

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

DOS LIMITES À RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Heitor Simon F. Pedroso

Orientador: Prof. Dr. Paulo de Souza Queiroz

BRASÍLIA/DF

2020

HEITOR SIMON F. PEDROSO

DOS LIMITES À RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília (FD/UnB) para a
obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo de Souza
Queiroz.

BRASÍLIA/DF

2020

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

FICHA CATALOGRÁFICA

P415l Pedroso, Heitor Simon Fonseca.
Dos Limites à Responsabilização Penal da Pessoa Jurídica / Heitor
Simon Fonseca Pedroso. – 2020.
62 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade de
Brasília, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Brasília/DF, 2020.
Orientação: Prof. Dr. Paulo de Souza Queiroz.

1. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. 2. Balizas do Direito
Penal. 3. Realidade fática da pessoa jurídica.

CDD 340

Nome: PEDROSO, Heitor Simon Fonseca.

Título: Dos Limites à Responsabilização Penal da Pessoa Jurídica.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB) para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora:

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

RESUMO

O presente trabalho objetiva tentar encontrar balizas à responsabilização penal da pessoa jurídica, de forma distanciada das limitações de ordem normativa que o ordenamento brasileiro impõe. Ou seja, propõe-se a analisar a temática de forma mais dogmática. Para tanto, parte da premissa de que o instituto da responsabilidade penal das organizações empresariais é uma realidade jurídica, não só no Brasil como nos em outros países. Assim, este trabalho não pretende analisar a fundo as razões, a (des)necessidade ou a possibilidade teórica desse instituto – nos restringimos a elencar brevemente alguns desses pontos, com finalidade introdutória. Isso porque entendemos que há uma tendência acadêmica, social e política sem volta de justificação e aplicação da criminalização da pessoa jurídica, ante principalmente os atuais escândalos de corrupção e de dano ambiental que envolveram empresas. Desse modo, procuramos aqui encontrar limites a esse processo, levando em consideração as possibilidades e compatibilidade desse instituto com os dogmas e garantias do Direito Penal, observada também a realidade fática de uma pessoa jurídica. Isto é, procuramos aproximar, na medida do plausível, o Direito Penal das empresas ao Direito Penal do indivíduo.

Palavras-chave: Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Balizas do Direito Penal. Realidade fática da pessoa jurídica.

ABSTRACT

The current study aims to try to find boundaries for the criminal responsibility of legal entities, in some distant from the normative limitations that the Brazilian legal order imposes. In other words, it focuses on the analysis in a more dogmatic way. To do so, it starts from the premise that the corporations' criminal liability institute is a legal reality, not only in Brazil but also in other countries. So, this work does not intend to deeply examine the reasons, the (un)need or the theoretical possibility of that institute – we stick ourselves to briefly list some of those topics, with an introductory purpose. That because we understand that there is an academic, social and political trend with no return for the criminalization of legal entities, especially facing the current scandals of corruption and environmental damage that have involved companies. Thus, we seek herein to find limits to this process, taking into account the possibilities and compatibility of that institute with the dogmas and guarantees of Criminal Law, also minding the factual reality of a legal entity. That is, we try to bring closer, as far as plausible, the corporation Criminal Law to the individual Criminal Law.

Key-words: Criminal liability of the legal entity. Criminal Law boundaries. Factual reality of the legal entity.

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO

II. POR QUE USAR O DIREITO PENAL?

II.a. Da fragmentariedade do Direito Penal

II.b. Do simbolismo do Direito Penal

III. QUAIS SÃO AS PREMISSAS PARA O USO DO DIREITO PENAL?

III.a. Da capacidade de ação da pessoa jurídica

III.b. Da cidadanização da pessoa jurídica

IV. POR QUE LIMITAR A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA?

IV.a. Limite 1: Da adoção do modelo de autorresponsabilidade.

IV.b. Limite 2: Do posicionamento teórico-penal do “defeito de organização”

IV.c. Limite 3: Da definição e delimitação do “defeito de organização”

IV.d. Limite 4: Da definição e delimitação da “cultura de cumprimento do Direito”

V. CONCLUSÃO

VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I. INTRODUÇÃO

A responsabilidade penal da pessoa jurídica¹ aparece na legislação brasileira no texto constitucional de 1988. Dois dispositivos da Constituição da República indicam a possibilidade concedida ao legislador ordinário para incluir a pessoa jurídica como sujeito ativo de crimes e submete-la à tutela penal. São eles: o art. 173, §5º,² inserido no Título VII (Da ordem econômica e financeira); e o art. 225, §3º,³ previsto no Capítulo VI (Do meio ambiente) do Título VIII (Da ordem social).

Com relação ao primeiro dispositivo, a redação constitucional tem um caráter mais amplo. Limita-se a estabelecer a responsabilização da pessoa jurídica por atos praticados contra a ordem econômica e financeira e a economia popular, sem dispor sobre qual responsabilidade se trata. Na hipótese do art. 225, §3º, o texto constitucional é mais claro, ao especificar que as pessoas jurídicas estarão sujeitas a sanções penais, administrativas e civis por condutas lesivas ao meio ambiente.

Para SALVADOR NETTO⁴, é incongruente sustentar a admissão da responsabilidade penal dos entes coletivos para a proteção do meio ambiente, e concomitantemente, afirmar sua incompatibilidade no bojo da tutela à ordem econômica e financeira. Acrescenta que a Constituição da República, ao mesmo tempo que admitiu esse tipo de responsabilização, não apresentou quaisquer outras disposições que obstassem essa ideia.

Nessa linha, é inegável a adesão do constituinte à ideia de responsabilização penal da pessoa jurídica. A despeito disso, discute-se se a consagração constitucional desse modelo consiste em apenas uma possibilidade ou impõe uma obrigação ao sistema criminal. Ainda,

¹ No presente trabalho, trataremos apenas das pessoas jurídicas de direito privado.

² CR, art. 173, §5º: A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

³ CR, art. 225, §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.

⁴ Salvador Netto, Alamiro Velludo. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 283-284.

questiona-se se estaria limitada aos delitos ambientais e contra a ordem econômica e financeira ou poderia abranger outros crimes.⁵

Não obstante, a questão que se coloca agora diz respeito à evidente adoção constitucional da possibilidade legislativa de responsabilização penal dos entes coletivos. Nesse ponto, assenta FERREIRA⁶ que “o legislador abriu caminho para um novo posicionamento do direito penal no futuro, com a abolição do princípio ora vigente segundo o qual *societas delinquere non potest*”.

Não se pode assumir que o constituinte redigiu os arts. 173, §5º, e 225, §3º, sem qualquer propósito. Deve-se ater ao aforismo do Direito Romano, segundo o qual não se presumem na lei palavras inúteis (*verba cum effectu, sunt accipienda*). Nessa linha, MAXIMILIANO⁷ ilustra que “não se presume a existência de expressões supérfluas; em regra, supõe-se que leis e contratos foram redigidos com atenção e esmero; de sorte que traduzam o objetivo dos seus autores.”

Com o advento da Lei 9.605/1998, o legislador ordinário, valendo-se da possibilidade (ou mandamento) constitucional, inseriu no sistema criminal brasileiro a responsabilidade penal da pessoa jurídica, ao prever condutas lesivas ao meio ambiente perpetradas pelos entes coletivos. No tocante aos setores da ordem econômica e financeira, ainda permanece aberta a hipótese de incriminação.

A norma de imputação à pessoa jurídica da Lei de Crimes Ambientais consubstancia em um regramento geral, que estabelece ao aplicador da lei a possibilidade de responsabilização do ente coletivo pelas condutas tipificadas ao longo do diploma. Tal norma está disposta no art. 3º, *caput*, e parágrafo único⁸. Já os quesitos relacionados à pena e à sua aplicação foram elencados nos arts. 21 a 24.

⁵ Ibid., p. 281.

⁶ Ferreira, Ivette Senise. A tutela penal do patrimônio cultura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 23.

⁷ Maximiliano, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 236.

⁸ Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

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

Pois bem, essas foram as questões que tivemos por destacar na introdução. Os tópicos a seguir discorrerão sobre a (des)necessidade da utilização do Direito Penal contra a pessoa jurídica; dos problemas da sua aplicação; dos pressupostos para a sua utilização; dos modelos de imputação propostos; e, principalmente, dos limites do poder punitivo estatal nesse tema.

II. POR QUE USAR O DIREITO PENAL?

A adoção da responsabilidade penal dos entes coletivos enseja, em primeiro lugar, indagações de ordem prática. SALVADOR NETTO⁹ elenca algumas dessas perguntas: qual é o propósito de tratar as pessoas jurídicas como sujeitos ativos em Direito Penal? Não seria melhor a utilização de outros ramos do direito, como o Direito Civil ou Administrativo? O Direito Penal e sua estrutura dogmática são compatíveis com esse modelo de imputação?

Essas questões vêm à tona principalmente nos dias atuais. São notórios os escândalos de corrupção envolvendo organizações empresariais, que acarretam altos custos políticos, econômicos e sociais, e ensejam o clamor popular por justiça e punição dos responsáveis, independente se pessoas físicas ou jurídicas. Paralelamente, cita-se também as tragédias ambientais recentes ocorridas no Brasil.

Nesse contexto, foi promulgada a Lei 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção, a qual institui um sistema de responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de ilícitos contra a administração pública. O tema foi introduzido no ordenamento jurídico para atender a pressão no combate à corrupção e trata-se da primeira lei nacional voltada exclusivamente para esse fim. Contudo, a lei somente dispõe sobre os âmbitos administrativo e civil¹⁰.

A despeito de outros questionamentos, a indagação aqui posta diz respeito sobre a (des)necessidade da aplicação do sistema criminal contra as organizações empresariais. Isto é, a responsabilização da pessoa jurídica é a melhor forma de se proceder? Tem a capacidade

⁹ Ibid., p. 35.

¹⁰ Lei 12.846/2013, Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

de influenciar os comportamentos corporativos e evitar condutas lesivas? Outros ramos do Direito não dão conta de cumprir essa função? Em suma: Por que usar o Direito Penal?

Oportuno, aqui, mencionar FRIEDEMANN¹¹: “corporações atuam como *poltergeists* no mundo material: registramos sua presença por meio de evidências tangíveis de suas ações, seja na construção de uma fábrica, demissão de funcionários ou patrocínio de um evento esportivo [...]. Assim como as ações de uma pessoa física, as ações de uma corporação têm consequências, de modo que acreditamos que o Direito deve estabelecer limites similares às condutas de cada uma [...].”

SALVADOR NETTO¹² afirma que a empresa contemporânea deixou de ser somente um meio de subsistência para o empresário, para ser também um instrumento de reprodução do capital. Em outras palavras, a finalidade primordial do capital gerado pela empresa passou ter como finalidade primordial a valorização do próprio capital, num círculo repetitivo, a partir da lógica de acumulação.

Essa reprodução incessante implicou no agigantamento das empresas, que se tornaram grandes corporações multinacionais, capazes de dominar o mercado e subjugar a política. Nessa linha, assevera o autor que esse espaço econômico-social privilegiado ocupado pela pessoa jurídica repercute em significativa parcela da criminalidade contemporânea. Empresas voltadas a negócios lícitos tornaram-se suscetíveis à prática de atos criminosos.

Somado a isso, tem-se que corporações são espaços geradores de riscos, tendo em vista a própria lógica das atividades que desenvolvem. Para BECK, “a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos”¹³ Para

¹¹ Friedeman, Lawrence. In defense of corporate criminal Liability. Harvard Journal of Law & Public Policy, Boston, v. 23, n. 3, Summer 2000. Disponível em: <http://www.questia.com/read/1G1-65278852/in-defense-of-corporate-criminal-liability>. Acesso em: 21 de abril de 2020.

“Corporations move like poltergeists through our material world: We register their presence by the tangible evidence of their actions, whether it be the construction of a manufacturing facility, the termination of employees, or the sponsorship of a sporting event. And yet corporations are regarded as more than mere ghosts. Like the actions of a corporeal person, the conduct of a corporation has consequences, and so we believe the law should set similar limits on the behavior of each. Indeed, it has become commonplace for federal and state governments to seek to impose criminal liability upon corporations for their actions in such areas as tax, securities, antitrust, insurance and environmental law.”

¹² Ibid., p. 42-45.

¹³ Beck, Ulrich. Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. Editora 34, 2011, p. 23.

BOTTINI¹⁴, “a sociedade de risco é fruto do desenvolvimento do modelo econômico que surge na Revolução Industrial [...] Este modelo econômico exige dos agentes produtores a busca por inovações [...] sob pena de perecimento por obsolescência”.

Cita-se como exemplo uma fábrica de carros. O manejo de maquinários e peças para a montagem do carro enseja um risco para a integridade física dos funcionários; a manipulação da tinta utilizada na lataria produz um risco para o meio ambiente; e a especulação da oferta e demanda dos carros produzidos importa em um risco para a ordem econômica.

No entanto, a atividade empresarial é inerente à realidade atual. Assim, o que discute é o controle dos riscos criados pelas corporações, de forma a mantê-los dentro de patamares seguros e permitidos. Cabe ao Direito estabelecer um equilíbrio entre a lógica capitalista e a proteção dos bens jurídicos. Quando há uma descompensação para o lado do capital, há a criação de riscos não permitidos, sujeitos à tutela jurisdicional.

HEINE¹⁵ afirma que “no lugar do controle retrospectivo de condutas individuais, conforme assentava o paradigma clássico, [o Direito Penal] trata-se cada vez mais do controle de disfunções sociais”. Complementa SALVADOR NETTO¹⁶ que essa disfuncionalidade reside nos espaços sociais que costumam ser marcados por condutas coletivas, dentre os quais as empresas. Trata-se de uma alteração de perspectiva do Direito Penal, derivada de uma modificação da própria sociedade.

SALVADOR NETTO¹⁷, em defesa da responsabilização penal das empresas, diz que “o Direito assume um papel central neste controle e balizamento dos riscos, colocando-se especificamente o Direito Penal em posição de notório protagonismo”. Afirma o autor que a tutela penal, diante das novas exigências da sociedade capitalista, passa a operar sob a lógica preventiva, focando-se nos crimes de perigo abstrato.

¹⁴ Bottini, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 36.

¹⁵ Heine, Günther. La responsabilidad penal de las empresas: evolución y consecuencias nacionales. Trad. Alda Figueroa Navarro y José Hurtado Pozo. In: Hurtado Pozo, José; Del Rosal Blasco, Bernardo; Simons Vallejo, Rafael. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001, p. 51.

¹⁶ Ibid., p. 49.

¹⁷ Ibid., p. 54.

Para BOTTINI¹⁸, a vivência de riscos pela sociedade atual é mais presente. Conforme o autor, “essa insegurança geral cria um discurso pela antecipação da tutela penal. A sociedade não admite mais aguardar a ocorrência de um resultado lesivo para aplicar uma pena. Há uma política de proibir comportamentos perigosos, mesmo que não causem resultado algum, como consequência desse clamor por maior segurança, maior tranquilidade, frente à nova sensação de riscos.”

Em outras palavras, o aumento do risco criado pelo modo de produção capitalista gera um sentimento de insegurança na sociedade, acarretando na expansão dos mecanismos de controle dos perigos pelo Estado. O uso dos tipos penais de perigo abstrato pelo legislador é consequência dessa lógica. Segundo BOTTINI¹⁹, tal modalidade não exige lesão a um bem jurídico nem sequer a colocação deste bem em risco real e concreto.

II.a. Da fragmentariedade do Direito Penal

A partir da premissa de que as organizações empresárias são os principais focos de comportamentos de risco na sociedade atual, com alta capacidade de ocasionar consequências graves em escala regional ou global, SALVADOR NETTO²⁰ afirma que sobre elas tendem a recair mecanismos vários de controle e prevenção dos perigos e danos, dentre os quais o Direito Penal.

