a credibilidade de uma pessoa no meio social.

Não se pode negar que a pessoa jurídica possua honra objetiva, sendo esta uma das razões do seu sucesso perante a população.

Deste modo, ao imputar falsamente a uma pessoa jurídica a prática de crime ambiental, resta configurado o crime de calúnia, tendo como vítima uma pessoa jurídica.

A falsidade da imputação é elemento normativo do tipo penal calúnia. Pode ocorrer a falsidade porque o fato não existiu, ou porque o imputado não é seu autor. Nesse sentido:

A falsidade da imputação pode recair sobre o fato ou sobre a autoria do fato. Na primeira hipótese o fato é inexistente; na segunda, a existência ou ocorrência do fato é verdadeira, falsa é a imputação da autoria. Qualquer das duas falsidades satisfaz a elementar normativa exigida pelo tipo penal. (BITENCOURT, 2012, p. 326).

Por isso, imputação falsa (fato ou autoria) configura o crime de calúnia (art. 138 do CP). E, se a divulgação ocorrer através de meio que facilite a divulgação da calúnia (v.g. jornal), há causa de aumento de pena (art. 141, III, do Código Penal⁴⁶).

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

§ 2º - É punível a calúnia contra os mortos.

46 Art. 141 - As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se

Destaque-se que o crime de calúnia, com a majorante do art. 141, III, CP, extrapola o limite de pena do Juizado Especial Criminal. Por isso, eventual queixa-crime não seguirá o rito sumaríssimo do JESP, mas deverá ser observado o rito especial dos crimes contra a honra na justiça comum (artigos 519 ao 523, do Código de Processo Penal).

No que tange a eventual difamação, a pessoa jurídica também pode ser vítima desse crime, pois também tem imagem a preservar. No crime de difamação, o objeto jurídico da norma – artigo 139 do Código Penal⁴⁷ – é o mesmo da calúnia, a honra objetiva.

Difamar significa desacreditar publicamente uma pessoa, sujando a sua reputação. Vale dizer, difamar implica divulgar fatos infamantes à honra objetiva, sejam eles verdadeiros ou falsos.

Uma pessoa jurídica pode ser atingida em sua reputação com fatos divulgados que denigrem a sua imagem perante a população, possibilitando, inclusive, prejuízo material.

Convém esclarecer que os crimes de calúnia e difamação são crimes formais, os quais se consumam independentemente da ocorrência de dano à honra objetiva. O momento consumativo ocorre quando a ofensa chega ao conhecimento de terceiros, independentemente de resultado naturalístico. A consumação ocorre

qualquer dos crimes é cometido:

- I - contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro;
- II - contra funcionário público, em razão de suas funções;
- III - na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria.
- IV - contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos ou portadora de deficiência, exceto no caso de injúria.

47 Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:
Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

mesmo que a vítima não tenha sido, efetivamente, maculada em sua honra objetiva.

Destaque-se que a inviolabilidade profissional que os advogados gozam não se confunde com autorização para utilizar – com má-fé – de reportagem jornalística e outros meios para atacar a honra alheia. Ora, o núcleo da inviolabilidade do advogado reside na necessidade das ofensas para o adequado exercício da advocacia, situação que não reflete a possibilidade de jogar lama na honra alheia. Ademais, não se pode tolerar atitude que condena, perante a opinião pública, quem é inocente.

Por fim, vale esclarecer que a pessoa jurídica não pode sofrer crime de injúria (artigo 140 do Código Penal⁴⁸), pois o bem jurídico tutelado nesse delito é a honra subjetiva, compatível apenas com pessoas físicas.

5.1.3 Teoria da dupla imputação ou da coautoria necessária

Enquanto “a maioria dos autores nacionais concentra seus esforços em negar a possibilidade de aceitação da imputação de responsabilidade penal a pessoas jurídicas, com base na adoção de premissas ontológicas na definição dos conceitos de dolo e culpa” (MACHADO, 2011, p. 1349), é importante destacar a teoria da dupla imputação, ou da coautoria necessária - da pessoa física -, “majoritariamente defendida tanto na doutrina como na jurisprudência nacionais” (MACHADO, 2011, p. 1350).

48 Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:
Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Essa teoria admite a responsabilização penal das pessoas jurídicas, desde que seja imputada responsabilidade às pessoas - físicas - dos administradores responsáveis pelos atos ilícitos.

Segundo essa corrente, dois são os requisitos para que se reconheça a responsabilidade da pessoa jurídica nos crimes previstos na Lei 9.605/98: primeiro, que a infração penal tenha sido cometida por decisão de representante legal ou contratual; e, segundo, que o crime ambiental tenha sido cometido no interesse ou em benefício da pessoa jurídica.

Nesse sentido, destaque-se que “não basta constatar a ocorrência da decisão pela prática delitiva, também será preciso identificar a pessoa física que, com sua conduta, lesionou o bem jurídico por causa da deliberação. Assim, não é correto admitir-se a denúncia formulada contra a pessoa jurídica, quando não se descobrir a pessoa física que teria agido em seu nome” (GALVÃO, 2003, p. 73). Ademais, “é necessário verificar a relação de causalidade entre a decisão e a violação concreta da norma. Tal verificação exige a identificação do indivíduo que materialmente viola o comando normativo” (GALVÃO, 2003, p. 73).

Logo, a questão da conduta punível e a da culpabilidade serão baseadas nas ações ou omissões criminosas praticadas pelos dirigentes da pessoa jurídica, servindo como requisito para que a pessoa jurídica seja penalmente responsabilizada. Dá-se, então, um concurso necessário de agentes, de modo que a denúncia deve descrever a conduta da pessoa jurídica e da pessoa física, ainda que esta, excepcionalmente, não tenha sido identificada ou, por algum motivo, não seja culpável.

Se a conduta não decorrer de alguma deliberação do representante da pessoa jurídica, não há que se falar em

responsabilidade do ente coletivo, mas apenas do autor material do delito. O mesmo ocorrerá se a conduta praticada decorrer de ato de representante que ultrapassar os limites dos poderes que lhe foram concedidos para gerir a pessoa jurídica. Neste caso, a pessoa jurídica não poderia ser penalizada em razão de uma competência usurpada por seu representante.

Importante frisar que o fato de se exigir a deliberação do representante legal ou contratual não significa que a pessoa jurídica possa ser responsabilizada apenas por crimes dolosos. Se a decisão tomada implicar na execução imprudente de algum ato ou atividade de risco que efetivamente cause uma lesão a bem ou interesse tutelado, poderá o ente igualmente ser penalizado pela conduta culposa.

Ressalte-se que, além da deliberação do representante, a lei exige que a ação praticada seja direcionada a um determinado fim, isto é, o ato praticado deve ser direcionado a um objetivo ilícito que beneficiará o ente coletivo ou atenderá a seus interesses. No caso de crimes culposos, a finalidade da conduta não será ilícita, mas, o resultado, fruto de imprudência, negligência ou imperícia de seus executores, deverá ser lesivo a bens tutelados pela legislação criminal ambiental (Lei 9.605/98).

A teoria da dupla imputação é amplamente adotada no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal:

A jurisprudência dominante não admite a responsabilização autônoma dos entes morais, (...), é essencial a imputação simultânea da pessoa moral e da pessoa física que, mediata ou imediatamente, no exercício de suas qualidades ou

atribuição conferida pelo estatuto social, pratique o fato-crime, atendendo-se, assim, ao princípio do *nullum crimen sine actio humana*. (PRADO; DOTTI, 2010, p. 11).

Apesar disso, em 06/08/2013, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, reconheceu a possibilidade de se processar penalmente uma pessoa jurídica, mesmo não havendo ação penal em curso contra pessoa física relacionada com o crime (REXT 548181/PR). Trata-se de um paradoxo em face dos limites do *jus puniendi*, expostos na seção 5.4. Na ocasião do julgamento, a Ministra Rosa Weber foi acompanhada pelos Ministros Luís Roberto Barroso e Dias Toffoli. Ficaram vencidos os Ministros Marco Aurélio e Luiz Fux.

Importante destacar que a adoção da teoria da dupla imputação não pode ser utilizada para, de forma automática, concluir que qualquer dano ambiental atribuível à pessoa jurídica signifique uma conduta criminosa de um administrador. Ora, não é aceitável o entendimento de que qualquer ato lesivo ao meio ambiente gera responsabilização penal da pessoa jurídica e, necessariamente, da pessoa física (administrador). Nesse sentido, precedente do Supremo Tribunal Federal:

1. *Habeas Corpus*. 2. Responsabilidade penal objetiva. 3. Crime ambiental previsto no art. 2º da Lei nº 9.605/98. 4. Evento danoso: vazamento em um oleoduto da Petrobrás 5. Ausência denexo causal. 6. Responsabilidade pelo dano ao meio ambiente não-atribuível diretamente ao dirigente da Petrobras. 7. Existência de instâncias gerenciais e de operação para fiscalizar o estado de conservação dos 14 mil quilômetros de

oleodutos. 8. Não-configuração de relação de causalidade entre o fato imputado e o suposto agente criminoso. 8. Diferenças entre conduta dos dirigentes da empresa e atividades da própria empresa. 9. Problema da assinalagmaticidade em uma sociedade de risco. 10. Impossibilidade de se atribuir ao indivíduo e à pessoa jurídica os mesmos riscos. 11. *Habeas Corpus* concedido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 83.554/PR. 2ª Turma. Relator: Ministro Gilmar Mendes, **Diário de Justiça**, Brasília, 28 de outubro de 2005).

No *Habeas Corpus* supramencionado, o Ministro Gilmar Mendes dissertou sobre a teoria da imputação objetiva⁴⁹, com fundamentação exemplar, destacando que a relação da pessoa jurídica com o dano ambiental não significa, necessariamente, relação da pessoa física (administrador) com o crime ambiental. Concluiu que, sem comprovação do nexo de causalidade entre a conduta de uma pessoa física e o resultado (dano ambiental), não há que se falar em crime praticado pelo ser humano.

49 “A expressão imputação objetiva, utilizada em direito penal, significa atribuir a alguém a prática de conduta que satisfaz as exigências objetivas necessárias à caracterização típica. A imputação objetiva estabelece vinculação entre a conduta de determinado indivíduo e a violação da norma jurídica, no plano estritamente objetivo” (GALVÃO, 2002, p. 15).

5.1.4 A responsabilidade penal da pessoa jurídica no direito comparado (sistemas da França, Inglaterra, Estados Unidos, Holanda, Dinamarca, Portugal, Itália, Espanha, Alemanha, Bélgica e América Latina)

Na França, o “princípio da culpabilidade não tem valor constitucional” (PRADO, 2010, p. 140) e o legislador francês se preocupou com o “binômio utilidade-justiça”, para melhorar a eficácia da repressão penal. Por isso, o Código Penal francês, em vigor desde 1º de março de 1994, admitiu expressamente a responsabilidade penal da pessoa jurídica. De acordo com Luiz Regis Prado, essa foi a “mais importante novidade apresentada pelo Código Penal francês” (PRADO, 2010, p. 140).

O sistema da dupla imputação, defendido por grande parte da doutrina brasileira, já analisado em páginas anteriores, é adotado na França, conforme se extrai do art. 121-2 do Código Penal francês⁵⁰. De acordo com Eduardo Magalhães Ferreira, na França prevalece, também, “que a vontade coletiva deve ser considerada uma vontade própria, distinta da vontade dos membros da pessoa jurídica”. (FERREIRA, 2013, p. 88).

Na perspectiva da doutrina francesa, a vontade coletiva da empresa é “caracterizada pelo encontro de vontades individuais, como reuniões, deliberações e votos da assembleia geral de seus membros.

50 Art. 121-2 do Código Penal francês: As pessoas morais, com exceção do Estado, são penalmente responsáveis, segundo as distinções dos arts. 121-4 à 121-7 e nos casos previstos em lei ou regulamento pelas infrações praticadas por sua conta, pelos seus órgãos ou representantes. Entretanto, as coletividades territoriais e suas entidades só são responsáveis pelas infrações praticadas no exercício de atividades suscetíveis de ser objeto de convenções de delegação de serviço público. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas quando autores ou partícipes dos mesmos fatos. (PRADO, 2010, p. 141).

Essa vontade coletiva é capaz de cometer crimes, tanto quanto a vontade individual” (SILVA, 2020, p. 74).

Com relação à responsabilidade penal coletiva, pode-se afirmar que a legislação brasileira “teve nítida influência do Direito Francês” (SILVA, 2003, p. 148). De acordo com Miguel Reale Júnior, a lei brasileira procurou “copiar o Código Penal francês de 1994, estabelecendo, inclusive, que a responsabilidade dos diretores é cumulativa com a da pessoa jurídica” (REALE JÚNIOR, 2010, p. 344).

Guilherme José Ferreira da Silva alerta que, na França, “nem sempre a responsabilização criminal da pessoa jurídica culminará na responsabilização individual da pessoa física, principalmente, nas hipóteses de infrações por omissão e culposas, quando não estiverem presentes os requisitos que possibilitem a imputação penal à pessoa física” (SILVA, 2003, p. 148).

A previsão da responsabilidade penal da pessoa jurídica na França “obedeceu a uma lógica de continuidade evolutiva, sedimentada com o passar do tempo” (PRADO, 2010, p. 140). Nesse sentido, a França se organizou para responsabilizar penalmente a pessoa jurídica: “a Lei de Adaptação n. 92-1336, de 16 de dezembro de 1992, criou diversas disposições de cunho procedimental, visando harmonizar a legislação francesa com as mudanças que seriam, mais tarde, provocadas pelo novo Código Penal, instituindo, inclusive, um cadastro nacional das pessoas jurídicas, para registro de condenações”. (SILVA, 2003, p. 149). O Código de Processo Penal francês também foi adaptado para permitir uma adequada responsabilização penal da pessoa jurídica.

Na Inglaterra também é admitida a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Quanto à origem, “a ideia da responsabilidade penal da pessoa jurídica é uma criação jurisprudencial que data do início do século XIX” (PRADO, 2010, p. 137). No sistema inglês a *corporation* pode

ser responsabilizada penalmente por qualquer crime que sua condição lhe permitir realizar e admitem a responsabilidade penal objetiva e subjetiva, para pessoas físicas ou jurídicas (PRADO, 2010). Nos delitos que exigem responsabilidade subjetiva, somente será possível punir a *company* se for identificada a pessoa física considerada *controlling mind*. (PRADO, 2010).

Com sistema similar ao aplicado na Inglaterra, nos Estados Unidos da América também se admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Lá, a partir da *identification theory*, permite-se a punição do ente coletivo mesmo que a pessoa jurídica não tenha se beneficiado com as consequências do crime (FERREIRA, 2013).

Na Holanda essa possibilidade foi introduzida pela reforma de 1976, no Código Penal Holandês de 1881 (SILVA, 2003). Aceitam a responsabilidade penal ainda que a “a atividade lesiva seja fruto de decisão de um órgão da empresa, podendo caracterizar o injusto penal se a ação for considerada própria da pessoa jurídica dentro de um contexto social” (SILVA, 2003, p. 146). Nesse sentido, admitem a responsabilidade penal se a pessoa jurídica tiver poder de disposição sobre o comportamento punível e se aceitou tal comportamento. Silvina Bacigalupo afirma que na Holanda “a jurisprudência também admite a responsabilidade penal de pessoas jurídicas de direito público” (BACIGALUPO, 1998, p. 324, tradução nossa)⁵¹.