Arremata o autor que o Direito Penal não pode ser indistintamente substituído por outros âmbitos do ordenamento dotados de menor expressividade. Há situações em que o Direito Civil e o Administrativo mostram-se insuficientes, pois os delitos empresariais muitas vezes não se resumem a simples descumprimento de regras administrativas ou contratuais. É notório na mídia a prática de lavagem de dinheiro, de corrupção e de crimes ambientais no âmbito empresarial.

¹⁸ Bottini, Pierpaolo Cruz. Crime de perigo abstrato. Disponível em: <http://www.btadvogados.com.br/pt/artigo/crime-de-perigo-abstrato/>. Acesso em: 21 de abril de 2020.

¹⁹ Id.

²⁰ Ibid., p. 67-68.

Para ZAFFARONI²¹, o Direito Penal tem um caráter fragmentário. Trata-se de um sistema descontínuo alimentado por aquelas condutas antijurídicas em que a segurança jurídica não parece satisfazer-se com a prevenção e reparação ordinária, caso contrário, tais ações estariam reservadas somente a outros segmentos do Direito. Esse modelo traduz em um processo político de seleção de condutas antijurídicas merecedoras da coerção penal.

Continua o autor²² que o direito penal é “predominantemente sancionador e excepcionalmente constitutivo”. Sancionador no sentido de que não cria bens jurídicos ou direitos, e sim que os agrega à sua tutela penal. Sustenta o autor que se a antijuridicidade de uma conduta surge no Direito Penal é porque outras sanções de caráter não penal não se ajustaram adequadamente a essa conduta.

Nessa linha, ZAFFARONI²³ sustenta que o Direito Penal tem caráter primordialmente acessório, pois “funciona quando uma conduta merece coerção jurídica complementar de caráter preventivo especial ou reparador particular, nas hipóteses que não se provê suficientemente a segurança jurídica com a coerção jurídica originária”. Em outras palavras, utiliza-se do sistema criminal quando outros ramos do Direito se mostram insuficientes.

No entanto, adverte o autor²⁴ que essa acessoriedade/fragmentariedade não retira do sistema criminal sua autonomia científica e legislativa, mas, ao contrário, permite que elabore seus próprios conceitos, a partir desse enfoque tutelar especial. Ademais, deve-se ter em mente que o Direito Penal pode ser excepcionalmente constitutivo, quando protege bens jurídicos não regulados por outras áreas do ordenamento.

Pode-se argumentar que o Direito Penal tem pouca eficácia na repressão de condutas ilícitas por parte de organizações empresariais, e que outros ramos do Direito produziriam melhores resultados. A Lei de Crimes Ambientais²⁵ enuncia que as penas aplicáveis às empresas são multa, penas restritivas de direitos e prestação de serviços à comunidade. Não

²¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Pierangeli, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro V. 1 Parte Geral. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 91-94.

²² Id.

²³ Id.

²⁴ Id.

²⁵ Lei 9.605/1998, Arts. 21 a 24.

há a previsão da pena privativa de liberdade, até pela incompatibilidade desse instituto com a pessoa jurídica.

SALVADOR NETTO²⁶ expõe que contrários à responsabilização penal da empresa argumentam que o Direito penal não cumpre sua função quando da punição dos entes coletivos, pois não pode se valer do seu instrumento máximo de coerção, qual seja, o encarceramento. Partem da concepção de que a pena criminal se mostra uma ferramenta inoperante, pois as sanções cabíveis são incapazes de dissuadir ou reeducar a pessoa jurídica.

Advogam também que não há diferença factual entre as sanções penais e administrativas à disposição do Estado. Em outras palavras, que as penas aplicáveis não se distinguem de outras possibilidades de respostas jurídicas, na medida em que para impor multas ou a restrição de direitos à empresa, não seria necessário recorrer ao sistema criminal, pois o Direito Administrativo pode cumprir essa função.

II.b. Do simbolismo do Direito Penal

ZAFFARONI²⁷ afirma que o que distingue o Direito Penal de outros ramos do ordenamento é a coerção penal, que “todo direito provê a segurança jurídica, mas só o direito penal a realiza com a coerção penal”. Mas o que diferencia a pena das restantes das sanções jurídicas (reparação civil ou multa administrativa, por exemplo)?

Pode-se argumentar que a sanção penal deve ser mais grave que as demais, mas para o autor o critério da gravidade não serve, pois reduz-se a um critério geral sem consequências práticas. Há casos concretos em que a sanção penal, como a multa, pode ser menos grave que a sanção civil ou administrativa, a exemplo do instituto da responsabilização penal dos entes coletivos aqui trabalhado. ZAFFARONI²⁸, desse modo, rechaça a gravidade como fundamento diferenciador.

Para o autor²⁹, a utilização do sistema criminal se dá quando aparece como inevitável que a paz social não poderá ser alcançada de outro modo, salvo prevendo para condutas

²⁶ Ibid., p. 91-97.

²⁷ Ibid., p. 91-92.

²⁸ Id.

²⁹ Ibid., p. 92-93.

ilícitas “uma forma de sanção particularmente preventiva ou particularmente reparadora, que se distinga da prevenção e reparação ordinárias”. Nessa linha, a coerção penal se diferencia das outras porque “aspira assumir caráter especificamente preventivo ou particularmente reparador”.

ZAFFARONI³⁰ recorre-se, pois, ao caráter fragmentário do Direito Penal, traduzido em um “processo [político] seletivo de condutas antijurídicas merecedoras da coerção penal”. Nesse caso, entende-se político porque é tarefa primordialmente do legislador, representante do povo, discriminar aquelas condutas que mais atingem os valores e princípios da sociedade, inserindo-as no sistema criminal.

Para SALVADOR NETTO³¹ a escolha dessas condutas é política, pois lastreada no interesse penal nos casos de maior gravidade, independentes de serem praticados por indivíduos ou empresas. Segundo o autor, é necessário que as “condutas graves sejam reprovadas com a força do Direito Penal”, pois “apenas o grau de expressividade próprio desse ramo do Direito será capaz de evidenciar que [certas] condutas trazem consigo o desrespeito aos valores e aos bens mais elementares.”

SALVADOR NETTO³² entende que a pessoa jurídica é detentora de *identidade*, pois possui a “capacidade de induzir padrões de convivência social”. Nesse sentido, defende que os entes coletivos devem ser igualmente sujeitos ao sistema criminal. Conclui o autor que “o Direito Penal, ao contrário de todos os demais é o único capaz de ressaltar essa identidade social da empresa e, ao mesmo tempo, contrapô-la aos valores sociais mais importantes estabelecidos pelo Direito.”

Arremata SALVADOR NETTO³³ sustentando que a escolha política do ramo do Direito a ser utilizado deve derivar principalmente da gravidade do fato jurídico em questão. “[...] Argumentar pela administrativização de toda e qualquer infração perpetrada por pessoas jurídicas implica negar, para alguns dos ilícitos, a dimensão de sua verdadeira gravidade. Significa, em tom subliminar, sustentar que o crime patrimonial das ruas é sempre mais grave que o complexo delito financeiro.”

³⁰ Ibid., p. 92.

³¹ Ibid., p. 98-99.

³² Ibid., p. 99.

³³ Ibid., p. 100.

Nota-se que os defensores da responsabilização penal da pessoa jurídica valem-se do caráter simbólico do Direito Penal para sustentar esse instituto, ao tomar como pressuposto que a esse segmento do ordenamento jurídico compete, antes de tudo, escalonar os valores de uma sociedade, elencando aqueles que são os mais relevantes e destacando as formas mais agressivas e significativas de violação.³⁴

No entanto, adverte ZAFFARONI³⁵ que quando a pena não cumpre uma função preventiva particular, e apenas se limita a uma função simbólica de reafirmação dos valores e princípios sociais, ela é inconstitucional. Ainda que a pena tenha apenas uma função preventiva particular, será também sempre simbólica. Mas quando cumpre somente esta última, será irracional e antijurídica, pois vale-se do sujeito como um instrumento para sua simbolização, o usa como um meio e não como um fim em si.

É necessário, pois, que a sanção penal cominada à pessoa jurídica seja capaz também de desempenhar um papel preventivo especial. Nesse ponto, explica BITTENCOURT³⁶: a prevenção especial procura evitar a prática do delito, dirigindo-se exclusivamente ao delinquente em particular, objetivando que este não volte a delinquir. ZAFFARONI³⁷ acrescenta que não se pode esquecer que essa finalidade deve ser também um meio para promover um sentimento de segurança jurídica na sociedade.

FRIEDEMANN³⁸ afirma que, sob uma análise econômica, a responsabilidade penal da pessoa jurídica se sai mal quando comparada à responsabilidade civil. Os críticos desse instituto argumentam que o sistema criminal não é eficiente na promoção do desestímulo (*deterrence*) às condutas antijurídicas pelos entes coletivos, pois o custo da pena imposta não excederia o ganho pela prática do ilícito. Em outras palavras, compensaria praticar o crime, mesmo sabendo que eventual sanção penal possa ser aplicada.

Entretanto, expõe FRIEDEMANN³⁹ que o desestímulo (*deterrence*) nunca foi considerada a única justificativa para a responsabilidade penal. A retribuição pelo mal

³⁴ Id.

³⁵ Ibid., p. 98.

³⁶ Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1 – 24ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 225.

³⁷ Ibid., p. 101.

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid.

causado é vista há muito tempo como uma justificativa ao Direito Penal. O autor recorre a KANT, o qual afirma que os indivíduos da sociedade têm uma dignidade intrínseca que lhes é negada quando o Estado procura empregar o sistema criminal para servir fins consequencialistas, como o desestímulo (*deterrence*).

Explica BITTENCOURT⁴⁰ que a característica essencial das teorias retributivas consiste em conceber a pena como um mal, um castigo, como retribuição ao mal causado através do delito, de modo que sua imposição estaria justificada, não como meio para o alcance de fins futuros, a exemplo do desestímulo (*deterrence*), mas pelo valor axiológico intrínseco de punir o fato passado.

Nessa linha, FRIEDEMANN⁴¹ apresenta que a teoria expressiva oferece uma lógica retributiva alternativa para a responsabilidade penal. Essa abordagem reflete o senso de que a prática de uma conduta ilícita deve ser percebida com desaprovação, pelo bem da vítima em específico e pelo bem da sociedade como um todo. Nessa linha, a responsabilidade penal também expressaria a condenação da comunidade pela conduta do transgressor, enfatizando os padrões apropriados de comportamento.

No entanto, da mesma forma que ZAFFARONI, adverte FRIEDEMANN⁴² que a abordagem expressiva, ao contrário de uma visão kantiana pura da retribuição, pode ser eventualmente considerada consequencialista – assim como a teoria do desestímulo (*deterrence*) – quando somente perquirir-se a finalidade simbólica/expressiva do sistema criminal, ausente o propósito retributivo.

No tocante à teoria expressiva, FEINBERG⁴³ defende que a pena é um recurso de expressão de ressentimento e indignação, de reprovação e desaprovação, pela própria autoridade ou por aqueles em nome dos quais a pena é infligida. O autor assenta que a pena tem um significado simbólico, ausente em outros tipos de sanção. Isso significa que as

⁴⁰ Ibid., p. 198.

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid.

⁴³ Feinberg, Joel. “The Expressive Function of Punishment.” *The Monist*, vol. 49, no. 3, 1965, p. 397 - 423. Disponível em: www.jstor.org/stable/27901603. Acesso em: 24 de abril de 2020.

“[...] *punishment is a conventional device for the expression of attitudes of resentment and indignation, and of judgments of disapproval and reprobation, on the part either of the punishing authority himself or of those ‘in whose name’ the punishment is inflicted. Punishment, in short, has a symbolic significance largely missing from other kinds of penalties.*”

sanções penais, ao contrário de outras penalidades, têm uma função simbólica, um sentido expressivo. É a expressão de algum tipo de condenação pela sociedade.

Em suma, afirma FEINBERG⁴⁴ que a expressão da condenação pela sociedade é um ingrediente essencial da sanção penal. Esse também é o entendimento de HART⁴⁵, segundo o qual o diferencial da sanção penal em relação a outros tipos de sanção é o juízo de condenação da sociedade que acompanha sua imposição. Trata-se da finalidade simbólica ou expressiva do Direito Penal.

A responsabilização penal da pessoa jurídica é, pois, uma opção político-criminal do legislador, que transmite a todos uma mensagem de que certas condutas perpetradas por entes coletivos são altamente reprováveis, pois em desacordo com os princípios e valores basilares da sociedade. Para GÓMEZ-JARA DÍEZ⁴⁶, assim como para a pessoa física, a pena para a pessoa jurídica representa a confirmação da vigência das normas (identidade e valores de uma determinada sociedade).

III. QUAIS SÃO AS PREMISSAS PARA O USO DO DIREITO PENAL?

Segundo SALVADOR NETTO⁴⁷, as oposições feitas à responsabilidade penal da pessoa jurídica utilizam também o argumento de que os entes coletivos não seriam capazes de assimilar conceitos como ação e culpabilidade. A objeção parte da ideia de que a teoria do delito foi construída sobre o conceito de ação humana, a qual é dotada de atributos como consciência e vontade. Assim, a pessoa jurídica seria incapaz de ser responsabilizada penalmente por não ter faculdades humanas.

⁴⁴ Id.

⁴⁵ Hart, Henry M. The aims of the criminal law. *Law and Contemporary problems*, v. 23, n. 3, p. 401-441, 1958. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol23/iss3/2>. Acesso em: 24 de abril de 2020.

“What distinguishes a criminal from a civil sanction and all that distinguishes it, it is ventured, is the judgment of community condemnation which accompanies and justifies its imposition.”

⁴⁶ 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*. Trad. Cristina Reindolff da Motta. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, Ed. Kindle, Posição 169.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 84-85.

Para REGIS PRADO⁴⁸, a pessoa coletiva não tem consciência e vontade, em sentido psicológico, semelhante à pessoa física, inexistindo capacidade de autodeterminação. Só o ser humano, como pessoa-indivíduo, poderia ser qualificado como autor ou partícipe de um delito. Daí tem-se a máxima *nullum crimen sine actione* e seu indispensável coeficiente de humanidade.

Da mesma forma, SANTOS⁴⁹ assume que a ação, fundamento do conceito de crime – qualificado pela tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade – é fenômeno exclusivamente humano. Alega que a ação, segundo qualquer teoria, teria como base precípua um comportamento voluntário, uma manifestação da personalidade ou uma vontade consciente. Nessa linha, a pessoa jurídica seria incapaz de ação e, por esse motivo, incapaz de figurar como sujeito ativo do sistema criminal.

Aponta GOMEZ-JARA DÍEZ⁵⁰ que a dogmática penal tradicional é baseada no conceito de ação, rejeitando a possibilidade de que a empresa possa agir sozinha. Para essa vertente, somente as pessoas físicas têm capacidade de ação. A pessoa jurídica, no máximo, poderia adquirir certa capacidade de ação através de seu representante, a partir da transmissão imediata e indiscriminada da conduta do proprietário ou gerente para a empresa, negando qualquer autonomia desta como um ser distinto.

As posições contrárias à responsabilização penal da pessoa jurídica entendem que qualquer ação ou manifestação exteriorizada pelo ente coletivo nada mais é do que uma ação ou manifestação de um indivíduo ou grupo de indivíduos representantes da organização empresarial, visto o ente coletivo é incapaz de agir por si próprio e ter autonomia. Por esse motivo, deve o Direito Penal se importar com as condutas dessas pessoas físicas que atuam em favor da pessoa jurídica.

III.a. Da capacidade de ação da pessoa jurídica

⁴⁸ Regis Prado, Luiz. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Fundamentos e Implicações. Disponível em: <http://www.professorregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Responsabilidade%20Penal%20da%20Pessoa%20Jur%EDdica%20-%20Direito%20Penal%20do%20Ambiente.pdf>. Acesso em: 25 de abril de 2020.