De forma diversa, na Dinamarca é possível punir criminalmente a pessoa jurídica “desde que haja previsão expressa neste sentido para o delito praticado” (SILVA, 2003, p. 150). Nesse país “não é necessário que o crime seja cometido por decisão do corpo diretivo” (SILVA, 2003, p. 150), podendo ser praticado por qualquer empregado, dentro do âmbito organizacional da empresa.

51 *La jurisprudencia también ha admitido la responsabilidad penal de personas jurídicas de Derecho público.*

No art. 11 do Código Penal Português⁵² consta proibição para a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Apesar disso, há “disposições em contrário na legislação extravagante, como ocorre no Decreto-Lei n. 28/84 que prevê a possibilidade de responsabilização criminal das empresas por delitos contra a ordem econômica, em acatamento às recomendações do Conselho da Europa” (SILVA, 2003, p. 151).

Na constituição italiana não é permitida a responsabilização criminal do ente coletivo. Nesse sentido, “o artigo 27, parágrafo I da Constituição Italiana prevê que a responsabilidade penal é sempre pessoal” (SILVA, 2003, p. 152). Como na Itália o princípio da culpabilidade tem valor constitucional, repudia-se a responsabilidade penal objetiva. Destaque-se que “o Código Penal italiano admite a responsabilidade subsidiária da empresa em relação à sanção pecuniária, tratando-se, entretanto, de responsabilidade de natureza civil” (FERREIRA, 2013, p. 88). Trata-se de previsão expressa no art. 197 do Código Penal Italiano, que prevê: “as pessoas jurídicas têm obrigação cível de reparar o dano se o seu empregado for insolvente” (SILVA, 2003, p. 152). Por isso, “qualquer incriminação penal supõe necessariamente a existência de uma pessoa culpável para evitar a violação de princípios constitucionais” (BACIGALUPO, 1998, p. 320, tradução nossa)⁵³.

Na Bélgica também não é admitida a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Lá vigora o princípio *societas delinquere non potest, sed puniri non potest*: “é dizer, que não apenas se exclui a possibilidade

52 Art. 11 do Código Penal Português. Carácter pessoal da responsabilidade: Salvo disposição em contrário, só as pessoas singulares são susceptíveis de responsabilidade criminal. (SILVA, 2003, p. 151).

53 *Cualquier incriminación penal supone necesariamente la existencia de una persona capaz de culpabilidad para no vulnerar los principios constitucionales.*

de delinquir, mas também toda possibilidade de sanção penal” (BACIGALUPO, 1998, p. 315, tradução nossa)⁵⁴.

Há entendimento de que, na Bélgica, o velho ditado foi reformado para *societas delinquere potest, sed puniri non potest*, de modo que “uma pessoa jurídica pode cometer uma infração por meio de seus órgãos” (BACIGALUPO, 2004, p. 70, tradução nossa)⁵⁵, mas não é possível impor sanção penal ao ente coletivo.

Por isso, “tanto o sistema Belga como o Italiano regulam, na realidade, consequências jurídicas indiretas sobre as pessoas jurídicas pelas infrações cometidas por pessoas físicas” (BACIGALUPO, 2004, p. 70, tradução nossa)⁵⁶.

Por causa dos inconvenientes da necessidade de estabelecer previamente a responsabilidade da pessoa física, para vincular certas consequências à pessoa jurídica, “é difícil que essas consequências jurídicas aumentem o efeito preventivo das sanções previstas para o autor individual” (BACIGALUPO, 2004, p. 71, tradução nossa)⁵⁷.

De forma similar, o Código Espanhol, de 23 de novembro de 1995 exige, em seu art. 5º, a imputação subjetiva (SILVA, 2003), o que impede a responsabilização criminal da pessoa jurídica. Por outro lado, as pessoas jurídicas podem sofrer somente penalidades acessórias, de natureza administrativa ou civil, em consequência de condutas de pessoas naturais integrantes da pessoa jurídica (FERREIRA, 2013).

54 *En Bélgica rige el principio societas delinquere non potest, sed puniri non potest. Es decir, que no sólo se excluye la posibilidad de delinquir, sino también toda posibilidad de sanción.*

55 *Una persona jurídica puede cometer una infracción por medio de sus órganos.*

56 *Tanto el sistema Belga como el Italiano regulan, en realidad, consecuencias jurídicas indirectas sobre las personas jurídicas de las infracciones cometidas por personas físicas.*

57 *Es difícil que estas consecuencias jurídicas aumentem el efecto preventivo de las sanciones previstas para el autor individual.*

Ocorre que o novo Código Penal espanhol (Lei Orgânica 5/2010) trouxe previsão para responsabilidade penal do ente coletivo. A responsabilidade penal da pessoa jurídica, na Espanha, passou a ser prevista de forma independente e paralela à responsabilidade da pessoa física, o que foi objeto de críticas da doutrina:

Historicamente, o normal tem sido a influência do direito penal no direito sancionatório administrativo, dada a evidência de sua origem histórica comum e de sua unidade essencial mais do que provável. Neste domínio particular, pelo contrário, o direito administrativo sancionador teve oportunidade de avançar, abrindo caminho para uma potencial admissão de responsabilidade penal das pessoas jurídicas (GÓMEZ TOMILLO, 2016, p. 9, tradução nossa)⁵⁸.

O aplauso generalizado ante esta surpresa de mau gosto do legislador é mesmo assombroso, tendo em vista a grande relevância teórica e prática do tema e do exíguo debate doutrinário precedente à sua – por outro lado vazia – discussão parlamentar. (ROBLES PLANAS, 2016, p. 191).

58 Históricamente lo normal ha sido la influencia del Derecho penal sobre el Derecho administrativo sancionador, ante la evidencia de su común origen histórico y su más que probable unidad esencial. En este particular campo, por el contrario, el Derecho administrativo sancionador ha tenido la oportunidad de ir por delante, allanando el camino a una potencial admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

De todo o anteriormente exposto, deduz-se que não cabe um modelo de responsabilidade penal para as pessoas jurídicas sem violar princípios fundamentais do Direito Penal. Isso conduziria, inevitavelmente, a entender que neste âmbito estamos sempre fora do Direito Penal. No entanto, o art. 31 bis CP espanhol vai na direção contrária quando afirma que “as pessoas jurídicas serão penalmente responsáveis” (ROBLES PLANAS, 2016, p. 219).

A Alemanha não admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Essa proibição decorre da teoria do delito alemã, que é baseada no princípio da culpabilidade e na imputação subjetiva (SILVA, 2003). Admite-se a responsabilidade administrativa ou civil das pessoas jurídicas.

Na América Latina a maioria dos países não permite a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

México e Cuba admitem expressamente a responsabilidade penal para os entes coletivos. Em Cuba, o “Código de Defesa Social de 1936 prevê aplicação de medida de segurança às empresas” (SILVA, 2003, p. 154). No art. 11 do Código Penal Mexicano há previsão “da responsabilidade penal da pessoa jurídica com aplicação de pena de dissolução da sociedade” (SILVA, 2003, p. 154).

Na Bolívia, “ainda que praticamente sem aplicação, admite a responsabilização penal das pessoas jurídicas estritamente nos delitos de corrupção, quando houver o enriquecimento ilícito de particulares” (SILVA, 2020, p. 64).

No Chile há previsão de “responsabilização para os delitos de suborno, financiamento ao terrorismo e lavagem de dinheiro” (SILVA, 2020, p. 64).

Conforme se percebe, “a questão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas é parte do conjunto das mais debatidas do Direito Penal atual” (BACIGALUPO, 2004, p. 66, tradução nossa)⁵⁹. “A questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica sempre gerou discussões acaloradas entre os doutrinadores. Longe de estar pacificada [...]” (SILVA, 2020, p. 59). Portanto, a responsabilidade penal da pessoa jurídica é tema dos mais controvertidos da doutrina penal mundial.

Depois de analisar o Direito Penal Empresarial e a responsabilidade penal do empresário, chega o momento de verificar as repercussões da função social da empresa sobre a responsabilidade penal do empresário.

5.2 Repercussões sobre a responsabilidade penal do empresário

Conforme visto, o Direito Penal Empresarial visa a tutelar a atividade econômica desenvolvida numa economia de mercados livres.

Através da inflação legislativa penal que ocorreu no fim do século XX, percebe-se que o legislador se preocupa, cada vez mais, com a regulação da atividade empresarial, prevendo sanções penais para várias práticas que lesem interesses difusos.

⁵⁹ *La cuestión de la responsabilidad penal y sancionatoria (administrativa) de las personas jurídicas forma parte del conjunto de las cuestiones más debatidas del Derecho penal y sancionatorio administrativo actual.*

O termo “inflação legislativa penal” reflete a desvalorização da atuação do Direito Penal em situações fáticas desnecessárias, ofendendo o princípio da intervenção mínima. Também chamada de inflação legislativa, apoia-se em um Direito Penal simbólico, que prejudica a força intimidativa das sanções penais. Com isso, leva o Direito Penal ao descrédito. Por isso, o Direito Penal deve ser tratado, não como *prima ratio* (primeiro recurso), mas como *ultima ratio* na solução de conflitos. (LEITÃO JÚNIOR, 2011). Então, repudia-se a “inflação penal” e o Direito Penal simbólico.

A respeito das repercussões da função social da empresa sobre o Direito Penal Empresarial, pode-se afirmar que o empresário, ao maximizar seus interesses, deve estar atento para que sua atividade econômica exerça função social. Nesse sentido, as palavras de Rachel Sztajn:

A racionalidade dos agentes, um dos postulados econômicos, que leva à procura da maximização de utilidades, e a eficiência alocativa, segundo essa visão, vão ao encontro da ideia de solidariedade e geração de bem-estar coletivo. (SZTAJN, 2005, p. 76).

Importante lembrar que o empresário somente irá pensar no bem-estar coletivo se isso não significar prejuízo, aumentando seus custos de modo não eficiente. O custo benefício sempre deve ser analisado, eis que inerente à atividade empresarial. Sobre o sentido de eficiência, importante citar as palavras de Bruno Salama: “Eficiência diz respeito à maximização de ganhos e minimização de custos. Dessa ótica, um processo será considerado eficiente se não for possível

aumentar os benefícios sem também aumentar os custos” (SALAMA, 2008, p. 55).

Nesse sentido, percebe-se que um dos principais objetivos da tutela penal empresarial é assegurar que o exercício da empresa atenda à sua função social, contribuindo para o regular funcionamento do mercado, estabilidade econômico social e, conseqüentemente, para um desenvolvimento econômico sustentável. Isso tendo em vista que o legislador deu tratamento mais severo aos casos de ameaça a interesses econômicos coletivos, atendendo a um critério de proporcionalidade e razoabilidade das penas.

Pode-se afirmar que o ser humano, ao exercer atividade econômica organizada, irá analisar todas as conseqüências de seus atos, tendo em vista que age maximizando seus interesses em busca de lucros dentro de um mercado livre e globalizado. Por isso, para que o Estado consiga que o empresário atue exercendo função social, deve apresentar desestímulos e incentivos para direcionar e orientar as atividades econômicas.

Com relação aos incentivos, a pessoa primeiramente busca informações, para calcular o que ganha e o que pode perder com determinada escolha. A respeito dos desestímulos, vale frisar que o empresário sempre tenta antever as conseqüências de seu comportamento. Trata-se de uma análise de custos e benefícios, exercício diário na vida de quem exerce atividade empresarial.

Gary Stanley Becker, ganhador de prêmio Nobel da economia em 1992, desenvolveu em 1968, no artigo “*Crime and Punishment*”, modelo matemático moderno de intimidação, rico em implicações sobre o comportamento criminal. Becker afirmou:

O pressuposto comportamental implícito à oferta de infrações - e também implícito à análise econômica do Direito Penal - é o modelo do ator racional. Atores individuais decidem se vão cumprir as normas penais comparando os custos e benefícios esperados pelo cumprimento da lei. Quando os benefícios esperados são inferiores aos custos esperados, o indivíduo decide infringir a norma (BECKER, 2008, p. 42, tradução nossa)⁶⁰.

Então, o empresário analisa todas as variáveis na hora de pensar em infringir ou não uma norma criminal. Ademais, enquanto uma pessoa decide se irá cometer um crime, ela analisa o possível benefício e a sanção prevista. Caso a sanção seja superior ao benefício esperado, e a pessoa decida não cometer o ato, pode-se dizer que ela foi dissuadida disso e o sistema preventivo funcionou da forma esperada (SHAVELL, 2000).

Nesse sentido:

Impõe-se ao Estado a obrigação de criar uma desvantagem que deve, em princípio, ser dimensionada em grau tão elevado que ela sobrepuje a vantagem. O dano esperado, isto é, o produto a partir da punição esperável e da probabilidade de ser punido, deve ser maior do que o lucro esperado, pois somente então quem cometer consciente e

⁶⁰ *The behavioral assumption underlying the supply of offenses - and thus also underlying the economic analysis of criminal law - is the rational actor model. Individual actors decide whether to comply with criminal laws by comparing the expected costs and benefits of compliance. When the expected benefits of compliance fall below the expected costs, the individual offends.*

intencionalmente a violação do direito sabe que ela não compensa. (FISCHER, 2006, p. 156).

Por isso, partindo de uma análise econômica do Direito Penal, afirma-se que há uma racionalidade na conduta criminosa quanto ao cálculo das vantagens e gastos que o ato delitivo gera ao autor do fato. Ora, uma pessoa somente praticará uma infração penal se a sanção esperada for inferior à vantagem, ou se valer a pena correr o risco (SILVA SÁNCHEZ, 2004, p. 11). Por isso, “o mecanismo específico de eficácia do Direito Penal – diferentemente do Direito Administrativo ou Civil – consiste em estabelecer custos muito superiores aos benefícios do delito” (FISCHER, 2006, p. 157).

Para exemplificar, pode-se mencionar a hipótese de um empresário que consulta um advogado criminalista para saber os cuidados necessários e possíveis consequências penais de determinada estratégia tributária, ou de uma exploração de atividade potencialmente poluidora.

A respeito da relação entre a função social da empresa e o Direito Penal Econômico, pode-se dizer que esse ramo penal visa a proteger a dignidade da pessoa humana, bem como desestimula práticas empresariais que prejudiquem os ditames da justiça social. Nesse sentido,

não se pode negar delitos econômicos especialmente graves causam aumento das desigualdades sociais, fomento de mais miséria e violência nas camadas mais baixas da população, por conta da exclusão social que daí decorre. (FISCHER, 2006, p. 164).

Paulo José da Costa Júnior e Cesare Pedrazze asseveram que o Direito Penal Empresarial protege a sociedade, bem como os bens envolvidos na circulação de riquezas, pois visa a “assegurar que seu patrimônio se destine à obtenção de escopos sociais” (COSTA JÚNIOR; PEDRAZZI, 2005, p. 16). Ainda, para esses autores,

a tutela das sociedades como pessoas jurídicas obedece a evidente interesse coletivo: dado o papel de protagonistas que assumiram no sistema econômico nacional, constitui interesse não apenas de seus sócios, mas de toda a Nação, que venham elas a ser geridas honesta e corretamente. (COSTA JÚNIOR; PEDRAZZI, 2005, p. 16).