⁴⁹ Santos, Juarez Cirino dos. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. Disponível em: http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/responsabilidade_penal_juridica.pdf. Acesso em: 25 de abril de 2020.

⁵⁰ Idib., 2013, posição 414 e 424.

Conforme SALVADOR NETTO⁵¹, a superação dessas assertivas para a admissão da responsabilidade penal dos entes coletivos pressupõe demonstrar que os conceitos de consciência e vontade não são exclusividades dos seres humanos, mas aparecem também, mesmo com nuances diferentes, nas empresas, principalmente naquelas dotadas de maior estrutura e organização. Em outras palavras, impõe-se demonstrar que a pessoa jurídica tem capacidade de ação.

A jurisprudência brasileira caminha no sentido de admitir que a pessoa jurídica tem capacidade de ação autônoma e independente de seus representantes. O Superior Tribunal de Justiça⁵² por muito tempo entendeu que é admitida a responsabilidade penal da pessoa jurídica desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício. Excluindo-se da denúncia a pessoa física, inviável o prosseguimento da ação penal tão somente contra a pessoa jurídica.

Trata-se do sistema de dupla imputação penal, traduzido em um litisconsórcio passivo necessário entre a pessoa jurídica e a pessoa física representante. Nada obstante, em 2013, o Supremo Tribunal Federal⁵³ se manifestou sobre o tema, abandonando a dupla imputação obrigatória. Entendeu que é possível a responsabilização penal da pessoa jurídica independentemente da responsabilização concomitante da pessoa física que agia em seu nome.

Nessa ocasião, em seu voto condutor, a Ministra Relatora não chega afirmar que as pessoas jurídicas têm capacidade própria de ação, mas menciona que na doutrina nacional já se encontram críticas ao que seria um “insustentável e superado” atrelamento aos conceitos de ação e culpabilidade forjados na dogmática tradicional para refutar a imputação de crimes aos entes morais.

Um dos principais argumentos que a Corte utilizou foi que as corporações complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa

⁵¹ Ibid., p. 85.

⁵² HC 93.867, 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fischer, DJe 21/05/2008; REsp 969.160, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 31/08/2009; REsp 800.817, 6ª Turma, Rel. Min. Celso Limongi, DJe 22/02/2010; RHC 24.239, 6ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 10/07/2010.

⁵³ RE 548181, 1ª Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 29/10/2014.

física. Não obstante, entendemos essa justificativa bastante finalista, de ordem muito pragmática. Deve-se procurar inserir a natureza da pessoa jurídica ao conceito de ação.

FRANCO⁵⁴ pretende explicar o surgimento de uma vontade coletiva que supera as vontades de natureza individual. À medida que as ações individuais são absorvidas pelo coletivo, “os sentimentos dos homens se dissolvem no total do sentimento do grupo, o qual, necessariamente, é diferente dos elementos particulares que o compõem”. Completa que a pena deve ser aplicada às corporações nos casos de delitos corporativos, pois a injustiça “estaria em se castigar apenas o autor individual da ação imputável”.

PÉREZ MACHÍO⁵⁵ dispõe que determinadas organizações empresariais alcançam um nível muito elevado de complexidade, começando a possuir características próprias de autorreferência, autocondução e autodeterminação. Em outras palavras, percebe-se o esforço doutrinário em tomar o agir empresarial como imagem e semelhança do agir individual.

Nessa linha, SHECAIRA⁵⁶ sustenta a existência de uma vontade coletiva. Haveria uma “ação institucional” das pessoas jurídicas, ou uma vontade pragmática. Apresenta o autor esse conceito de “ação institucional”, que sintetiza a existência de uma vontade da organização corporativa distinta daquelas dos membros individuais que compõem a empresa. Dessa forma, inobstante as vontades particulares dos proprietários ou funcionários da empresa, haveria uma vontade coletiva independente.

Paralelamente, GOMEZ-JARA DÍEZ⁵⁷ traz o conceito de “capacidade de organização” em substituição ao conceito tradicional de “capacidade de ação” para as pessoas jurídicas. Parte da noção de que as empresas podem com o tempo, constituir sistemas autopoieticos, na medida em que começarem a desenvolver uma complexidade interna. Por consequência, passam a gozar de uma capacidade de auto-organização, autodeterminação e autocondução.

⁵⁴ Franco, Affonso Arinos de Mello. Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas. Rio de Janeiro: Gráfica Ypiranga, 1930, p. 53-54. *Apud.* Salvador Netto, Alamiro Velludo, 2018, p. 86.

⁵⁵ Pérez Machío, Ana Isabel. Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas. In: Cuesta, Arzamendi, José Luis de La (Dir.); Mata Barranco, Norberto J. de la (Coord.). Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pamplona: Aranzadi, 2013, p. 27. *Apud.* Salvador Netto, Alamiro Velludo, 2018, p. 88.

⁵⁶ Shecaira, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. 3ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 98.

⁵⁷ *Ibid.*, 2013, posição 446.

Ao adotar a teoria dos sistemas sociais autopoieticos, explica GOMEZ-JARA⁵⁸ DÍEZ que a autopoiese é a capacidade de reproduzir-se a si mesmo a partir de seus próprios produtos. Ilustra que são vários os sistemas que possuem a qualidade de autorreferencialidade, a qual pode ser observada tanto na organização empresarial como no ser humano, como inclusive também no Direito.

Tomada a premissa, GOMEZ-JARA DÍEZ⁵⁹ fundamenta a responsabilidade penal da pessoa jurídica sob o conceito de competência sob o âmbito organizacional do ente coletivo, no sentido de que a empresa deve-se organizar de forma a não criar riscos superiores aos permitidos. Reconhece-se à pessoa jurídica uma liberdade para organizar-se como queira, mas sempre que essa organização interna criar riscos não permitidos, a empresa poderá ser penalmente responsável.

Nesse ponto, BOTTINI⁶⁰ expõe as lições de DOPICO GÓMEZ-ALLER, o qual afirma que “o ordenamento jurídico reconhece em cada indivíduo um espaço de liberdade, um âmbito de gestão exclusiva, cuja condição gera responsabilidade. A liberdade de gestão vem acompanhada, portanto, de um dever de manter a própria esfera de organização em um estado tal que não lesione bens alheios.”

Ademais, adverte GOMEZ-JARA DÍEZ⁶¹ que “a complexidade interna suficiente [da pessoa jurídica] é um pressuposto para o desenvolvimento de uma autorreferencialidade suficiente que permita a autodeterminação do próprio sistema em relação ao seu entorno, ponto decisivo para o nascimento da responsabilidade penal.” Ausente tal complexidade, ausente a responsabilização penal específica da pessoa jurídica.

Ilustra o GÓMEZ-JARA DÍEZ⁶² que da mesma maneira que a criança não é imputável até que seu sistema psíquico seja suficientemente complexo, até que não tenha alcançado um determinado nível interno de autorreferencialidade ou autoconsciência, a pessoa jurídica tampouco pode considerar-se imputável até que seu sistema de organização

⁵⁸ Ibid., 2013, posição 329 e 338.

⁵⁹ Ibid., 2013, posição 437 e 446.

⁶⁰ Bottini, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. 1ª Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 175.

⁶¹ Ibid., 2013, posição 490.

⁶² Id.

não seja suficientemente complexo, isto é, até que não tenha alcançado um determinado nível de autorreferencialidade ou auto-organização.

Tomada tais teses doutrinárias, SALVADOR NETTO⁶³ resume que “a organização empresarial [...] possui sua própria realidade, institucionalizando uma forma de ser, uma cultura própria em suas atividades, a qual, na exata medida em que se institucionaliza, desprende-se das vontades individuais e supera os sujeitos que a compõe.” Acrescenta que “a pessoa jurídica tem o dever de evitar uma autoconfiguração interna que exceda o risco permitido de suas atividades empresariais”.

A questão relacionada à autorreferencialidade e auto-organização das organizações empresariais será retomada mais adiante, quando trataremos do modelo de autorresponsabilidade. Tivemos por bem comentar sucintamente o problema da capacidade de agir da pessoa jurídica como condição para introduzir de forma mais congruente o conceito de cidadania empresarial (*corporate citizenship*).

III.b. Da cidadanização da pessoa jurídica

Do modelo proposto por GOMEZ-JARA DÍEZ⁶⁴ – tomada a premissa que empresas são espaços de liberdade, propensos a criação de riscos –, defende o autor que “resulta necessário e adequado impor, a estas organizações empresariais, a obrigação primordial que afeta a toda pessoa jurídico-penal: a obrigação de fidelidade ao Direito, o qual se concretiza na institucionalização de uma cultura empresarial de fidelidade ao Direito.” Traz, assim, o conceito de cidadão corporativo.

GOMEZ-JARA DÍEZ⁶⁵ assenta que a “empresa passa de ser um mero ator econômico com base na lógica racional dos custos/benefícios a transformar-se em uma pessoa jurídico-penal orientada pelo esquema direitos/deveres; ou seja, constitui-se como um verdadeiro cidadão fiel ao Direito.” Em outras palavras, a partir do desenvolvimento da

⁶³ Ibid., p. 141-142.

⁶⁴ Ibid., 2013, posição 525.

⁶⁵ Ibid., 2013, posição 542.

complexidade e da capacidade de autorreferencialidade, atribui-se às empresas o status da cidadania.

Para SALVADOR NETTO⁶⁶, a ideia em suma é: “as pessoas jurídicas, em razão de serem espaços de liberdade, devem organizar-se de modo a não lesar outrem, desenvolvendo uma estruturação que as coloquem dentro da margem de risco permitido em suas respectivas atividades.” Como consequência desse dever genérico, nasce a ideia de cidadania empresarial.

FRIEDEMANN⁶⁷ expõe que críticos da responsabilização penal da pessoa jurídica argumentam que os entes coletivos são incapazes de assimilar a retribuição imposta pelo sistema criminal em razão do mal causado. Alegam que a pessoa jurídica não tem um juízo moral ou uma dignidade que são inerentes ao ser humano, de forma que as empresas não compreenderiam o aspecto retributivo da pena imposta.

Não obstante, afirma FRIEDEMANN⁶⁸ que a abordagem expressiva para a teoria da retribuição preocupa-se principalmente com a avaliação pelo malfeitor sobre o valor de determinadas pessoas ou bens, e a imposição da pena pelo sistema criminal é vista como uma repreensão a uma valoração incorreta. A teoria expressiva vê o indivíduo como integrante de uma sociedade, o qual, por meio de sua conduta, pode expressar atitudes – de respeito ou desrespeito – em relação a pessoas ou bens dessa sociedade.

Nessa linha, argumenta FRIEDEMANN⁶⁹ que, para fins da abordagem expressiva da pena, uma pessoa jurídica pode ser considerada como similarmente situada a um indivíduo se tiver uma identidade particular dentro da sociedade e se tiver capacidade expressiva, à qual uma conduta possa ser-lhe unicamente atribuída. Dessa forma, presentes esses dois

⁶⁶ Ibid., p. 143.

⁶⁷ Ibid.

“Whether the individual’s inherent dignity and intrinsic worth derive from the human capacity for rational thought or some other source, to view the corporation as possessing such qualities would seem to be -- as the critics of corporate criminal liability contend -- an exercise in anthropomorphism. Acknowledgment of this reality necessarily undermines the argument that the corporation is susceptible to Kantian retributive concerns.”

⁶⁸ Ibid.

“Unlike Kantian theory, the expressive rationale is concerned primarily with the wrongdoer’s assessment of the worth of particular persons or goods as communicated through conduct, and the end of the criminal process is seen as the defeat of that incorrect valuation.”

⁶⁹ Ibid.

“A corporation thus can be considered as similarly situated to an individual for purposes of the expressive rationale if it has a discrete identity within a community and expressive potential -- that is if, contra Khanna, Fischel, and Sykes, a corporation objectively can be viewed as having an identity apart from its owners, managers, and employees to which expressive conduct can be ascribed.”

requisitos, uma organização empresarial pode ser sujeita à lógica expressiva da teoria da retribuição proposta pelo autor.

Ilustra FRIEDEMANN⁷⁰ que, para fins da retribuição expressiva, uma corporação deve possuir uma identidade sobre a qual o julgamento da sociedade possa recair. Deve possuir pelo menos dois atributos que atestam sua identidade autônoma na sociedade, distinguindo-se substancialmente de seus proprietários e funcionários: uma persona identificável e uma capacidade de expressar juízos morais independentes no espaço público.

Por persona identificável, FRIEDEMANN⁷¹ entende que a corporação deve ter uma presença na sociedade independente. Isto é, o ente coletivo deve possuir um *ethos* que o distingue de seus proprietários e funcionários. Evidência disso é tratar empresa como ente real, na linguagem comum e no discurso moral, e descrever sua personalidade como faríamos com a personalidade de um indivíduo – por exemplo, rígido ou flexível, acolhedor ou frio, conservador ou liberal, bom ou mau.

Observa-se esse fenômeno atualmente no Brasil. Não é incomum postagens nas redes sociais cobrando posicionamento político e social de uma empresa. As pessoas, por exemplo, elogiam ou criticam determinada corporação por apoiar movimentos sociais e, paralelamente, promovem seu boicote ou incentivam seu consumo. O ente coletivo, nessas situações, possui uma identidade independente sobre a qual o juízo da sociedade recai. Reconhece-se a empresa como um ser singular na comunidade.

FRIEDEMANN⁷² afirma que a corporação também deve ter capacidade de expressar juízos morais independentes no espaço público e, dessa forma, participar do processo de

⁷⁰ Ibid.

“For the purposes of expressive retribution, a corporation must possess an identity upon which the community’s judgment can be focused in a meaningful way. The modern corporation, being a complicated creature, possesses at least two attributes that testify to its independent identity within the community by substantively distinguishing it from its owners, managers and employees: an identifiable persona and a capacity to express moral judgments in the discourse of the public square.”

⁷¹ Ibid.

“By ‘identifiable persona’, I refer to that sense in which the corporation has a presence in the community quite apart from that of its owners, managers and employees. Anecdotal evidence confirms that, unlike the inanimate matter of steel and glass office buildings, corporations have such a presence in the community. [...] Each corporation has its own culture, its own way of training employees, its own preferred practices. [...] And so we tend to speak of corporations ‘as real entities in ordinary language and in moral discourse’, and to describe their personae as we would an individual’s personality -- as ‘staid’ or ‘flexible’, ‘welcoming’ or ‘cold’, even ‘good’ or ‘bad’. [...] corporations possess an ‘ethos’ that distinguishes them from the specific individuals who control or work for the organization.”

⁷² Ibid.

criação e definição de normas sociais. O autor entende que essa capacidade, aliada à liberdade de expressão, é pressuposto para a democracia. Nas palavras do autor: “a governança democrática começa com a participação individual no debate da sociedade sobre questões de interesse público.”⁷³

Nessa linha, sustenta FRIEDEMANN⁷⁴ que o debate público, por sua vez, reflete e serve para moldar as normas sociais e, eventualmente, as leis. Ilustra o autor que o debate sobre a degradação ambiental, por exemplo, atrai a atenção dos legisladores, que também debatem a questão, e criam leis para proteger o meio-ambiente, atribuindo penas àqueles que contrariam os juízos da sociedade e o estabelecido legalmente. A participação individual no debate público é, portanto, um ato democrático.

Defende FRIEDEMANN⁷⁵ que as organizações corporativas tem a capacidade de expressar pontos de vista, atitudes e juízos morais únicos no espaço público, os quais representam um interesse distinto dos indivíduos ou grupos de indivíduos que administram ou trabalham para a corporação. Arremata que as empresas, como membros individuais de uma comunidade, participam do processo de criação e definição de normas sociais e, assim, se distinguem desses indivíduos.

Em suma, o autor estabelece que as organizações empresariais podem ser sujeitas à abordagem expressiva da teoria da retribuição do sistema criminal, caso possam sofrer condenações morais da sociedade, a partir de uma identidade autônoma e independente, e

“The modern corporation also can be substantively distinguished from its owners, managers and employees by its capacity to express independent moral judgments in the discourse of the public square, and so to participate in the process of creating and defining social norms.”

⁷³ Ibid.

“Democratic governance begins with individual participation in community debate over issues of public concern.”

⁷⁴ Ibid.

“Public discourse, in turn, both reflects and serves to shape social norms and, eventually, the laws of the community in which the individual resides. [...] Individual participation in public discourse is thus a democratic act [...]. Debate about environmental degradation, for example, attracts the attention of legislators, who then debate the issue as well. This debate leads ultimately to laws that set baselines for the proper valuation of such goods as clean air and water, with criminal penalties for those individuals whose conduct denies the valuations the law establishes.”

⁷⁵ Ibid.

“[...] to the extent corporations participate in public discourse, they do so in their capacities qua corporations, their voices distinct from those of the individual shareholders and managers who own and control them. Bellotti thus implicitly acknowledges that the voice with which the corporation speaks in the public square represents an interest distinct from that of the individuals, or groups of individuals, who manage or work for the corporation. The Court recognized, in other words, the capacity of the corporation to express unique viewpoints, attitudes and moral judgments. [...] Corporations, like individual members of a community, participate in the process of creating and defining social norms, and in so doing distinguish themselves from those individuals.”

caso possam participar do debate público, expressando juízos diferentes dos seus proprietários e funcionários.

GOMEZ-JARA DÍEZ⁷⁶ adota posição similar à exposta. Argumenta que somente é legítimo para o Estado punir entes, indivíduos ou empresas, que participaram democraticamente na produção das leis que lhes são aplicadas. Existe, pois, uma certa relação entre status de cidadania e status de infrator. Desse modo, sustenta o autor que o reconhecimento do direito à liberdade de expressão às empresas é pressuposto para responsabilizá-las criminalmente.

Nesse ponto, afirma GOMEZ-JARA DÍEZ⁷⁷ que a principal dimensão democrática não se baseia no direito de voto, mas no direito à liberdade de expressão. Os cidadãos que têm o direito de participar do debate público por meio de sua liberdade de expressão têm a possibilidade de questionar democraticamente quaisquer normas que considerem injustas.

Explica GOMEZ-JARA DÍEZ⁷⁸ que, embora uma empresa não tenha direito ao voto, ela pode ter o direito de participar do que é basilar na democracia: o debate entre os cidadãos. As empresas, assim como os indivíduos, podem ter o direito de participar do processo de criação e modelagem de normas sociais. Esse processo não é determinado pelo direito de voto, mas pelo direito à liberdade de expressão, traduzido na capacidade de expressar juízos em relação às normas sociais.

GOMEZ-JARA DÍEZ⁷⁹ resume que o conceito de cidadania corporativa (*corporate citizenship*) corresponde, sob a perspectiva formal, àquela empresa que tem o dever de

⁷⁶ Gomez-Jara, Carlos, Corporate Culpability as a Limit to the Overcriminalization of Corporate Criminal Liability: The Interplay Between Self-Regulation, Corporate Compliance and Corporate Citizenship (October 21, 2010). New Criminal Law Review 2010, p. 13-14. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1695357>. Acesso em 27 de abril de 2020.

“It is only legitimate for the State to punish those entities (individuals or corporations) that have democratically participated in the production of the provisions that are then applied to them. It is not by chance that in most modern legal systems there is a certain relationship between citizenship status and offender status. [...] the very foundations for acknowledging free speech rights to corporation are the grounds for holding them criminally responsible.”

⁷⁷ Id.

“[...] the key democratic dimension is based not in the ‘right to vote’ but in the ‘right to free speech’. Citizens that have a right to participate in the public square through their ‘free speech’ are given a chance to question democratically whatever norms they feel unfair.”

⁷⁸ Ibid., 2010, p. 14-14.

“[...] even though a corporation qua corporation is not entitled to a right to vote, it does have a right to participate in what really counts in democracy: debate among the citizenry. In a nutshell: corporations, as individuals, have a right to participate in the process of creating and shaping social norms. This process is not determined by the right to vote, but by the right to free speech, i.e. to express fundamental judgments regarding those social norms.”

⁷⁹ Ibid., 2013, posição 366 e 375.

institucionalizar uma cultura empresarial de fidelidade do direito. Já no que se refere à vertente material, o conceito está ligado àquela empresa que participa de assuntos públicos, observada a premissa de que, para tanto, é imprescindível reconhecer-lhe o direito à liberdade de expressão.

IV. POR QUE LIMITAR A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA?

Nos tópicos passados, pretendemos expor as justificativas pragmáticas para a utilização do sistema criminal contra a pessoa jurídica e apresentar os pressupostos doutrinários para que uma empresa possa ser sujeita do Direito Penal. Apesar das dificuldades dogmáticas e das posições contrárias a esse instituto, a responsabilização penal da pessoa jurídica tem previsão no ordenamento brasileiro e aplicação evidente nas cortes pátrias.

Conforme SALVADOR NETTO⁸⁰, a redação do art. 3º da Lei de Crimes Ambientais relembra os modelos incipientes da responsabilidade da pessoa jurídica, pois acentua o papel da decisão da pessoa física. Trata-se da adoção de um modelo contrário às premissas fixadas para a sujeição da pessoa jurídica ao sistema criminal, pois nega às organizações empresariais complexas – autopoieticas – a capacidade de ação autônoma, ou de organização, e uma identidade separada de seus representantes.

Explica SALVADOR NETTO⁸¹ que, de acordo com o *caput* do art. 3º, as pessoas jurídicas serão responsabilizadas penalmente nos casos de infrações cometidas: (i) por decisão do representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado; e (ii) no interesse ou benefício de sua entidade. A legislação brasileira impõe uma estreita vinculação entre o ato ilícito cometido pela pessoa física e o nascimento da responsabilidade penal para a pessoa jurídica beneficiada.

Ademais, o autor expõe que o parágrafo único do art. 3º conduziu ao estabelecimento da já citada regra da dupla imputação necessária. Segundo MOSSIN⁸²,

⁸⁰ Ibid., p. 292.

⁸¹ Id.

⁸² Mossin, Heráclito Antônio. Crimes ecológico: aspectos penais e processuais penais: lei 9.065/1998. Barueri/SP: Manole, 2015, p. 14-15.

firmou-se a máxima de que “é impossível imputar o delito ambiental exclusivamente à pessoa jurídica, excluindo-se a física”. Isto é, “não se admite a responsabilidade da pessoa jurídica dissociada da pessoa física, que age como elemento subjetivo próprio.” Essa regra contudo, foi recentemente abandonada pelas cortes superiores.

Resume SALVADOR NETTO⁸³ que o ordenamento brasileiro adota o sistema de heterorresponsabilidade da pessoa jurídica. Esse modelo traduz-se na transferência automática de responsabilidade da pessoa física à pessoa jurídica, independente da verificação da culpabilidade da última. O modelo também não permite o reconhecimento de um injusto exclusivo da pessoa jurídica, negando a capacidade de ação, ou de organização, autônoma da empresa.

Segundo SALVADOR NETTO⁸⁴, o modelo de heterorresponsabilidade consiste em responsabilizar a empresa por ricochete, de modo que é na pessoa física atuante que devem ser apreciados os elementos subjetivos da ação, como dolo e culpa. Esse modelo exige ao menos três requisitos. O primeiro diz respeito ao autor da infração penal, o qual deve ser um funcionário capaz de atuar em nome da pessoa jurídica.

Desse modo, o autor da infração somente pode um diretor, gerente, administrador ou representante da empresa. A conduta de um empregado ou subalterno não terá a capacidade de gerar a responsabilização do ente coletivo⁸⁵. Salienta-se que, como é negada a capacidade de ação/organização da empresa, o autor da infração deve ser identificável dentro da organização empresarial e seu grau culpabilidade deve ser precisamente aferido, sob pena de responsabilidade penal individual objetiva.

Outro requisito impõe que a conduta criminosa praticada pelo dirigente tenha sido perpetrada no exercício e nos limites de suas funções, no marco de suas atribuições. Por fim, a terceira exigência diz respeito à necessária intenção da pessoa física em obter algum tipo de vantagem ou benefício para a pessoa jurídica. Assim, não se responsabiliza a empresa se seu dirigente tiver atuado unicamente em proveito próprio ou de terceiro.⁸⁶

⁸³ Ibid., p. 293.

⁸⁴ Ibid., p. 112.

⁸⁵ Id.

⁸⁶ Id.

SALVADOR NETTO⁸⁷ expõe que a objeção maior que se faz ao modelo de heterorresponsabilidade reside na tentativa de desenhar o conceito de atuação em proveito da empresa como equivalente à dimensão subjetiva do delito imputável às pessoas físicas. Para SILVA SÁNCHEZ⁸⁸, não se pode dizer que a ideia de “agir em benefício da pessoa jurídica” seja funcionalmente equivalente à imputação subjetiva às pessoas físicas.

Continua SILVA SÁNCHEZ⁸⁹ que é problemática a ideia da transferência dos elementos subjetivos das pessoas físicas ao ente coletivo beneficiado, pois parte da premissa que, agindo assim, se compensaria o déficit de subjetividade inerente às pessoas jurídicas. Entende o autor que não se pode suprir essa carência simplesmente pela finalidade da ação do indivíduo, qual seja, atuar em proveito da pessoa jurídica. Caso contrário, chegar-se-ia a uma fórmula de imputação objetiva.

SALVADOR NETTO⁹⁰ conclui que o modelo de heterorresponsabilidade para empresas conduz à responsabilidade objetiva, instituto rechaçado no Direito Penal, pois carrega a ideia de pena sem culpabilidade. MIR PUIG⁹¹ assenta que esse modelo prevê para as pessoas jurídicas uma forma de responsabilidade pela conduta de outrem, lógica que se opõe absolutamente ao princípio penal basilar da culpabilidade.

Continua MIR PUIG⁹² que o Direito Civil e o Administrativo permitem que uma pessoa jurídica seja objetivamente responsável pelas condutas ilícitas de seus representantes

⁸⁷ Id.

⁸⁸ Silva Sánchez, Jesús-María. La responsabilidad de las personas jurídicas em derecho español. In: García, Nuria García (Dir.). Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia, n. 65, Enero-Abril 2012. Madrid: Instituto de Derecho y Ética Industrial (IDEI), 2012, p. 20.

‘Bastante más problemático es, en cambio, fundamentar una ‘transferencia’ de los elementos subjetivos de las personas físicas actuantes a la persona jurídica, que compense los déficits subjetivos de esta última. En este punto, no puede afirmarse que la idea de ‘actuación en provecho’ equivalga funcionalmente a un título convencional de imputación subjetiva. Creo, por ello, que le asiste razón a la postura que afirma que ‘tal imputación ‘normativa’ del comportamiento individual ‘como propio del grupo’ se reduce a una mera imputación objetiva, que podría ser suficiente para la imposición de consecuencias jurídico-civiles o de Derecho público, pero precisamente no para la culpabilidad subjetiva y la pena.’

⁸⁹ Id.

⁹⁰ Ibid., p. 113.

⁹¹ Mir Puig, Santiago. Las nuevas “penas” para personas jurídicas, una clase de “penas” sin culpabilidad. Disponível em: <https://www.ficp.es/wp-content/uploads/Mir.-Responspenal-personas-jur%C3%ADdicas.pdf>. Acesso em: 28 de abril de 2020.

‘Ahora bien, esto supone que la responsabilidad penal que se prevé para personas jurídicas es una forma de responsabilidad por el hecho de otro, por un delito no cometido por ella, sino por una persona física.’

⁹² Ibid.

‘El Derecho civil y el administrativo permiten imputar a una persona jurídica lo que hacen sus representantes. Pero este criterio de imputación por representación no puede trasladarse al Derecho penal, de modo que dicho criterio no penal baste para permitir castigar con verdaderas penas criminales sin culpabilidad penal. ¿Por qué? Porque la pena criminal clásica tiene un significado de reproche

– isto é, independentemente da demonstração de culpa da empresa. No entanto, argumenta que esse critério não pode ser transferido para o Direito Penal, pois carrega uma forte censura “ético-legal”. Dessa maneira, para o autor, somente é justo aplicar a sanção penal àqueles que violaram a lei pessoalmente, com culpa ou dolo.

Para ilustrar, imaginemos uma empresa que tenha uma verdadeira cultura de fidelidade ao Direito e que adote eficientes programas de *compliance* empresarial, os quais reduzem o risco de cometimento de ilícitos. De outro lado, imaginemos uma empresa que tenha uma cultura de cometimento de delitos, que incentive seus funcionários a praticarem condutas ilícitas, objetivando o lucro a qualquer custo, e que possua um programa de *compliance* somente de fachada.

Agora, imaginemos que um dirigente de cada uma dessas duas empresas, no exercício de sua função, tenha cometido algum crime em proveito do ente coletivo. O dirigente da primeira empresa agiu por designo próprio; já o dirigente da segunda empresa agiu devido à cultura empresarial de cometimento de ilícitos. Mesmo que a primeira empresa seja fiel ao Direito e repudie práticas ilícitas, ambas as pessoas jurídicas serão igualmente responsáveis criminalmente.

Dessa forma, não nos parece justo que a primeira empresa seja responsável criminalmente simplesmente pelo fato do ilícito ter sido cometido (i) por um dirigente; (ii) no exercício de sua função; e (iii) em proveito do ente coletivo. Estamos diante de uma responsabilização penal objetiva, traduzida na ausência do requisito da culpabilidade por parte da pessoa jurídica.

Nessa circunstância, não se premia aquela empresa fiel ao Direito, mas, ao contrário, se penaliza da mesma forma que será penalizada uma empresa que tenha uma cultura de cometimento de ilícitos. Não há por parte do sistema criminal incentivos para que as empresas institucionalizem uma cultura de lealdade ao Direito, pois nada disso importa para a responsabilização objetiva. Diante disso, afirma GOMEZ-JARA DÍEZ⁹³ que comportamentos corporativos danosos à sociedade continuarão acontecendo.

ético-jurídico fuerte que sólo es justo dirigir a quien ha infringido una norma penal (fundamental) personalmente, con dolo o imprudencia e imputación personal.”

⁹³ Ibid., posição 79.

Para GOMEZ-JARA DÍEZ⁹⁴, os intérpretes do sistema de responsabilização penal da pessoa jurídica devem esforçar-se para manter as categorias e garantias básicas penais ao tratarem das pessoas jurídicas. Sustenta o autor que as empresas constituem um fator decisivo para a evolução social, graças à geração de recursos que proporcionam. Dessa maneira, o Direito Penal – o instrumento mais punitivo do Estado – deve ser utilizado com extremo cuidado e não de forma precipitada.

Portanto, acreditamos que tendo em vista o panorama atual e considerado o axioma de que entes coletivos podem figurar como sujeitos ativos de crimes, faz-se necessário encontrar e estabelecer critérios que limitem a responsabilização penal da pessoa jurídica, em homenagem ao princípio da culpabilidade do Direito Penal. Nessa linha, entendemos que três limites devem ser observados, a serem expostos a seguir.

IV.a. Limite 1: Da adoção do modelo de autorresponsabilidade

O modelo de heterorresponsabilidade consiste e traduz-se na tendência de consagração de padrões de responsabilidade penal objetiva para as pessoas jurídicas. Na maioria das vezes, implica a simples transferência à pessoa jurídica do injusto e da culpabilidade da pessoa física. Para SALVADOR NETTO⁹⁵, o desafio reside em atribuir, em imputar à empresa, um ato que possa ser verdadeiramente entendido como seu, a fim de superar o modelo citado.