A legitimidade da tutela penal empresarial se consolida no fato de que a empresa possui relevante função social e de que os recursos econômicos ligados à atividade empresarial se destinam a assegurar melhores condições de vida a todos. Dessa forma, o direito penal empresarial “tem por fim garantir a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social” (PRADO, 2004, p. 31), sob pena de ocorrer responsabilidade penal.

Então, o Direito Penal Econômico visa a orientar a intervenção do Estado na economia, com o objetivo de fazer valer a função social da empresa, a fim de punir e evitar que sejam realizadas práticas empresariais abusivas que destoem do contexto empresarial no Estado Democrático de Direito brasileiro. Nesse sentido, as palavras de Ana Frazão de Azevedo Lopes:

O direito certamente não pode esperar que a empresa deixe de buscar o lucro e a eficiência, pois isso seria subverter totalmente a racionalidade econômica existente, sendo previsível a ineficácia de qualquer norma que contivesse previsão semelhante. No entanto, o direito pode pretender regular e adequar a busca da eficiência e do lucro, estabelecendo critérios que direcionem o exercício da atividade empresarial em razão de normas e princípios jurídicos, inclusive para o fim de punir as condutas ilícitas. (LOPES, 2006, p. 268).

A delinquência econômica, motivada pela busca de lucros desmedidos, reflete um egoísmo exacerbado e completa desconsideração da função social da empresa. Então, sempre que ocorrer ofensa a uma norma do Direito Penal Empresarial, a função social da empresa não terá sido observada.

Dessa forma, para evitar que os sócios sejam responsabilizados penalmente, deverá ocorrer conciliação entre a busca por lucros e o respeito às normas inerentes ao exercício da função social.

Diante do que foi exposto, percebe-se que, desde a Constituição da República de 1988 - que fincou no Brasil o Estado Democrático de Direito - é importante refletir sobre as condições de vida, com foco na dignidade da pessoa humana.

Como nenhum indivíduo é possuidor de um castelo inexpugnável, o Direito Privado não é um direito dos particulares. Por

isso, devem-se verificar os novos paradigmas do Direito Privado, sua ligação com o Direito Público, inclusive com o Direito Penal.

Quando houver ofensa a interesses difusos e os demais ramos do direito não forem suficientes para tutelar a ordem jurídica, o Direito Penal se revelará imprescindível para direcionar as condutas dos empresários, sob a luz da função social da empresa.

Destaque-se que a intimidação – resultante da prevenção geral negativa – não é a única via de prevenção. Por isso, afirma-se que “a prevenção de delitos não deve ser buscada só por meio da pura intimidação negativa, senão também, e sobretudo, mediante a afirmação (positiva) do Direito” (MOLINA; GOMES, 2012, p. 662).

Nesse sentido, o entendimento de Günther Jakobs:

Tarefa do Direito Penal é a manutenção (da vigência) da norma, como modelo orientador das relações sociais; conteúdo da pena, portanto, é a rejeição da desautorização da norma realizada por aquele que a violou (...); a função da pena, em consequência, é a prevenção geral mediante o exercício do reconhecimento da norma. (JAKOBS, Günther; citado por MOLINA; GOMES, 2012, p. 662).

Dessa forma, verifica-se uma relação do Direito Penal com a função social da empresa, de forma que existe mútua colaboração entre ambos. Nesse sentido, afirma-se que o Direito Penal Empresarial coopera para a redução de práticas empresariais que prejudiquem os ditames da justiça social.

Nessa toada, a autonomia privada do empresário e a sua busca por lucros devem ser harmonizadas para contribuir com o bem comum.

6. CONCLUSÃO

As considerações finais resultam de pesquisa feita a partir de 2015, quando se percebeu a necessidade de releitura de tese de doutorado desenvolvida entre 2011 e 2014, na PUC Minas. A partir de 2015, muitos debates serviram de base para motivar essa releitura, especialmente as aulas de Direito Penal Empresarial, Direito Penal Econômico e *Criminal Compliance* ministradas na pós-graduação *lato sensu* e *stricto sensu* da PUC.

A pesquisa foi iniciada estudando problemas que acompanham uma infeliz expansão desenfreada do Direito Penal no Brasil. Ramos que antes não pediam socorro ao Direito Penal, agora clamam por intervenção criminal. Na esfera legislativa, percebe-se uma política de inflação penal, de modo que novas leis incriminadoras constantemente são criadas e as penas existentes são agravadas, como se ampliar a agravar a aplicação do Direito Penal fosse remédio contra a criminalidade.

Percebe-se que a coletividade necessita de um sistema eficaz de controle para assegurar uma estabilidade que possibilite ambiente seguro para o desenvolvimento econômico. Ocorre que isso deve respeitar um sistema coerente de normas que considere modelos de conduta, impondo sanções aos fatos que coloquem perigo ao próprio grupo.

Como o atual cenário em que a atividade empresarial se desenvolve é altamente complexo, e a corporação por vezes dificulta a identificação dos responsáveis por delitos, definir o ambiente das atividades de regulação e a análise dos riscos empresariais configuram

a base para um sistema eficaz de *compliance*. Trata-se, por certo, de importante consequência de uma reformulação do Direito Penal Empresarial.

Percebe-se que os programas de *compliance* configuram uma hibridização entre o privado e o público. Afinal, o mundo corporativo não pode ser visto completamente afastado do Estado. Afinal, no âmbito corporativo, no contexto do Estado Democrático de Direito, é imprescindível criar uma cultura ética, norteadada pela função social da empresa, para que os programas de cumprimento possam ser eficazes.

Para restringir e delimitar a expansão penal, foram expostas premissas que envolvem a responsabilidade penal e, especificamente, a responsabilidade penal do empresário, pessoa física ou jurídica.

Com relação à responsabilidade penal da pessoa jurídica, foram apresentadas as teorias que envolvem esse tema. Foi verificada a posição do Supremo Tribunal Federal e uma análise no direito comparado, especificamente verificando os sistemas da França, Inglaterra, Estados Unidos, Holanda, Dinamarca, Portugal, Itália, Espanha, Alemanha, Bélgica e América Latina.

A releitura do tema pretendeu superar a concepção de responsabilidade penal da pessoa jurídica, para analisar se a pessoa jurídica tem capacidade criminal, no contexto do ordenamento jurídico penal brasileiro.

Pela necessidade de delimitar o alcance da responsabilidade penal empresarial e para que o Direito Penal Empresarial não seja aplicado de forma arbitrária e nem servir de indevido instrumento de administrativização do Direito Penal clássico, foi importante fixar as premissas que envolvem aquela responsabilidade. Para essa finalidade, devem ser observados importantes filtros para o racional exercício da pretensão punitiva criminal.

Afinal, a utilização do Direito Penal, dentro do necessário contexto de *ultima ratio*, somente se legitima quando falharem instrumentos menos drásticos de controle social, nos quais se incluem sanções impostas pelo direito civil e administrativo.

A releitura acerca do tema responsabilidade penal da pessoa jurídica confirmou a conclusão de que o crime requer necessariamente a presença de conduta, praticada por ser humano. Ao final, percebe-se vantagens em discutir não apenas a responsabilidade penal da pessoa jurídica, mas verificar se ela possui capacidade criminal.

Para verificar a incapacidade penal da pessoa jurídica, um dos pontos fundamentais é o princípio *societas delinquere non potest*, que não admite a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas. De acordo com esse princípio, as pessoas jurídicas somente podem sofrer sanções administrativas ou civis.