Nessa linha, deve-se superar a barreira de simplesmente imputar à empresa, por ricochete, um delito realizado em seu seio. Conforme ZULGADÍA ESPINAR⁹⁶, há de se buscar um “algo mais”. O autor fala em procurar um fator adicional que faça com que uma ação realizada por uma pessoa física passa a ser considerada juridicamente como própria da pessoa jurídica. Em outras palavras, deve-se buscar uma culpabilidade exclusiva e característica da pessoa jurídica.

⁹⁴ Gómez-Jara Díez, Carlos. A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas. São Paulo: Atlas, 2015, p. 3-4.

⁹⁵ Ibid., p. 127.

⁹⁶ Zugaldía Espinar, José Miguel. La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones: presupuestos substantivos y procesales. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008, p. 350. Apud. Salvador Netto, Alamiro Velludo, 2018, p. 126.

Afirma GOMEZ-JARA DÍEZ⁹⁷ que o “delito empresarial parte de uma premissa fundamental: determinadas organizações empresariais alcançam tal nível de complexidade que – assim como ocorre com a psique do ser humano – começam a mostrar caracteres próprios de autorreferencialidade, autocondução e autodeterminação.” Isso resulta que seja legítimo que se responsabilize uma empresa pelas consequências derivadas do exercício de sua liberdade auto-organizativa.

GOMEZ-JARA DÍEZ⁹⁸ assume que é reconhecida à pessoa jurídica uma liberdade para organizar-se como queira. Tal afirmação decorre da lógica liberal de não intervenção do Estado no âmbito particular do indivíduo ou da empresa. Dessa forma, é de competência da pessoa jurídica dispor sobre seu próprio âmbito organizacional. Para TIEDEMANN⁹⁹, organizar-se corretamente é um dever da empresa, daí deriva-se o conceito de culpa da pessoa jurídica.

Segundo GOMEZ-JARA DÍEZ¹⁰⁰, essa lógica conduz ao “denominado sinalagma básico do Direito penal: liberdade de organização em troca de responsabilidade pelas consequências desta organização”. Quando uma empresa se organiza de forma a criar riscos não permitidos pelo Direito, ela deve ser responsabilizada. Tal discurso também é observado para as pessoas físicas, pois, em troca da liberdade de tocar a vida como queiram, serão responsabilizadas caso o exercício desse direito criar riscos a outrem.

TIEDEMANN¹⁰¹ afirma que a culpabilidade deve ser própria da pessoa a condenar, rejeitando a transferência da culpa da pessoa física à pessoa jurídica. O autor busca um conceito de culpabilidade coletiva. Nesse ponto, sustenta que as infrações cometidas em favor do ente coletivo se originam de um “defeito de organização”. Essa deficiência

⁹⁷ Ibid., 2015, p. 72.

⁹⁸ Ibid., 2015, p. 31.

⁹⁹ Tiedemann, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado, p. 25-45. In: Colomer, Juan-Luis Gómez; Cussac, José Luis González (Coord.). La reforma de la justicia penal: estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann. Universitat Jaume I, 1997, p. 40.

“De esta manera, la organización correcta de la persona jurídica es el deber de ella misma, no únicamente de las personas físicas, como lo pretende Schünemann. De ahí el concepto de culpa propia de la persona jurídica.”

¹⁰⁰ Id.

¹⁰¹ Tiedemann, Klaus. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Disponível em: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_07.pdf. Acesso em: 29 de abril de 2020.

“La culpa debe ser la propia culpa de la persona a condenar. [...] las infracciones en favor de la agrupación se originan en la falta de organización y que esta deficiencia determina la responsabilidad penal. [...] llegar a um concepto de culpabilidad colectiva. [...] Criterio que, afirmando un principio de culpa de la organización como legitimación de la responsabilidad de la agrupación, permite así la imputación de la culpa individual de los dirigentes a la empresa.”

determina sua responsabilidade penal. Tem-se, pois, a culpabilidade empresarial legitimada na obrigação do grupo de se organizar corretamente.

Segundo TIEDEMANN¹⁰², essa lógica não é apenas um critério legítimo para a punição do ente coletivo, mas constitui a própria culpa, quando o grupo não atende a critérios suficientes para impedir a prática de crimes no âmbito de sua competência organizacional. Adotar tal culpabilidade da empresa significa reconhecer, por um lado, as consequências de sua realidade social e, por outro, as obrigações correspondentes a seus direitos, qual seja, a liberdade de auto-organização.

TIEDEMANN¹⁰³ também expõe que muitas jurisdições atrelam a culpabilidade a uma reprovação moral da sociedade, mas não admitem que a pessoa jurídica pode ser sujeita a tal reprimenda. Contudo, defende o autor que a responsabilização penal, no sentido de uma resposta negativa dada pelo Estado, não pode dizer respeito apenas a indivíduos. Seria admitir que só as pessoas físicas poderiam abusar de sua liberdade de agir de acordo ou contra a lei.

Continua TIEDEMANN¹⁰⁴ que a capacidade de ser sujeito ativo do sistema criminal somente pode ser negada caso a possibilidade de fazer reprovações morais ao ente coletivo for recusada. Se essa possibilidade é admitida, tem-se a ideia de retribuição à organização empresarial pelo mal causado pela sociedade. Isto é, admitir a culpabilidade empresarial é desejar repreender moralmente o ente coletivo.

¹⁰² Id.

“Noción que deviene así no sólo un criterio legitimador de la punición de la agrupación, sino que reemplaza o constituye la (p. 118) culpabilidad misma, cuando la agrupación como tal no responde a criterios suficientes para impedir la comisión de delitos. [...]”

Reconocer en derecho penal tal culpabilidad (social) de la empresa sólo significa reconocer, de una parte, las consecuencias de su realidad social y, de otra parte, las obligaciones correspondientes a sus derechos.”

¹⁰³ Id.

“Ciertamente, muchas de las jurisdicciones continúan entendiendo la culpabilidad en derecho penal como un reproche moral, pretendiendo que tal reproche no pueda hacerse respecto a las personas morales. La responsabilidad penal, en el sentido de «respuesta» negativa a las normas jurídicas, no podría concernir, según esta opinión, más que a los individuos. Sólo éstos podrían abusar, por sí mismos, de su libertad de actuar conforme o en contra del derecho. Sin embargo, nada impide considerar a las personas morales como destinatarias de normas jurídicas revestidas de carácter ético y como entes en situación de violar estas normas.”

¹⁰⁴ Id.

“La capacidad de ser sujeto pasivo de penas criminales, en consecuencia, puede ser negado únicamente si se rebusa la posibilidad de formular reproches morales a las agrupaciones y se niega, además, que puedan ser las destinatarias de las normas jurídicas. Si por el contrario, se admite la posibilidad de una culpabilidad moral social de la agrupación, la idea de retribución también tendrá un importante papel en este ámbito.”

BARBOSA¹⁰⁵ resume que TIEDEMANN “desenvolve seu conceito de ‘culpabilidade por defeito de organização’, o qual tem como núcleo a ideia de uma deficiência organizativa na empresa abrindo espaço à prática delitiva, o que pode ser traduzido, portanto, no desenvolvimento de uma posição de garante do ente coletivo, na medida em que deve se organizar de forma a evitar o cometimento de crimes em seu bojo, para que não se veja responsabilizado por isso.”

Completa BARBOSA¹⁰⁶ que, para TIEDEMANN, “deve-se entender que o dever das empresas de se organizarem corretamente é um dever próprio, não das pessoas que a compõem, havendo na linguagem da sociedade o reconhecimento da culpabilidade da própria empresa por tais deveres, reconhecimento esse que não está isento de valorações éticas e morais.”

Observada as lições de TIEDEMANN, também resume SALVADOR NETTO¹⁰⁷ que “percebeu-se que a reprovação social da pessoa jurídica deveria estar sediada no diagnóstico de uma falha de organização ou culpabilidade organizacional [...] esta culpabilidade organizacional é o fundamento ou razão material pelo qual as pessoas físicas dos órgãos empresariais cometem crimes e, por isso mesmo, tais condutas deveriam ser imputadas ao ente coletivo.”

Do mesmo modo, completa GÓMEZ-JARA DÍEZ¹⁰⁸ que as condutas perpetradas pelos funcionários do ente coletivo se consideram delitos da pessoa jurídica porque ela se omitiu de tomar as medidas de segurança necessárias para assegurar um funcionamento empresarial não delitivo. Em outras palavras, imputa-se à empresa os ilícitos de seus funcionários porque tais atos ocorreram em consequência de um defeito de organização empresarial interno.

¹⁰⁵ Barbosa, Julianna Nunes Targino. A Culpabilidade na Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 111.

¹⁰⁶ Id.

¹⁰⁷ Ibid., p. 128.

¹⁰⁸ Gómez-Jara Díez, Carlos. La culpabilidad penal de la empresa. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 151-152.

“[...] los hechos individuales (hechos de conexión) se consideran delitos de la asociación porque y en tanto que la asociación - a través de sus órganos o representantes - ha omitido tomar las medidas de seguridad necesarias para asegurar un funcionamiento empresarial no delictivo.”

O “algo mais” ao qual ZUGALDÍA ESPINAR¹⁰⁹ se refere, para imputar a conduta da pessoa física à pessoa jurídica, é justamente esse “defeito de organização”. O ato ilícito é atribuído (também) ao ente coletivo quando tiver sido realizado como consequência da ausência ou insuficiência da adoção de medidas de precaução e controle por parte da organização empresarial, que eram exigíveis para garantir o desenvolvimento legal de suas atividades.

O modelo de autorresponsabilidade toma o conceito de “defeito de organização” para imputar às pessoas jurídicas aqueles ilícitos cometidos em seu bojo. Nessa linha, dispõe SALVADOR NETTO¹¹⁰ que o fato criminoso da pessoa física não aparece como a razão única da imputação, deve haver também um elemento central de desvalor, o qual reside na inobservância empresarial em relação à adoção e efetivação de medidas preventivas e de controle condizentes com sua atividade.

Nessa linha, para além dos requisitos doutrinários tradicionais – os quais não serão objeto de discussão no presente trabalho – entendemos que, para haver a responsabilidade penal da pessoa jurídica, é imprescindível que o ato delitivo cometido no bojo do ente coletivo seja exclusivamente em consequência de um defeito de organização da pessoa jurídica. Isto é, insere-se o requisito do “defeito de organização” para aferir a culpabilidade da empresa.

IV.b. Limite 2: Do posicionamento teórico-penal do “defeito de organização”

BARBOSA¹¹¹ assinala que a construção teórica de TIEDEMANN recorre a duas categorias do Direito Penal como fundamentação dogmática: a omissão e a *actio libera in causa*. Em síntese, TIEDEMANN sustenta que a empresa tem uma posição de garante em relação aos seus funcionários, de forma que sua responsabilidade se dá pela omissão. Isto é,

¹⁰⁹ Id.

“La imputación del hecho ilícito como culpabilidad se produce cuando el mismo se lleva a cabo como consecuencia de haberse omitido la adopción de alguna de las medidas de precaución y del control (defecto de organización) que eran exigibles para garantizar el desarrollo legal (y no delictivo) de la actividad de la empresa. Si trata de que nadie há prestado la debida y razonable diligencia, conforme a las circunstancias del caso, para aplicar las medidas técnicas, organizativas y personales fundamentales para impedir los hechos.”

¹¹⁰ Ibid., p. 129.

¹¹¹ Ibid., p. 112.

a empresa responde pelos crimes cometidos em seu bojo na modalidade de omissão imprópria.

PÉREZ MACHÍO¹¹² compartilha do mesmo entendimento, segundo o qual a imputação da responsabilidade à pessoa jurídica deriva da criação de um risco não permitido pela empresa, decorrente do descumprimento de suas obrigações de autorregulação. Isto é, a presença de um defeito de organização pode criar um risco não permitido, o qual coloca a pessoa jurídica em posição de garante, imputando-lhe os crimes resultantes, que vierem a ser cometidos em decorrência desse risco.

Continua BARBOSA¹¹³ que TIEDEMANN traz à baila aplicação do conceito de *actio libera in causa*, como reforço persuasivo, para tentar superar o problema da culpabilidade da pessoa jurídica. O autor consigna que a verificação da culpabilidade do ente coletivo no momento da infração é prescindível, já que a conduta delituosa da pessoa física foi, em verdade, causada por uma culpabilidade antecedente da empresa.

De outro lado, BOTTINI¹¹⁴ explica que a mera constatação do dever de garante não é suficiente para imputação dos resultados. É necessário identificar que o resultado tem relação com o dever de garante não exercido pela omissão. Para o autor, “omitir” é deixar voluntariamente de realizar uma ação possível, seja a título de dolo ou culpa. Essa possibilidade é composta de dois elementos: a capacidade física de agir como o esperado e a cognoscibilidade do contexto fático diante do qual a ação é esperada.

Transladando ambos os elementos para a natureza da pessoa jurídica, partimos da permissa que a capacidade física de agir não traz agora tantos problemas. Entendemos que o ente coletivo complexo e autorreferente dispõe de instrumentos e habilidades para sozinho organizar-se corretamente, de forma evitar que delitos sejam cometidos como consequência de um eventual defeito de organização. Pode, por exemplo, institucionalizar mecanismos de prevenção e repressão de ilícitos e um código de ética rigoroso.

¹¹² PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel. Modelos tradicionales de imputación de responsabilidade penal a las personas jurídicas. In: De la Cuesta Arzamendi, José Luis (Dir.); De La Mata Barranco, Norberto J. (Coord.). Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pamplona: Aranzadi, 2013, p. 36-37. Apud. Salvador Netto, Alamiro Velludo, 2018, p. 131.

¹¹³ Ibid., p. 112.

¹¹⁴ Bottini, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. 1ª Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 42-43.

Contudo, além da capacidade física, BOTTINI¹¹⁵ expõe que o omitente deve conhecer, ou ter a capacidade de conhecer, o contexto fático diante do qual a norma exige a atuação. No contexto das pessoas jurídicas, entendemos que o problema dogmático maior reside nessa capacidade. A empresa deve ter o conhecimento ou a capacidade de conhecimento de que determinado risco criado pelo defeito de organização pode implicar no cometimento de ilícitos.

No entanto, questiona-se de que forma uma empresa, como ente autônomo, pode ter uma consciência cognitiva e psicológica, inerente ao ser humano? Isto é, como pode ter a capacidade de, sozinha, conhecer que um defeito de organização pode criar um risco não permitido. Também, questiona-se como aferir que determinada organização empresarial, como ente autônomo, agiu com dolo ou culpa na omissão?

Entendemos que, se o modelo de autorresponsabilidade quiser desvincular a empresa dos funcionários e enxergá-la como um ser autônomo, independente e com vontades próprias, não se pode atribuir à pessoa jurídica aspectos subjetivos das pessoas físicas. Por exemplo, não se pode tomar os elementos de potencial consciência do ilícito e de dolo ou culpa do diretor ou gerente da empresa e simplesmente trasladá-los à própria empresa.

A opção pela utilização dos elementos subjetivos da pessoa física retoma os problemas atinentes à mera translação dos conceitos do Direito Penal da pessoa física à pessoa jurídica. Voltaríamos, assim, ao modelo de heterorresponsabilidade, traduzido na responsabilização objetiva da pessoa jurídica. É preciso encontrar elementos próprios da empresa, como um ser independente e autônomo.

Em poucas palavras, o modelo de autorresponsabilidade pretende imputar um ilícito penal à pessoa jurídica a partir do conceito de defeito de organização da empresa. Deve-se restar provado que o crime ocorrido no bojo empresarial foi possível pela presença de um defeito de organização, o qual tem como origem uma omissão da empresa em se autorregular corretamente. Caso provado, o ente coletivo responde pelo crime na modalidade de omissão imprópria.