Deste modo, para investigar a capacidade criminal da pessoa jurídica, foi adotado o conceito analítico de crime, dentro de uma concepção finalista, que na opinião do autor, é a mais segura.

Nesse contexto, relevante verificar se a pessoa jurídica seria um ente real ou abstrato. Percebeu-se que a pessoa jurídica é uma ficção, não tem vontade, que não pratica condutas, que não tem culpabilidade. Sem a possibilidade de verificação do elemento subjetivo (dolo e culpa), não há como se imputar a prática de crime. Como a pessoa jurídica não tem vontade suscetível de configurar dolo ou culpa, não há que se falar em culpabilidade e nem em capacidade criminal (*nullum crimen nulla poena sine culpa*).

A partir desse ponto, reforça-se a ideia de que não se deve permitir flexibilização do princípio da culpabilidade, fundamental no Direito Penal brasileiro. Respeitando esse princípio, não se permite

responsabilidade penal objetiva. A responsabilidade objetiva é inerente apenas a alguns ramos extrapenais. No Direito Ambiental por exemplo, pode-se admitir a responsabilidade objetiva, mas não no Direito Penal Ambiental.

Não se pode conciliar a necessidade de responsabilidade penal subjetiva com uma suposta capacidade criminal da pessoa jurídica. Por acaso a pessoa jurídica tem vontade e discernimento? Ela pratica uma ação ou omissão? Ela pode deixar de agir quando deveria? Como a pessoa jurídica pode ter orientação de consciência e vontade? Ora, não há como perceber conduta dirigida finalisticamente para um resultado, no contexto da ficção da pessoa jurídica.

O pano de fundo parte de premissas fundamentais, no contexto de um Direito Penal garantista, preocupado com a racionalidade na intervenção penal. Dentro dessas premissas, uma das bases advém da teoria do crime, que não pode ser atropelada.

Ao pensar nos requisitos para análise de excludentes de ilicitude, há elemento subjetivo impossível de ser analisado no contexto das pessoas jurídicas. Afinal, como avaliar se a pessoa jurídica quis praticar um fato típico, mas no contexto de um exercício regular de direito?

E quanto a culpabilidade? No caso de pessoas físicas, para imputação penal é necessário verificar condutas praticadas a partir do dia do aniversário de 18 anos, bem como analisar se a pessoa possui condições mentais de ser penalmente responsável pelos seus atos. No caso de pessoas jurídicas, torna-se impossível essa análise.

Além disso, como avaliar a potencial consciência da ilicitude nas pessoas jurídicas? E eventual exigibilidade ou inexigibilidade de conduta diversa na corporação? Será que a pessoa jurídica faz essa análise?

Assim, a responsabilidade penal deve ser, sempre, pessoal – própria do ser humano –, e decorrente apenas de sua ação ou omissão, não sendo admitida nenhuma outra espécie. A estrutura ontológica da conduta pressupõe a prática de uma ação, isto é, um elemento corporal voluntário. O ente moral, sendo mera abstração legal, estaria impossibilitado de praticar alguma conduta (dolosa ou culposa), no sentido jurídico penal. Outrossim, são necessários os elementos de conhecimento (intelectual) e de vontade (volitivo) para que se considere possível a culpabilidade.

E com relação às teorias da pena? Qual teoria adotar? Teorias absolutas, relativas, agnóstica? Qual a finalidade da pena criminal para a pessoa jurídica? Castigo? Nada justifica uma pena criminal para a pessoa jurídica. Bastam medidas extrapenais, como por exemplo a reparação civil e obrigações de fazer.

Ao analisar os princípios fundamentais de responsabilização penal, também se percebeu a inadequação da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Especialmente a partir da análise dos princípios da intervenção mínima, culpabilidade, individualização da pena e pessoalidade.

Com relação ao princípio da pessoalidade das penas, também chamado de personalidade ou de intranscendência, cabe um alerta extra.

Dentre as penas aplicáveis à pessoa jurídica, conforme previsão no artigo 23 da Lei 9.605/98, há prestação de serviços à comunidade, através de execução de obras e manutenção de espaços. Em que pese a condenação em desfavor da pessoa jurídica, quem cumpre essa pena, quem vai prestar esse serviço, serão as pessoas físicas que, não raras vezes, nem sequer foram colaboradoras do suposto crime. Afinal, a pena, pode ou não pode ultrapassar a pessoa do condenado? Quais

sócios serão afetados? Apenas os que contribuíram? Apenas os que eram sócios na época do crime? Será que afeta funcionários? Será que os consumidores vão acabar custeando isso no final? Quais os reflexos perante os *stakeholders*?

Outro ponto relevante surge ao analisar o parágrafo único do artigo 3º da Lei 9.605/98, que aparentemente tenta prever a possibilidade de concurso de pessoas entre humanos e a pessoa jurídica. Ao relembrar sobre os requisitos do concurso de pessoas, surgem as premissas de pluralidade de pessoas e de condutas, vínculo psicológico, nexos causal e identidade de infração penal. Nesse contexto, como preencher esses requisitos? Não há possibilidade de verificar liame subjetivo entre pessoas físicas e a pessoa jurídica.

Apesar de todas as críticas, percebe-se que há boa intenção em se responsabilizar penalmente a pessoa jurídica, mas da forma como estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal, a pessoa jurídica serve de escudo, para proteção das pessoas físicas que utilizaram da pessoa jurídica como instrumento para a prática de crimes. Responsabilizar a pessoa jurídica, isoladamente, permite que pessoas físicas se escondam e fiquem impunes. A aplicação racional do Direito Penal não pode permitir isso. Enfim, a ideia de garantismo deve estar sintonizada com a proporcionalidade, em um contexto de vedar excessos e proibir proteção deficiente.

Considera-se a pessoa jurídica um ente abstrato. Não é um ente real, personificado. Não tem capacidade criminal. É apenas uma ficção criada para o exercício de atividade empresarial. Por isso, inadmissível *Habeas Corpus* em favor de pessoa jurídica processada criminalmente.

Desse modo, não se pode tolerar o esquecimento dos limites para a intervenção criminal, de modo que o Direito Penal Empresarial

seja utilizado sem necessidade efetiva. Assim, há premissas imprescindíveis para justificar a responsabilidade penal nos crimes empresariais. O pano de fundo parte de garantias fundamentais, no contexto de um Direito Penal garantista, preocupado com a dignidade da pessoa humana e com a racionalidade na intervenção penal.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica é um dos temas de maior polêmica no Direito Penal moderno. A ideia aqui defendida, de uma teoria da incapacidade penal da pessoa jurídica, entra em conflito com entendimento jurisprudencial dominante e praticamente pacífico, mas a academia serve para lutar por ideais que nem sempre agradam a todos. O pesquisador não pode se curvar à ditadura da maioria, deve sempre seguir a sua caminhada racional e constante.

Foram fixados elementos para uma releitura dos estudos que envolvem a responsabilidade penal empresarial a partir do contexto de um Estado Democrático de Direito, que deve adotar o garantismo penal. A esperança é de que essa luta possa lampejar novos caminhos: a gênese de nova jurisprudência e de novos dispositivos legais.

Por fim, importante mencionar que, se algum crime for cometido através da pessoa jurídica e, até mesmo, em seu benefício, quem deve responder penalmente são as pessoas físicas que utilizaram do ente fictício como instrumento. O instituto da autoria indireta, ou mediata, resolve essa questão. Afinal, na autoria indireta, quem deve responder criminalmente é a pessoa que se vale de outra, que serviu como mero instrumento para a prática da infração penal. Destarte, dentro na necessidade de aplicação racional do Direito Penal, conclui-se pela incapacidade penal da pessoa jurídica.

REFERÊNCIAS

BACIGALUPO, Enrique. Compliance y derecho penal. Cizur Menor: Arazandi, 2011.

BACIGALUPO, Enrique (dir.). Derecho Penal Económico. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

BACIGALUPO, Enrique. La responsabilidade penal y sancionatória de las personas jurídicas em el Derecho europeo. In: BACIGALUPO, Enrique (dir.). Derecho Penal Económico. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 65-90.

BACIGALUPO, Silvina. La responsabilidade penal de las personas jurídicas. Barcelona: Bosch, 1998.

BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro. 12 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECCARIA, Cesare Bonesana. Dos delitos e das penas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BECKER, Gary Stanley. Crime and Punishment: An Economic Approach (1968). In: LEVITT, Steven David; MILES, Thomas J. (coord.) Economics of Criminal Law. Economics approaches to Law. Northampton: Edward Elgar, 2008, p. 3-51.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral, 1. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRANDÃO, Cláudio. Introdução ao Direito Penal: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BRANDÃO, Cláudio. Teoria Jurídica do Crime. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BRANDÃO, Cláudio. Teoria jurídica do crime. 5. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

BRANDÃO, Cláudio Roberto Cintra Bezerra; COLEN, Guilherme Coelho. Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito. Vol. 1, nº 1, jul-dez. 2016. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 7-43.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em mandado de segurança 16.696/PR. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido, Diário de Justiça, Brasília, 13 de março de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 83.554/PR. 2ª Turma. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Diário de Justiça, Brasília, 28 de outubro de 2005

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 548181/PR. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, recurso julgado em 06 de agosto de 2013.

BUSATO, Paulo César. Direito Penal: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.

CEREZO MIR, José. Posfácio: A influência de Welzel e do finalismo na ciência do direito penal espanhola e latino-americana. In: WELZEL, Hans. O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 199-236.

CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. Responsabilidade penal dos profissionais jurídicos: os limites entre a prática jurídica ilícita e a participação criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. Teoria da Argumentação Jurídica. Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes no Direito Moderno. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, volume 1: direito de empresa. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009a.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, volume 2: direito de empresa. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009b.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, volume 3: direito de empresa. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2009c.

COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. 20. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.

COLEN, Guilherme Coelho. A teoria finalista da ação e as bases do Código Penal. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. 21, n. 41, p. 152-165, 2018.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da; PEDRAZZI, Cesare. Direito Penal Societário. 3. ed. São Paulo: DPJ, 2005.

DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação subjetiva. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ESPIÑEIRA, Bruno; CRUZ, Rogério Schietti; REIS JÚNIOR, Sebastião. (Org.). Crimes Federais. 2 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

ESTEFAM, André. Direito penal, 1: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

FACCINI NETO, Orlando; SÁ, Getúlio Humberto Barbosa de. Job Description e Compliance no Direito Penal Empresarial. In: LOPES JÚNIOR, Aury (coord.). Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. Vol. 1, nº 97, ago/set. 2020. Porto Alegre: LexMagister, 2020, p.105-120.

FELIPETO, Rogério. Reparação do dano causado por crime. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA, Eduardo Magalhães. A empresa e a sua responsabilidade penal: a tutela da empresa a teoria da dupla imputação. 2013. 115f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima.

FERREIRA NETO, Weser Francisco. Fraudes Empresariais. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FISCHER, Douglas. Delinquência econômica e Estado Social e Democrático de Direito. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

FRAZÃO, Ana. Função Social da Empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

GALVÃO, Fernando. Direito Penal: parte geral. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GALVÃO, Fernando. Direito Penal: parte geral. 13 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

GALVÃO, Fernando. Direito Penal Tributário: imputação objetiva do crime contra a ordem tributária. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

GALVÃO, Fernando. Imputação objetiva. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

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

GODOI, Antonio Januzzi de. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: evolução na doutrina da ação e da culpabilidade. In: JUNIOR, Walter Santos (Coord.). Temas de Direito Sustentável. Belo Horizonte: Legal, 2010, p. 52-68.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Teoria geral da parte especial do Direito Penal. São Paulo: Atlas, 2014.

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 Editora, 2013.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y derecho administrativo sancionador. Especial consideración de critérios político-legislativos de atribución de responsabilidad. In: BRANDÃO, Cláudio Roberto Cintra Bezerra; COLEN, Guilherme Coelho. Delictae: Revista de Estudos

Interdisciplinares sobre o Delito. Vol. 1, nº 1, jul-dez. 2016. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 7-43.

GONÇALVES, Carlos Eduardo. Os crimes econômicos sob a ótica do direito penal constitucional. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. Volume I. 11 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal. 2 ed. Niterói: Impetus, 2006.

HASSEMER, Winfried. Introdução aos fundamentos do direito penal. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

IENNACO, Rodrigo. Bem Jurídico e Perigo Abstrato: um desenho hermenêutico da ofensividade. 2 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

IENNACO, Rodrigo (org.). Metodogâmica Penal: cienti(ficis)mo, ciência e técnica na teoria do delito: estudos em homenagem à professora Sheila Jorge Selim de Sales. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

JAKOBS, Günther. A imputação objetiva no direito penal. 3 ed. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

JAKOBS, Günther. Derecho Penal – Parte general. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo: noções e críticas. 2 ed. organização e tradução André Luis

Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JESUS, Damásio de. Direito penal, volume 1: parte geral. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KAISER, Günter. Criminología: uma introducción a sus fundamentos teóricos. Madrid: Espasa Calpe, 1978.

LEAL, Rogério Gesta. A função social da propriedade e da cidade no Brasil: aspectos jurídicos e políticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. O que se entende por inflação penal? 2011. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2638575/o-que-se-entende-por-inflacao-penal-joaquim-leitao-junior>> Acesso em 20 nov. 2019.

LEVITT, Steven David; MILES, Thomas J. (coord.) Economics of Criminal Law. Economics approaches to Law. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2008.

LIMA JÚNIOR, José César Naves de. Dosimetria da Culpa. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. Empresa e Propriedade – função social e abuso de poder econômico. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LOPES, Jair Leonardo. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LOPES JÚNIOR, Aury (coord.). Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. Vol. 1, nº 95, abr/mai. 2020. Porto Alegre: LexMagister, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury (coord.). Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. Vol. 1, nº 97, ago/set. 2020. Porto Alegre: LexMagister, 2020.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LUZ, Ilana Martins. Compliance & omissão imprópria. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Responsabilidade penal de pessoas jurídicas: o paradoxo de sua interpretação pelos tribunais brasileiros. In XX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI. (Org.). Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Belo Horizonte - MG. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, v.1, p. 1336-1355. Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/XXencontro/Integra.pdf>> Acesso em: 10 jul. 2018.

MARTINEZ, Ana Paula. Repressão a Cartéis: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal. São Paulo: Singular, 2013.

MARTINS, Fran. Curso de Direito Comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio. 30 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MATTIETO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In TEPEDINO, Gustavo (coord.). Problemas de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 163-186.

MAYRINK, Renata Pereira. Responsabilidade Penal do Compliance Officer: a omissão imprópria e os pressupostos para a tipicidade. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2020.

Disponível em <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_RenataPereiraMayrink_8217.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2020.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal: parte geral. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal: Fundamentos e Limites do Direito Penal. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. SARLET, Ingo Wolfgang (org.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Luis Gustavo Miranda de Oliveira (Org.). Compliance e integridade: aspectos práticos e teóricos. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

PACHECO, Denilson Feitoza. Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis. 3 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

PALHARES, Cinthia Rodrigues Menescal. Aspectos político-criminais das sanções penais econômicas no direito brasileiro. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. Seção II, p. 147 – 175.