¹¹⁵ Ibid., 2018, p. 46.

Por se tratar de uma omissão imprópria, deve-se provar também que o ente coletivo tinha conhecimento – ou a capacidade de conhecimento – do contexto fático. Ou seja, de conhecer que sua omissão em se auto-organizar corretamente poderia suceder ao cometimento de um ilícito. Contudo, como uma organização empresarial pode sozinha dispor dessas faculdades tão inerentes à condição humana?

A capacidade da pessoa jurídica em ser sujeito ativo autônomo do Direito Penal encontra, aqui, uma barreira dogmática. Nesse ponto, para tentar sanar essa dificuldade, BARBOSA¹¹⁶ explica que TIEDEMANN recorre ao conceito de *actio libera in causa*, segundo o qual a culpabilidade da empresa no momento do ilícito não influenciará a responsabilização penal da pessoa jurídica, já que a conduta delituosa da pessoa física foi, em verdade, causada por uma culpabilidade empresarial antecedente.

SALVADOR NETTO¹¹⁷ expõe que TIEDEMANN parte da ideia de que a ocorrência do delito é fruto da culpabilidade organizacional da empresa, em uma relação consequencial. Isso porque se não houvesse o defeito de organização, o ilícito não teria logicamente ocorrido. Não obstante, para SALVADOR NETTO, essa premissa leva a uma conclusão dogmaticamente complicada.

Continua o autor que tratar-se ia de uma responsabilidade pressuposta, a qual remete novamente à responsabilização objetiva do modelo de heterorresponsabilidade. Não poderia isentar a empresa da sanção pelo ilícito mediante prova de organização suficiente. O conceito de defeito de organização tornar-se-ia simplesmente em um argumento retórico-dogmático, sem qualquer aplicação prática. Necessário, pois, encontrar outra solução.

Em resumo, ao inserir o conceito de defeito de organização na noção de culpabilidade da pessoa jurídica, a dificuldade reside em conferir à pessoa jurídica, como um ser autônomo e independente, elementos subjetivos inerentes à pessoa física, sem, contudo, simplesmente transladá-los da pessoa física ao ente coletivo. É preciso verificar na omissão que criou o “defeito de organização” conceitos como potencial consciência do ilícito, dolo e culpa próprios da pessoa jurídica.

¹¹⁶ Ibid., p. 112.

¹¹⁷ Ibid., p. 132.

Para tentar sanar essas dificuldades dogmáticas acerca da culpabilidade empresarial, GÓMEZ-JARA DÍEZ propõe um novo modelo de autorresponsabilidade, denominado construtivista. Esse modelo propõe transferência do conceito de defeito de organização para o próprio injusto, entendido como a ação típica e antijurídica, e formula à pessoa jurídica um novo conceito de culpabilidade – a qual tradicionalmente é lastreada em elementos subjetivos como vontade, conhecimento e previsibilidade.

O modelo construtivista de autorresponsabilidade empresarial de GÓMEZ-JARA DÍEZ¹¹⁸ “propõe vincular o injusto empresarial com uma configuração organizativa determinada – defeituosa, inexistente, inadequada etc. – e a culpabilidade empresarial com uma determinada cultura corporativa – de incumprimento ou infidelidade ao Direito. Ou seja, o injusto empresarial estaria vinculado com a organização da empresa; a culpabilidade empresarial referir-se-ia à cultura da empresa.”

Segundo GÓMEZ-JARA DÍEZ¹¹⁹, o injusto da pessoa jurídica consiste em em ter se organizado defeituosamente gerando riscos superiores ao permitido. Já a culpabilidade consiste em manter uma cultura empresarial de (in)fidelidade ao Direito. Com relação aos elementos subjetivos do delito, consistem no conhecimento organizacional do risco da produção de um determinado resultado.

O modelo identifica o defeito de organização como cerne do injusto do delito da pessoa jurídica e constrói o conceito de culpabilidade a partir da teoria dos sistemas sociais autopoieticos. Como já citado, há organizações empresariais que alcançam tal complexidade que são capazes de construir sua própria realidade independente, a partir da reprodução continuada de seus próprios produtos. Desenvolvem, desse modo, uma cultura e uma identidade particular, assim como os indivíduos.

Como já apresentado no tópico III deste trabalho, GÓMEZ-JARA DÍEZ confere à pessoa jurídica uma capacidade de organização, tal como a capacidade de ação do indivíduo, seu equivalente para as empresas. Parte da premissa que as empresas são dotadas de liberdade para se organizarem como queiram, mas dessa liberdade tem-se como

¹¹⁸ Ibid., 2013, posição 640.

¹¹⁹ Ibid., 2013, posição 151 a 163.

consequência a obrigação de se organizarem fielmente ao Direito, de forma a não criarem riscos não permitidos. Do contrário, poderão sofrer sanções penais.

Resume BARBOSA¹²⁰ que a obrigação imposta às organizações empresariais será no sentido de se fidelizarem ao Direito, o que se dá pelo desenvolvimento de uma cultura empresarial voltada para tanto. Essa obrigação também é imposta ao indivíduo, pois o Direito reconhece-lhe a liberdade de tocar a vida como queira, mas desde que em consequência dessa liberdade não haja o cometimento de ilícitos. Assim, empresas e indivíduos devem ambos desenvolver uma cultura de cumprimento do Direito.

Continua BARBOSA¹²¹ que, a partir do reconhecimento de que à empresa cabe o dever de institucionalização de uma cultura de fidelidade ao Direito, tal como o indivíduo, que se permite dotá-la de uma cidadania. Arremata a autora que “a quebra do papel de cidadão fiel ao direito, ou seja, a não institucionalização de uma cultura empresarial de fidelidade ao direito é que constituirá a manifestação da culpabilidade jurídico-penal empresarial”.

Assenta BARBOSA¹²² que no modelo construtivista de autorresponsabilidade empresarial de GÓMEZ-JARA DÍEZ, o defeito de organização não consistirá no fundamento da culpabilidade empresarial, mas no próprio injusto. Em suma “o defeito de organização constituirá o injusto da pessoa jurídica, cuja responsabilização dependerá, ainda, da verificação da culpabilidade, traduzida como ausência de ética empresarial ou de uma cultura de cumprimento da legalidade.”

Nessa linha, ilustramos o seguinte: imaginemos uma empresa que possui uma cultura empresarial institucionalizada de cumprimento da legalidade e de fidelização ao Direito, a qual dispõe de mecanismos de prevenção, contenção e punição de ilícitos e de um rígido código de ética. Caso um ilícito venha a ser cometido em seu bojo, em virtude de uma falha de organização, estaríamos, em regra, diante de uma excludente de culpabilidade da pessoa jurídica.

¹²⁰ Ibid., p. 139-140.

¹²¹ Id.

¹²² Ibid., p. 142.

Agora se estivermos tratando de uma empresa que não tenha institucionalizado uma cultura de fidelidade ao Direito, caso um ilícito venha a ser cometido em seu cerne, em virtude de uma falha de organização, a pessoa jurídica responderia, em regra, pelo crime na modalidade culposa, podendo responder até na modalidade de dolo eventual. Não estamos falando de uma cultura de descumprimento da legalidade, mas tão somente na ausência de uma cultura de cumprimento das normas jurídicas.

Por fim, imaginemos uma empresa que tenha uma verdadeira cultura de descumprimento das leis, que, por exemplo, instrui seus funcionários a almejem o lucro a qualquer custo, mesmo que isso implique a violação de normas legais. Caso uma conduta ilícita ocorrer em seu cerne empresarial, em virtude de um defeito de organização, a pessoa jurídica, em regra, responderá pelo crime a título doloso, na modalidade do dolo direto.

Deve-se fazer alguns apontamentos em relação a essas assertivas. Em primeiro, a culpabilidade da empresa deverá ser aferida no contexto fático em que o delito ocorreu, do contrário incorrer-se-ia novamente na responsabilização penal objetiva. A cultura de descumprimento das normas legais, ou a inexistência de uma cultura de cumprimento dessas normas, não pode ser pressuposta, precisa ser provada pela acusação. Deve-se partir da premissa que todas as empresas possuem uma cultura fiel ao Direito, assim como todo indivíduo é presumido inocente, até que se prove o contrário.

Ademais, cumpre-nos destacar que a presença de uma verdadeira cultura de fidelidade ao Direito (culpabilidade) não implica necessariamente na total ausência de falhas de organização (injusto) que possam decorrer em ilícitos. Por exemplo, no campo individual, uma pessoa que no contexto fático cumpre e se atém às normas jurídicas (culpabilidade) pode incorrer em erro de tipo ou de proibição e praticar uma ação definida como crime (injusto), de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Importante ressaltar que essa cultura ou política empresarial não deve ser aferida a partir dos indivíduos que compõem a empresa, caso contrário, cairíamos novamente no erro de somente transladar elementos subjetivos da pessoa física à pessoa jurídica. Adverte GÓMEZ-JARA DÍEZ¹²³ que “a perspectiva construtivista interessa sublinhar que a

¹²³ Ibid., 2013, posição 672.

empresa, como sistema organizativo autopoietico, dispõe sobre o conhecimento organizativo com independência do conhecimento dos indivíduos particulares.”

Nesse ponto, GÓMEZ-JARA¹²⁴ cita WILKE, o qual alega que “o núcleo do conhecimento coletivo é a observação de que o conteúdo deste conhecimento não se caracteriza pelas partículas de conhecimento individuais que se encontram nas cabeças das pessoas [...], mas sim pelas relações e pelos modelos de vinculação entre estes elementos de conhecimento. As próprias vinculações constituem o conhecimento independente, coletivo ou sistêmico da organização”.

Segundo SALVADOR NETTO¹²⁵, uma das mais fortes críticas ao modelo construtivista deriva do posicionamento do defeito de organização como um elemento do injusto. Isso porque tal concepção implicaria no fato da pessoa jurídica violar sempre a mesma norma, qual seja, aquela que lhe impõe organizar-se de maneira correta. A empresa violaria apenas um tipo, independente do ilícito cometido em seu cerne.

No entanto, entendemos que o defeito de organização deve ser visto apenas como uma condição objetiva de punibilidade extralegal. Isto é, não está contido na noção de tipicidade, antijuridicidade ou culpabilidade, mas é parte integrante do fato punível da pessoa jurídica. Inexistente a condição, o fato sequer será considerado como crime. Nessa linha, para que a pessoa jurídica seja possa ser penalizada pelo sistema criminal, é imprescindível a presença do defeito de organização.

Segundo SALVADOR NETTO¹²⁶, o defeito de organização que aparece como integrante do injusto é aquele constatável, consistente na desconformidade concreta da organização da empresa. Não pode ser confundido com a culpabilidade, a qual se destina a promover uma reprovação em razão desse defeito de organização. Isto é, não se pode confundir o objeto da valoração com a valoração do objeto.

Continua o autor que uma coisa é o defeito de organização, objeto pertencente ao injusto. Outra diversa é seu grau de reprovação, fator central do juízo de culpabilidade a ser promovido pelo magistrado no caso concreto. No injusto, o defeito de organização é o

¹²⁴ Ibid., 2013, posição 672-677.

¹²⁵ Ibid., p. 147.

¹²⁶ Ibid., p. 194.

merecimento de pena, enxergado como a existência ou inexistência, é um “sim” ou “não”. Na culpabilidade, o que se verifica é um juízo de reprovação a ser quantitativamente mais ou menos grave; é o quantum da reprimenda penal.

SALVADOR NETTO¹²⁷ alega que no âmbito do injusto deve-se constatar a existência de um defeito de organização do qual decorreu o ilícito. Caso não exista o defeito de organização, faltarão o elemento normativo, ainda que implícito do tipo penal da pessoa jurídica – o qual, aqui, entendemos como condição de punibilidade da empresa. Nessa linha, não haveria que se falar em conduta delitiva da pessoa jurídica.

Em resumo, afirma SALVADOR NETTO¹²⁸: o conteúdo do injusto é o defeito de organização, o qual deve ser aferido objetivamente; a culpabilidade é o juízo de valor sobre a política ou a cultura empresarial de fidelidade ao Direito, o qual deve ser aferido no caso concreto e tem uma dimensão subjetiva. Isto é, como elementar do injusto, o defeito de organização é um conceito objetivo, já a cultura ou política empresarial deve ser averiguada caso a caso.

De forma semelhante ao que ilustramos acima, no que se refere à relação entre defeito de organização (injusto) e cultura empresarial (culpabilidade), SALVADOR NETTO¹²⁹ explica que, mediante tal relação, pode-se “atingir uma pena máxima, nos casos em que inexiste qualquer organização preventivo-criminal, até a exculpação quando, embora existente o defeito, dela não se poderia esperar outra organização”.

GÓMEZ-JARA DÍEZ¹³⁰ expõe que, concernente ao conceito de culpabilidade, as críticas afirmam que no modelo construtivista ela seria sempre uma culpabilidade pela “condição de vida” da empresa, e não uma culpabilidade pelo fato. O Direito Penal empresarial seria um Direito Penal do autor, e não do fato. A culpabilidade residiria na personalidade da empresa, delituosa ou não, em vez de residir tão somente no fato delituoso.

Não obstante, para GÓMEZ-JARA DÍEZ¹³¹, esse entendimento não merece prosperar. Isso porque parte do erro de tomar como referência o “imediatismo” de

¹²⁷ Ibid., p. 199.

¹²⁸ Ibid., p. 190.

¹²⁹ Ibid., p. 227-228.

¹³⁰ Ibid., 2013, posição 1077.

¹³¹ Ibid., 2013, posição 1085-1093.

determinados delitos cometidos por pessoas físicas – por exemplo, um homicídio entre pessoas físicas – e apela-se ao argumento impossível de que exista uma “mão” da pessoa jurídica que “segura” a faca que tira a vida de uma pessoa física. Para o autor, o “fato” da pessoa jurídica consiste na configuração de um âmbito de organização próprio.

Entendemos que é dogmaticamente difícil encontrar uma culpabilidade pelo “fato” no âmbito das organizações empresariais. Como exposto, o aspecto subjetivo dos entes coletivos não é dotado de um “imediatismo”, o qual pode ser constatado nas condutas das pessoas físicas. Nesse ponto, há autores, inclusive aqueles partidários do modelo de autorresponsabilidade, que admitem se tratar efetivamente de um Direito Penal do autor.

Para nós, a culpabilidade da pessoa jurídica consiste na verificação da cultura empresarial no momento do contexto fático do crime, de forma mais delimitada possível. Ao procedermos desse modo, pretendemos afastar o ente coletivo da culpabilidade pelo “ser” e aproximá-lo da culpabilidade pelo “fato”. Não obstante, reconhecemos difícil encontrar uma Direito Penal do fato puro para as pessoas jurídicas.

O que ora se propõe é tentar encontrar um meio termo entre o dogmaticamente lógico e o faticamente possível, de forma a limitar a responsabilização penal da pessoa jurídica contra as possíveis arbitrariedades do poder punitivo. Não pretendemos igualar totalmente o Direito Penal individual com o empresarial, mas somente encontrar uma equivalência coerente dentro do ordenamento jurídico.

Ademais, segundo SALVADOR NETTO¹³², ao Direito Penal não interessa, em um primeiro momento, a presença de uma cultura empresarial de cumprimento ou descumprimento das normas legais, ou sua total ausência. Tal tarefa, quando necessária, será cumprida por outros campos do ordenamento jurídico. “A reação penal somente ocorrerá se o resultado organizativo, consubstanciado em um déficit ou defeito de organização, for responsável pelo advento de uma conduta típica.”