PEDROSO, Fernando Gentil de Almeida; HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo Outeiro (org.). Direito Penal Econômico: temas

essenciais para a compreensão da macrocriminalidade atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

PEREIRA, Henrique Viana. A função social da empresa e as repercussões sobre a responsabilidade civil e penal dos empresários. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2014. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PereiraHVd_1.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2019.

PEREIRA, Henrique Viana; GUIMARÃES, Cynthia Fittipaldi Silva. Crimes materiais tributários: análise crítica da Súmula Vinculante nº 24 do STF. *Juris Plenum*, Caxias do Sul, ano XVI, n. 92, mar./abr. 2020.

PEREIRA, Henrique Viana; LIMA, Gabriela Dourado Nunes de. Movimentos político-criminais: releitura em homenagem aos professores Sheila Jorge Selim de Sales e Ariosvaldo de Campos Pires. In: IENNACO, Rodrigo (org.). *Metadogmática Penal: cienti(ficis)mo, ciência e técnica na teoria do delito: estudos em homenagem à professora Sheila Jorge Selim de Sales*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

PEREIRA, Henrique Viana; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. *Princípios Constitucionais do Direito Empresarial: a função social da empresa*. Curitiba: CRV, 2011.

PEREIRA, Henrique Viana; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. *A Função Social da Empresa e o Direito Penal Empresarial*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

PEREIRA, Henrique Viana; MIRANDA, Luiz Henrique Nogueira Araújo. *As teorias da pena diante do garantismo e da deslegitimação do excesso*. *Juris Plenum Ouro*, v. 1, 2018.

PEREIRA, Henrique Viana; ROSA, Bruna Pereira. A Responsabilidade Penal e Civil dos Empresários no Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

PEREIRA, Henrique Viana; SALLES, Leonardo Guimarães. Direito Penal e Processual Penal: tópicos especiais. Belo Horizonte, Arraes Editores, 2014.

PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PIRES, Ariosvaldo de Campos. Idéias e vultos do direito. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila Jorge Selim de. Alguns movimentos político-criminais da atualidade. In: SIQUEIRA, Luiz Eduardo Alves de. (Coord.). Revista Brasileira de Ciências Criminais. Número Especial. Ano 11. N° 42 - janeiro - março - 2003. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 295-306.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1° a 120. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Luiz Regis. Direito penal do ambiente. 2 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação subjetiva. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. (coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 125-156.

QUEIROZ, Paulo de Souza. Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

REALE JÚNIOR, Miguel. A Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. (coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 343-345.

ROBLES PLANAS, Ricardo. Estudos de Dogmática Jurídico-Penal: fundamentos, teorias do delito e direito penal econômico. Coleção Ciência Criminal Contemporânea. Vol. 6. BRANDÃO, Cláudio (Coord.). 2 ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

ROCCO, Alfredo. Princípios de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 1931.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Direito Penal Económico: uma política criminal na era compliance. Coimbra: Almedina, 2019.

ROTHENBURG, Walter Claudius. A pessoa jurídica criminosa. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2005.

ROXIN, Claus. Política Criminal y estructura del delito – Elementos del delito em la base a la política criminal. Barcelona: PPU, 1992.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”?. In: TIMM, Luciano Benetti. Direito & Economia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 49-61.

SALLES, Leonardo Guimarães. Criminal compliance: a delimitação da responsabilidade penal nas organizações empresariais complexas. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – PUC Minas, Belo Horizonte, 2016. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SallesLG_1.pdf. Acesso em: 10 out. 2020.

SALOMÃO FILHO, Calixto. O novo Direito Societário. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado; MURICI, Gustavo Lanna; RODRIGUES, Raphael Silva. (org.). O Cinquentenário do Código Tributário Nacional. vol. 2. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017.

SHAVELL, Steven. El Derecho Penal y El Uso Óptimo de Sanciones No Monetarias como Medida de Disuasión. In: ROEMER, Andrés (compilador). Derecho y Economía: Una Revisión de la Literatura. Cidade do México: Centro de Estudios de la Governabilidad y Políticas Públicas: Fondo de Cultura Económica: Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2000, p. 437-469.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, Américo Luís Martins da. Introdução ao Direito Empresarial. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, Guilherme José Ferreira da. A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. 2012. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista60/revista60_143.pdf>, p. 143-155. Acesso em 18 ago. 2018.

SILVA, Guilherme José Ferreira da. Incapacidade criminal da pessoa jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional n. 53, de 19/12/2006. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Marcio Fernandes Fioravante da. A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o compliance diante de situações de pandemia. In: LOPES JÚNIOR, Aury (coord.). Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. Vol. 1, nº 95, abr/mai. 2020. Porto Alegre: LexMagister, 2020, p. 59-80.

SILVA, Virgílio Afonso da. A Constitucionalização do Direito. 1 ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Aproximação ao direito penal contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Deberes de vigilância y compliance empresarial. In: LOTHAR, Kuhlen; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (eds.). Compliance y teoría del derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Eficiência e Direito Penal. Coleção Estudos de Direito Penal, v. 11. São Paulo: Manole, 2004.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; DINIZ, Eduardo Saad. Compliance, Direito Penal e lei anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2015.

SIQUEIRA, Flávia. O Princípio da Confiança no Direito Penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da Criminologia à Política-Criminal: Direito Penal Econômico e o Novo Direito Penal. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, Seção II, p. 105 – 145.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011.

STARLING, Sheyla Cristina da Silva. O consentimento do ofendido como excludente da tipicidade penal. In: IENNACO, Rodrigo (org.). Metadogmática Penal: cienti(ficis)mo, ciência e técnica na teoria do delito: estudos em homenagem à professora Sheila Jorge Selim de Sales. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 171-182.

STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (org.). Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 74-83.

TAVARES, André Ramos. Direito constitucional da empresa. São Paulo: Método, 2013.

TAVARES, Juarez. Fundamentos de Teoria do Delito. Florianópolis: Empório do Direito, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Direitos do Consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TIEDMANN, Klaus. El concepto de derecho económico, de derecho penal económico y de delito económico. Revista Chilena de Derecho, Santiago, vol. 10, p. 59 – 68, 1983. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649428.pdf> >. Acesso em: 12 mar. 2020.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Função Social da Empresa. Revista dos Tribunais n. 92. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril de 2003, p. 33-50.

TORRES, Henrique Abi-Ackel. Responsabilidade dos Administradores de Sociedades Anônimas. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

VALLE, Carlos Pérez del. Introduccion al derecho penal econômico. In: BACIGALUPO, Enrique (dir.). Derecho Penal Económico. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 29-52.

VALLE, Gabriel; VALLE Sofia. Lições de Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

WALKER JÚNIOR, James. Criminal compliance e responsabilidade penal. In: ESPÍÑEIRA, Bruno; CRUZ, Rogério Schietti; REIS JÚNIOR, Sebastião. (Org.). Crimes Federais. 2 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 259-272.

WALKER JR, James; FRAGOSO, Alexandre. Direito Penal Tributário: uma visão garantista da unicidade do injusto penal tributário. 2 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

WELZEL, Hans. O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

YACOBUCCI, Guillermo Jorge. El sentido de los principios penales: su natureza y funciones en la argumentación penal. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Derecho penal humano y poder em el siglo XXI. Managua: INEJ. 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Parecer a Nilo Batista sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. (coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 43-63.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. Derecho Penal: parte general. 2 ed. Buenos Aires: Sociedade Anônima Editora, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: 3 ed. Revan, 2003.

ZANOTI, Luiz Antônio Ramalho Zanoti. Empresa na ordem econômica: princípios e função social. Curitiba: Juruá, 2009.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (org.). Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.