Nessa linha, em um primeiro momento, ao Direito Penal somente interessa o injusto, isto é, uma conduta típica e antijurídica. Aspectos subjetivos do agente não importam para a verificação da ocorrência de uma prática criminosa. A subjetividade, consubstanciada na

¹³² Ibid., p. 222.

culpabilidade, só importará em um momento posterior do processo criminal. Em outras palavras, não se pune o agente pelo o que ele é, mas pelo o que ele fez.

Portanto, – para além dos requisitos tradicionais – entendemos que a responsabilização penal da pessoa jurídica somente poderá ocorrer nas hipóteses em que houver (i) uma conduta ilícita cometida no bojo do ente coletivo, exclusivamente em consequência de um defeito de organização empresarial; e (ii) quando, em regra, presente uma cultura de descumprimento do Direito ou uma ausência do seu cumprimento.

Posiciona-se o requisito do “defeito de organização” como parte supletiva do injusto da pessoa jurídica, traduzido em uma condição objetiva de punibilidade; e institui-se a cultura da empresa como elementar subjetiva do requisito da culpabilidade no contexto fático do ilícito, seja ela uma cultura de descumprimento do Direito ou de ausência do seu cumprimento.

IV.c. Limite 3: Da definição e delimitação do “defeito de organização”

Ao posicionar o defeito de organização como condição do injusto, faz-se necessário estabelecer sua definição como fator determinante para segurança jurídica. Diferentemente da cultura empresarial, que reside na culpabilidade e compreende apenas um juízo de valor aferido no caso concreto, o defeito de organização é elementar para a responsabilização penal da pessoa jurídica, o qual deve ser verificado objetivamente a partir de critérios bem estabelecidos.

Questiona-se, dessa forma, no que consiste um “defeito de organização”. De onde vem a norma que a empresa deve se organizar corretamente? Quando a omissão da empresa em se organizar corretamente será penalmente relevante? Qual é a origem das expectativas jurídicas perante as organizações empresariais? Essas questões devem ser estritamente delimitadas em um Estado de Direito, a fim de conferir segurança jurídica não só aos sujeitos passivos do Direito Penal, mas também à coletividade.

Ao nosso ver, o defeito de organização pode ser conceituado como uma falha interna estrutural da empresa que possibilita o cometimento de ilícitos, sem a qual a prática criminosa não teria existido. Seu conteúdo consiste na omissão da organização empresarial

em adotar mecanismos de prevenção, controle e punição de práticas ilícitas. Traduz-se, pois, numa lacuna criada pela omissão da empresa com relação à sua obrigação de se auto-organizar corretamente.

De acordo com BARBOSA¹³³, é “necessário dimensionar critérios mínimos a serem seguidos pelas empresas, que se traduziriam não apenas em deveres, mas em verdadeiras garantias, no sentido de que a observância de tais critérios asseguraria às pessoas jurídicas a presunção (ainda que relativa) da adequação de seus procedimentos organizativos, isentando-as de responsabilidade pelas condutas criminosas praticadas em seu bojo.”

Continua a autora que “não se poderia construir uma presunção de que, produzido o risco (ou dano) indesejado no bojo empresarial, necessariamente haveria a conclusão da existência da adoção de uma estruturação ético-organizativa inadequada pelo ente coletivo que geraria a responsabilidade penal.” Caso contrário, cairíamos no erro da responsabilização objetiva.

Desse modo, assenta BARBOSA¹³⁴ que “o desafio de delinear os modelos ético-organizativos mínimos voltados ao objetivo estatal de controle de riscos parece passar, necessariamente, pela compreensão dos programas de *compliance*.” O termo pode ser traduzido para o português como “cumprimento”, e revela semanticamente a ideia de observância e atendimento. No âmbito jurídico, é a busca pela conformidade às normas legais, isto é, ao Direito.

No âmbito do Direito Penal empresarial, tem-se o *compliance* criminal, o qual SALVADOR NETTO¹³⁵ define como “medidas a serem adotadas pelas empresas com a finalidade de se estruturar internamente de modo a impedir a prática de crimes no transcurso de suas próprias atividades. Reúne-se [...] aspectos preventivos; organização empresarial; e a promoção e cultivo da ética corporativa.”

Adverte BARBOSA¹³⁶ que o caráter preventivo do *compliance* “não deve ser entendido como a evitação completa de qualquer delito no bojo empresarial (pois se, assim o fosse, a prática delitiva levaria à conclusão necessária da inexistência de um efetivo

¹³³ Ibid., p. 157.

¹³⁴ Ibid., p. 158.

¹³⁵ Ibid., p. 219-220.

¹³⁶ Ibid., p. 159.

programa de compliance), mas como a minimização dos riscos produzidos pela atividade da empresa, até para que haja a compatibilização desse objetivo com os fins de tal atividade, voltados essencialmente para a maximização dos lucros.”

A adoção desse sistema independe de uma norma jurídica que obrigue as empresas com determinada complexidade a adotarem mecanismos de *compliance*. Tal obrigação – qual seja, a institucionalização da busca pela conformidade ao Direito – decorre do próprio reconhecimento às pessoas jurídicas de um espaço de liberdade para organizarem-se como queiram. Como já citado, trata-se do sinalagma básico do Direito penal: liberdade em troca de responsabilidade.

No entanto, a mera adoção de um sistema de *compliance* não basta para isentar a pessoa jurídica de responsabilização penal. Há instrumentos de *compliance* empresarial verdadeiramente efetivos, mas há também aqueles que são tão somente decorativos, despidos de qualquer eficácia. Isto é, existem aqueles sistemas de *compliance* de fachada, os quais pretendem servir apenas como um mecanismo de isenção de responsabilidade da pessoa jurídica.

Nessa linha, o Direito deve estabelecer padrões de organização empresarial desejáveis e definir o que é um bom e efetivo sistema de *compliance*. Isso possibilita às empresas saberem de antemão como devem se organizar para não criarem um defeito de organização, evitando uma futura responsabilização penal. Assim como um indivíduo tem a possibilidade de saber quais condutas implicam em sanções penais, também devem as empresas ter essa oportunidade – ou melhor, esse direito.

Para BARBOSA¹³⁷, o Direito é incapaz de definir e positivizar todas as medidas de *compliance*, pois seria necessário ponderar as especificidades de cada área de atuação das mais diferentes empresas, bem como as características internas desses entes, como tamanho, estrutura organizativa etc. Ademais, entende que pretender tal delineamento seria, em verdade, improdutivo, diante da renovação necessária desses conteúdos, improvavelmente alcançada pelo tempo da produção legislativa.

¹³⁷ Ibid., p. 160.

Contudo, a autora admite que um mínimo de especificação legal se faz necessário, de forma a evitar a insegurança jurídica, “sobretudo por se tratar da relação dos programas de *compliance* com a responsabilidade dos entes coletivos, de forma que não se poderia deixar ao completo alvedrio judicial a determinação dessa estruturação exigida”. Destaca-se que tal delineamento, já na sentença, após a prática delitiva e a conseqüente responsabilização, inviabilizaria o objetivo de fomentar a autorregulação da empresa.

Entendemos que o defeito de organização surge de uma omissão da empresa com relação à sua obrigação de organizar-se corretamente, esta derivada do reconhecimento do direito à liberdade. Segundo BOTTINI¹³⁸, “omitir é deixar voluntariamente de realizar uma determinada ação possível.” Contudo, nem toda omissão ocorrida no mundo material é relevante para o sistema jurídico. É preciso definir, pois, quais omissões são juridicamente relevantes.

Para BOTTINI¹³⁹, a omissão somente será juridicamente relevante quando violar uma norma jurídica mandamental. No caso, a omissão será penalmente relevante se houver uma norma penal positivada. Nessa linha, o costume, os princípios do Direito e as normas extrapenais não têm o condão de fixar a omissão penalmente relevante. Assim, a legalidade será sempre exigida, de forma que o mero descumprimento de deveres estranhos à norma penal será irrelevante.

No entanto, a lição do autor não deve ser entendida como se pretendêssemos tipificar a omissão “defeito de organização”, caso contrário, a pessoa jurídica sempre responderia por um só tipo penal, independente da conduta ilícita praticada em seu bojo. É preciso observar a diferença entre crimes de omissão própria e crimes omissão imprópria, ambas modalidades previstas pelo sistema criminal.

Conforme BOTTINI¹⁴⁰, a distinção entre crimes omissivos próprios e impróprios decorre da técnica de previsão legislativa. Ambas as condutas são caracterizadas como a ausência de comportamentos esperados. A omissão própria é abrangida em tipo penal específico, prevista ao longo da Parte Especial do Código Penal. Já a omissão imprópria não

¹³⁸ Ibid., 2018, p. 30-31.

¹³⁹ Ibid., 2019, p. 37-28.

¹⁴⁰ Ibid., 2018, p. 61-62.

é prevista expressamente em qualquer tipo penal, mas a ele se amolda, pela existência de uma cláusula geral de equiparação prevista na Parte Geral do Código Penal.

Tal cláusula geral de equiparação está prevista no art. 13º, §2º, do Código Penal, com hipóteses elencada em suas alíneas¹⁴¹. A alínea “c” traz a hipótese da criação de um risco pelo próprio indivíduo ou, no caso, pela própria instituição da pessoa jurídica. Para criação desse risco, explica BOTTINI¹⁴² que basta que o agente aja gerando elementos que possam expor a perigo ou lesionar bens jurídicos penalmente tuteláveis.

Expõe BOTTINI que o teor dessa alínea “indica que há personagens que têm coisas e pessoas em seu âmbito de competência, e, portanto, têm o dever de respeitar as normas de cuidado (proibitivas ou mandamentais) vigentes naquele contexto. O descumprimento dessas normas cria um risco não permitido e exige uma atuação positiva para evitar o resultado, de forma que o resultado típico será imputado à omissão com fundamento na ingerência.”

Em outras palavras, assenta-se que criado o risco não permitido pelo próprio agente, ele passa a ter uma posição de garante em relação aos resultados lesivos que dele vierem a ocorrer. Caso tal resultado venha de fato a se concretizar, o agente responderá pelo resultado criminoso na modalidade de omissão imprópria. A responsabilização será com base na ingerência, instituto previsto na alínea “c”.

No caso, a empresa deve assegurar que os riscos inerentes à sua atividade sejam mantidos em patamares autorizados e permitidos. Caso se omita nesse dever e tal risco se desdobre em um resultado típico, esse resultado ser-lhe-á imputado, porque com seu comportamento anterior, calcado na omissão da observação de normas de cuidado, criou o risco de ocorrência do resultado criminoso. Deve-se ter em mente que o resultado tenha relação com o dever de garante não exercido.

¹⁴¹ Art. 13. 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.

[...]

2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

¹⁴² Ibid., 2018, p. 132-133.

Segundo BOTTINI¹⁴³, há casos em que a omissão é o elemento que altera a qualidade do risco, que transforma o risco permitido em risco não permitido. Imaginemos uma organização empresarial de exploração de energia hidroelétrica. A empresa, pois, cria um risco inerente à sua atividade, mas esse risco é permitido. Caso a empresa se omita da observância das normas de cuidado, transforma o risco permitido em não permitido, e responderá pelos resultados ilícitos dele advindos.

Nessa linha, entende BOTTINI¹⁴⁴ que a ingerência significa a omissão diante de riscos próprios. Em outras palavras, “na ingerência existe a criação de um risco não permitido por uma ação inicial, mantido pela omissão, ou a transformação de um risco permitido em um não permitido pela inatividade”. Nesse sentido, nos casos previstos na alínea “c”, o resultado é imputado à omissão, mas sempre atrelado a um risco inicial do próprio omitente.

Explica BOTTINI¹⁴⁵ que a sociedade contemporânea é estruturada sobre o risco; as condições para o funcionamento da dinâmica da economia exigem a tolerância de certas condutas perigosas. No entanto, a permissão do Estado para explorar o risco está “condicionada ao cumprimento de normas de cuidado, que apresentam pretensões de comportamento positivo ou negativo para assegurar a manutenção dos perigos dentro dos limites tolerados”.

Para o autor¹⁴⁶, “enquanto tais normas [de cuidado] são observadas o risco é permitido, e qualquer resultado lesivo deles decorrente não pode ser imputado ao agente, ainda que exista uma relação causal efetiva”. Desde que o agente observe todas as normas, o resultado não ser-lhe-á imputado, mesmo que o ilícito tenha ocorrido em consequência de um risco criado por ele mesmo, mas este permitido.

Nessa situação de risco permitido, segundo BOTTINI, tratar-se-ia de uma causa excludente de culpabilidade do agente, no âmbito da responsabilização individual. Contudo, para nós, no âmbito da responsabilização penal da pessoa jurídica, trata-se da ausência de

¹⁴³ Ibid., 2018, p. 164.

¹⁴⁴ Ibid., 2018, p. 163 e 165.

¹⁴⁵ Ibid., 2018, p. 171.

¹⁴⁶ Id.

uma condição objetiva de punibilidade, pela inexistência do defeito de organização (risco não permitido). Isto é, sequer se cogitaria a prática do injusto pelo ente coletivo.

De outro lado, a conclusão seria diferente caso houvesse o cometimento de um ilícito no bojo da pessoa jurídica, em decorrência de um risco não permitido ali presente, em razão de um defeito de organização empresarial. Nessa situação, há o preenchimento da condição objetiva de punibilidade, reconhecendo-se ao ente coletivo a prática do injusto, hipótese em que passaríamos então ao exame da culpabilidade.

BOTTINI expõe que a criação de um risco acarreta ao criador um dever de controle sobre o risco criado. O agente que criou o risco tem a obrigação de mantê-lo dentro dos limites toleráveis, observando normas de cuidado. Assim, o risco integra o âmbito de gestão daquele que o criou e está sob seu controle, de forma que poderá ser o agente responsabilizado caso o risco ultrapasse limites não permitidos e decorra no cometimento de algum ilícito.

Portanto, levando em consideração o instituto da ingerência da alínea “c”, entendemos que a omissão da empresa em se organizar corretamente, criando um defeito de organização, pode transformar o risco inerente à sua realidade em um risco não permitido. Caso alguma conduta criminosa venha a ocorrer em seu bojo, à custa do risco não permitido, tal conduta ser-lhe-á imputada a título de omissão imprópria. Toma-se como premissa que corporações são espaços de riscos.

Assim, entendemos o seguinte: a omissão da pessoa jurídica em se organizar corretamente corresponde ao elemento “com seu comportamento anterior” da norma constante na alínea “c”. O elemento “criou o risco” dessa norma, correspondente a um risco não permitido, equipara-se à criação de um defeito de organização. Por fim, a parte “ocorrência do resultado” equivale à conduta ilícita perpetrada no bojo da pessoa jurídica.

Em outras palavras, ao reconhecer liberdade às organizações empresariais, surge como consequência o dever de se auto-organizarem corretamente, observando as normas de cuidado. Isto é, devem as empresas estabelecer uma cultura de cumprimento do Direito, de forma a manter os riscos intrínsecos à sua realidade em patamares aceitáveis. Em regra, a omissão nessa obrigação pode criar um risco não permitido, o qual equivale ao de defeito de organização.

IV.d. Limite 4: Da definição e delimitação da “cultura de cumprimento do Direito”

Ao posicionar a “cultura de cumprimento do Direito” como elemento da culpabilidade, tal conceito passa a compreender um juízo de valor aferido no caso concreto, que não pode ser verificado tão objetivamente como o defeito de organização, o qual, como condição objetiva de punibilidade, é vinculado ao injusto. Apesar disso, entendemos necessário estabelecer ao menos o balizamento desse conceito como fator determinante para segurança jurídica na responsabilização penal das empresas.

Entendemos que a obrigação da empresa em promover uma cultura de cumprimento do Direito corresponde na observância das normas de cuidado, que se destinam a manter os riscos em patamares toleráveis. Para BOTTINI¹⁴⁷, existe um dever de agir mesmo diante de riscos permitidos. Quem cria o risco, mesmo que permitido, tem o dever de garantia consistente na obrigação de impedir que esse risco se transforme em não permitido, e nessa condição, possa produzir o injusto.

Como já exposto, a obrigação das organizações empresariais em se auto-organizarem corretamente deriva da liberdade que lhes é reconhecida. Trata-se da liberdade de organização em troca de responsabilidade pelas consequências desta organização. Sabemos da origem dessa obrigação, contudo, questiona-se no que ela consiste. Quais são as normas que as empresas devem observar para não produzirem um defeito de organização que possa implicar na criação de um risco não permitido?

Conforme BOTTINI¹⁴⁸, “a fronteira entre o risco permitido e o não permitido é o limite da punição da omissão na ingerência. Nesse ponto, questiona o autor: “como determinar essa fronteira entre riscos permitidos e riscos não permitidos? Se é possível que uma omissão transforme um risco permitido em não permitido, é necessário indicar a forma pela qual essa transformação ocorre e quais os seus limites”.

Para ilustrar, o autor¹⁴⁹ mostra que aquele que faz funcionar uma fábrica com observância de todas as normas de cuidado não tem o dever de controlar de forma mais

¹⁴⁷ Ibid., 2018, p. 177.

¹⁴⁸ Ibid., 2018, p. 180.

¹⁴⁹ Id.

rígida os riscos por ela produzidos, para além das normas de cuidado fixadas, e essa omissão não será típica, mesmo que verificados posteriormente algum resultado ilícito. Assim, entendemos que a definição das normas de cuidado é essencial para a promoção da segurança jurídica à própria empresa e também à coletividade.

Entendemos que o conteúdo da obrigação geral das organizações empresariais equivale ao dever de cumprimento das normas de cuidado vigentes no contexto fático e jurídico da empresa. Segundo BOTTINI¹⁵⁰, “as normas de cuidado são regras que fixam parâmetros de condutas para que cada um gerencie seu espectro de liberdade.” No caso das empresas, tais normas de cuidado servem como um direcionamento para o estabelecimento de uma cultura de fidelidade do Direito.

Nessa linha, questiona-se qual o conteúdo das normas de cuidado. Conforme BOTTINI¹⁵¹, elas têm por fonte: “(i) normas e atos normativos institucionalizados; (ii) regras técnicas profissionais; e (iii) deveres gerais de cautela”. Desse modo, assenta o autor que o risco não permitido tem natureza mista, que mescla elementos axiológicos e ontológicos com elementos normativos. Assim também entendemos que seja o defeito de organização empresarial.

Com relação à primeira categoria de normas de cuidado, BOTTINI¹⁵² explica que correspondem àquelas normas ou atos normativos institucionalizados, legitimados pelo Estado por meio de leis, decretos ou regras similares. Podem ser normas penais, administrativas, civis, comerciais até resoluções de órgãos reguladores. Todas elas criam um dever de cuidado, o qual descumprido pode possibilitar a responsabilização penal.

Arremata BOTTINI¹⁵³ que “toda e qualquer regra que indique parâmetros de comportamentos em determinadas áreas gera um dever de cuidado, cujo descumprimento não significa necessariamente um ilícito penal em si, mas coloca o agente/omitente no campo do risco não permitido, tornando imputáveis os resultados decorrentes de sua conduta”.

¹⁵⁰ Ibid., 2018, p. 181.

¹⁵¹ Id.

¹⁵² Ibid., 2018, p. 181-182.

¹⁵³ Ibid., 2018, p. 182.

Nesse ponto, para ilustrar, suponhamos alguma norma extrapenal que imponha às organizações empresariais a adoção de mecanismos efetivos de *compliance*. Caso a empresa venha a descumprir essa norma, a princípio, ela não poderá ser responsabilizada penalmente. No entanto, se dessa omissão extrapenal vier a ocorrer condutas criminosas, a empresa poderá sofrer sanções penais a título de omissão imprópria. Essa lógica também vale para as outras categorias de fontes do dever de cuidado.

No que concerne à segunda categoria, BOTTINI afirma que podemos tomar também como fonte das normas de cuidado os dispositivos de autorregulação elaborados pelos diversos setores profissionais, uma vez que consubstanciam práticas reconhecidas naquela área como importante para a segurança e a qualidade dos serviços. Não obstante, a força normativa de tais regras é menor do que aquelas advindas dos atos institucionalizados reconhecidos pelo Estado.

Por exemplo, uma associação de mineradores pode estabelecer diretrizes de segurança para as empresas de mineração, a fim de diminuir os riscos da atividade e promover um ambiente de trabalho mais salutar. Tais diretrizes não têm força normativa, são somente recomendações. Contudo, sua adoção pode ser levada em conta pelo intérprete no caso concreto para aferição de uma eventual responsabilidade penal da pessoa jurídica diante uma conduta criminosa praticada em seu bojo.

Por fim, no tocante à terceira categoria, BOTTINI¹⁵⁴ expõe que existem deveres de cuidado decorrentes do dever geral de cautela, fundados em um senso comum de prudência. Não se trata de um dever escrito e preciso, mas de um feixe de diretrizes que orientem o intérprete na verificação da existência de uma norma de cuidado em um cenário concreto.

Para BOTTINI¹⁵⁵, o critério adequado para identificar os deveres gerais de cautela é o da ponderação. O autor cita que GRECO entende que “a fixação do risco permitido decorre da ponderação entre o interesse de proteção de bens jurídicos e o interesse geral de liberdade, que leva em conta o valor do bem, a intensidade do perigo, o interesse social na prática da ação, a eficiência e a idoneidade da medida de cuidado e a existência de um custo de alternativas menos arriscadas”.

¹⁵⁴ Ibid., 2018, p. 183.

¹⁵⁵ Ibid., 2018, p. 183-184.

De forma complementar, BOTTINI¹⁵⁶ entende que a ponderação deve levar em conta a relevância do bem tutelado, a probabilidade de sua lesão pela conduta, e a suportabilidade da observância da norma de cuidado. A exigibilidade da cautela será proporcional à importância do bem, à probabilidade de sua afetação pela conduta (no caso, omissiva), e inversamente proporcional à afetação da liberdade (aqui, de auto-organização) do agente imposta pelo cumprimento da cautela.

Conclui o autor que a violação de deveres gerais de cautela pode criar um risco não permitido e transformar o omitente em garante, imputando-lhe os resultados advindos da inobservância desses deveres. Contudo, assevera BOTTINI¹⁵⁷ que tal modalidade de norma de cuidado não se confunde com um dever formal do agente, pois tratam-se de deveres vigentes para situações especiais e criadas por um trabalho de ponderação a partir da análise do caso concreto.

Nessa linha, entendemos que a obrigação geral das organizações empresariais em se fidelizarem ao Direito equivale à observância das normas gerais de cuidado. Três são as categoriais de deveres que iluminam o conteúdo dessas normas, umas com maior força normativa que as outras. Para nós, todos esses deveres vigoram concomitantemente e devem ser levados em consideração pelo intérprete no caso concreto e devidamente ponderados.

BARBOSA¹⁵⁸ expõe que SCHROTH traz o conceito de “empresa média”, paralelo ao conceito de “homem médio”. Explica que SCHROTH reconhece que o ente coletivo pode se desviar dos deveres de comportamento que lhe são impostos, deveres esses que partem da construção de um modelo padronizado de empresa. No entanto, entendemos que a culpabilidade da pessoa jurídica deve ser aferida caso a caso, levando em consideração as circunstâncias particulares de cada empresa e de cada contexto fático.

Ademais, ressalta-se que a inobservância das normas de cuidado não ocasiona automaticamente a responsabilização penal da pessoa jurídica. Para nós, destinam-se tão somente a estabelecer um balizamento do que possa ser uma cultura de cumprimento do Direito. Isto é, destinam-se a fornecer às empresas os elementos concretos desse conceito,

¹⁵⁶ Ibid., 2018, p. 184 e 187.

¹⁵⁷ Ibid., 2018, p. 188.

¹⁵⁸ Ibid., p. 116.

em observância à segurança jurídica. A responsabilização somente será possível caso haja algum defeito de organização (um risco não permitido) no bojo empresarial.

Assim, enxergamos a cultura de fidelidade ao Direito, a auto-organização correta das organizações empresariais e a observância das normas de cuidado como conceitos equivalentes. A ausência de tal prática pela pessoa jurídica não tem relevância penal, servem exclusivamente para a aferição da culpabilidade, sob pena de responsabilização objetiva. A aplicação de sanções penais somente é possível caso haja uma conduta criminosa no bojo empresarial em decorrência de um defeito de organização.

Em suma, entendemos que o conceito de defeito de organização corresponde à existência de um risco não permitido no cerne da organização empresarial, o qual é elemento suplementar do injusto da pessoa jurídica, aferido objetivamente, como condição de punibilidade. Já a obrigação geral de auto-organização da empresa, isto é, a institucionalização de uma cultura de cumprimento do Direito, equivale à observância das normas de cuidado. Tal observância remete à noção de culpabilidade da empresa.

O injusto da pessoa jurídica somente poderá ser cogitado caso haja algum fato criminoso ocorrido no seu cerne, e desde que tal fato tenha se dado em decorrência de um defeito de organização, de um risco não permitido. Se o risco for permitido, sequer há um injusto próprio do ente coletivo, eis que ausente a condição objetiva de punibilidade. É uma questão de “sim” ou “não”, de “existência” ou “inexistência”.

Presente o injusto, passa-se à análise da culpabilidade, para finalmente se apurar se houve crime ou não por parte da pessoa jurídica e, caso positivo, em qual modalidade. Tal elemento é subjetivo – corresponde às noções de potencial consciência do ilícito, dolo e culpa, a serem aferidas no caso concreto. E seu conteúdo remete à ideia de “cultura de fidelidade ao Direito”, a qual é equivalente à (in)observância das normas gerais de cuidado.

V. CONCLUSÃO

No presente trabalho, em um primeiro momento, tivemos por bem expor os motivos práticos e dogmáticos que advogam pela responsabilização penal da pessoa jurídica, os quais apontam para o caráter simbólico e fragmentário do sistema criminal. Para além

das críticas e posicionamentos contrários, entendemos que esse instituto é uma realidade, pois está expressamente previsto no ordenamento jurídico brasileiro e deve ser aplicado pelos intérpretes da lei.

Partindo dessa premissa, nos atemos a procurar os limites da incriminação das pessoas jurídicas quando algum ilícito é cometido no cerne empresarial. Isto é, não procuramos expor exaustivamente as justificações doutrinárias pela possibilidade ou pela impossibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, contrapondo umas às outras. O que pretendemos, de início, foi somente apresentar as teses que entendemos mais dogmaticamente adequadas a favor desse instituto.

Entendemos que o maior problema da incriminação da pessoa jurídica reside na responsabilização objetiva, pois incompatível com os dogmas do Direito Penal. Nessa linha, encontramos um limite primordial para esse instituto: a necessária adoção de um modelo de autorresponsabilidade às organizações empresariais. Tal modelo aponta para uma responsabilização subjetiva, pois baseado na criação de uma culpabilidade própria do ente coletivo, fundada no conceito de “defeito de organização”.

Não obstante, assim como qualquer questão relacionada ao presente tema, a adoção do modelo de autorresponsabilidade implicou em dificuldades dogmáticas que incorreram novamente em uma responsabilização objetiva, da qual tentamos nos desvencilhar. Nesse ponto, estabelecemos um segundo limite, qual seja o posicionamento do “defeito de organização” como elemento supletivo do próprio injusto e o estabelecimento de uma “cultura de fidelidade ao Direito” como elemento da culpabilidade.

Por consequência, tivemos por bem delimitar e definir ambos os conceitos, estabelecendo mais dois limites ao instituto. Por “defeito de organização”, entendemos uma falha organizacional empresarial que possa criar um risco não permitido, possibilitando a responsabilização do ente coletivo pelos ilícitos dele advindos, na modalidade de omissão imprópria. Por “cultura de fidelidade ao Direito”, entendemos a observância das normas gerais de cuidado.

Para nós, uma cultura empresarial de descumprimento do Direito está, na maioria das vezes, intrinsecamente ligada ao defeito de organização e, por conseguinte, à conduta criminosa. Contudo, o que tentamos foi estabelecer um modelo mais distante o possível da

responsabilização objetiva. Como foi dito, o que propomos foi somente tentar encontrar um meio termo entre o dogmaticamente lógico e o faticamente possível, de forma a encontrar limites à responsabilização penal da pessoa jurídica.

VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Julianna Nunes Targino. A Culpabilidade na Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

BECK, Ulrich. Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. Editora 34, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1 – 24ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crime de perigo abstrato. Disponível em: <http://www.btadvogados.com.br/pt/artigo/crime-de-perigo-abstrato/>.

_____. Crimes de omissão imprópria. 1ª Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

_____. Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

DE MORAES GODOY, Arnaldo Sampaio; MELLO, Patrícia Perrone Campos. A titularidade dos direitos fundamentais por parte de pessoas jurídicas. A empresa como agente de efetivação dos direitos sociais: notas introdutórias ao direito empresarial constitucional. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 6, n. 3, 2016.

FEINBERG, Joel. “The Expressive Function of Punishment.” The Monist, vol. 49, no. 3, 1965.

FERREIRA, Ivette Senise. A tutela penal do patrimônio cultura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FRIEDEMANN, Lawrence. In defense of corporate criminal Liability. Harvard Journal of Law & Public Policy, Boston, v. 23, n. 3, Summer 2000.

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*. Trad. Cristina Reindolff da Motta. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, Ed. Kindle.

_____. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas*. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Corporate Culpability as a Limit to the Overcriminalization of Corporate Criminal Liability: The Interplay Between Self-Regulation, Corporate Compliance and Corporate Citizenship* (October 21, 2010). *New Criminal Law Review* 2010.

_____. *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

HEINE, Günther. *La responsabilidad penal de las empresas: evolución y consecuencias nacionales*. Trad. Alda Figueroa Navarro y José Hurtado Pozo. In: Hurtado Pozo, José; Del Rosal Blasco, Bernardo; Simons Vallejo, Rafael. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001.

HART, Henry M. *The aims of the criminal law*. *Law and Contemporary problems*, v. 23, n. 3, p. 401-441, 1958.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MIR PUIG, Santiago. *Las nuevas “penas” para personas jurídicas, una clase de “penas” sin culpabilidade*. Disponível em: <https://www.ficp.es/wp-content/uploads/Mir.-Responspenal-personas-jur%C3%ADdicas.pdf>.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Crimes ecológico: aspectos penais e processuais penais: lei 9.065/1998*. Barueri/SP: Manole, 2015.

OLIVER, Peter. *Companies and their fundamental rights: a comparative perspective*. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 64, p. 661-696, 2015.

PIETH, Mark; IVORY, Radha (Ed.). *Corporate criminal liability: emergence, convergence, and risk*. Springer Science & Business Media, 2011.

REGIS PRADO, Luiz. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Fundamentos e Implicações. Disponível em:

<http://www.professorregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Responsabilidade%20Penal%20da%20Pessoa%20Jur%EDdica%20-%20Direito%20Penal%20do%20Ambiente.pdf>.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. Disponível em: http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/responsabilidade_penal_juridica.pdf.

SARCEDO, Leandro. Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. 3ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La responsabilidad de las personas jurídicas em derecho español. In: García, Nuria García (Dir.). Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia, n. 65, Enero-Abril 2012. Madrid: Instituto de Derecho y Ética Industrial (IDEI), 2012.

TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado, p. 25-45. In: Colomer, Juan-Luis Gómez; Cussac, José Luis González (Coord.). La reforma de la justicia penal: estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann. Universitat Jaume I, 1997.

_____. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Disponível em: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_07.pdf.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro V. 1 Parte Geral. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.