XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

CAMILA CARDOSO DE MELLO PRANDO

MÁRCIO RICARDO STAFFEN

DIAULAS COSTA RIBEIRO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/ UDF; Coordenadores: Camila Cardoso De Mello Prando, Diaulas Costa Ribeiro, Márcio Ricardo Staffen – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-168-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Penal. 3. Constituição. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

As articulações teóricas entre Direito Penal e Democracia permitem avançar nas discussões da Dogmática Penal, da Criminologia e do Direito Penal. Neste livro, perspectivas diversas de análise contribuem para pensar as experiências punitivas contemporâneas.

A sociedade da globalização, da revolução tecnológica, da desterritorialização do Estado, do fenecimento das estruturas tradicionais do constitucionalismo, do reposicionamento do Direito Penal, desvela um tempo de grandes mudanças e transformações, as quais atingem espaços jurídicos, políticos, econômicos e até culturais. Surgem, então, novos direitos, novos atores sociais e novas demandas, as quais reclamam novas formas de equacionamento e proteção de bens juridicamente considerados relevantes.

Intacto neste processo não restou o ordenamento jurídico. Afinal, o ordenamento jurídico não será relevante a menos que a lei (em sentindo amplo) seja capaz de produzir efeitos na sociedade. Destaque-se não tão-somente a impotência jurídica como causa deste inadimplemento, some-se neste quadro os vultos impeditivos e/ou promocionais decorrentes de condições nacionais, regionais, internacionais, tecnológicas, sociais e, especialmente, econômicas.

Parte dos textos enfrentaram as dinâmicas atuais do sistema de justiça criminal e as violações de direitos no sistema democrático. Luciana Correa Souza faz uma revisão bibliográfica apontando para a realização das funções de seletividade e reprodução social do sistema penal legitimado pelas promessas de segurança jurídica da Dogmática Penal. Edyleno Italo Santos Andrade e Daniela Carvalho Almeida da Costa descrevem a tendência de administrativização do direito penal e sua consequente violação dos princípios limitadores constitucionais penais. Lenice Kelner discute o processo de expansão do encarceramento e as violações sistemáticas de direitos dos presos. Bruna Nogueira Almeida Ratke e Celia Camelo de Souza, desde uma pesquisa empírica, revelam a ineficácia do direito à educação no sistema prisional frente às regras internas de segurança e à precária estrutura material dos estabelecimentos. Ezilda Claudia de Melo, por fim, problematiza os efeitos da espetacularização midiática nas decisões do Tribunal do Juri.

O modo como o regime de gênero afeta o funcionamento do sistema de justiça criminal e, por consequência, obstaculiza a realização democrática, também foi abordado sob perspectivas

diversas. Mariana Faria Filardi e Maria Rosineide da Silva Costa exploraram as possibilidades alternativas à pena de prisão como forma de resposta mais adequadas aos crimes de violência doméstica contextualizados pela Lei 11.340/2006. Mayara Aparecida da Silva discutiu as previsões legais e doutrinarias e sua compatibilidade constitucional em relação ao não reconhecimento do marido como sujeito ativo do crime de estupro. E, por fim, Vitor Amaral Medrado e Nayara Rodrigues Medrado apontaram as incompatibilidades, desde uma macroanálise, entre as demandas punitivistas do movimento feminista e a realização de igualdade.

Fernando Martins Maria Sobrinho e Fábio André Guaragni assinalam a necessidade de que o Direito Penal Econômico dialogue e receba insumos interdisciplinares, especialmente, de critérios provenientes da atividade empresarial e do primado da função social da empresa, para além da visão restrita de máxima lucratividade.

Em linhas similares, o artigo "A construção do Direito Penal Ambiental e seu conflito no ordenamento jurídico brasileiro", de autoria de Maurício Perin Dambros e Patrícia de Lima Félix, ao retomar o debate sobre bens jurídicos relevantes e o intuito protecionista do ambiente, defende um constante e perene diálogo do Direito Ambiental com o Direito Penal e com Direito Administrativo.

A proposta de Luiz Eduardo Dias Cardoso, em seu artigo, verte a importância da aproximação do Direito com a Economia, sob o viés da Análise Econômica do Direito. Para tanto, em termos específicos, clama pela relevância de aferição da efetividade aos crimes tributários à luz da Análise Econômica do Direito no Brasil. Assim, busca o autor verificar a hipótese de que a repressão aos crimes fiscais no Brasil é ineficiente, sobretudo em decorrência do mau aparelhamento do aparato repressivo estatal, conforme critérios fixados por Gary Becker.

Fábio Augusto Tamborlin insere questionamentos sobre a função do Direito Penal em cenários globalizados e orientados por uma sociedade de risco. Nestes termos, coloca o Direito Penal diante de uma das mais complexas situações de atuação, isto é, a passagem do Direito Penal para além das fronteiras nacionais.

No texto "Breves reflexões acerca do princípio do bis in idem e o Direito Ambiental", a autora, Larissa Gabriela Cruz Botelho, retoma o estudo das convergências e divergências da teórica clássica do Direito Penal em relação aos preceitos de proteção ambiental. Para tanto, busca insumos na apreciação dada à problemática pela Corte Constitucional espanhola e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O artigo de Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira Smith, destina uma crítica contundente à lei brasileira de combate ao tráfico de seres humanos, ao tempo que tal dispositivo aborda a prostituição no Brasil uma vez que este é o único propósito previsto pela legislação nacional, o que dificulta não só a real compreensão das diversas formas existentes de exploração, mas também as respostas adequadas por Estado.

No texto "O Patriot Act americano nas visões de Hannah Arendt e Giorgio Agamben: o direito penal do inimigo como remontagem do homo sacer", os autores retomam a pauta da criminalização do terror e das novas fronteiras da persecução penal por "razões de Estado", importando em progressiva mitigação de Direitos Humanos e garantias processuais pelos atos pós-11 de setembro de 2001.

A proteção penal do patrimônio cultural e da paisagem demonstra, na visão das autoras, que não se tutela apenas aqueles mas, sobretudo o liame subjetivo que os conecta com o ser humano, garantindo identidade e pertencimento ao meio, pretendendo responder qual o fundamento jurídico para a impossibilidade de se aplicar o princípio da insignificância e garantir solidariedade intergeracional na proteção do patrimônio cultural material e da paisagem na tutela penal brasileira.

Márcio de Almeida Farias, introduz uma posição crítica em relação à responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais e a necessidade de uma lei geral de adaptação, para tanto, conclui com a síntese da necessidade de ampla reestruturação dogmática do direito penal e processual penal para dar guarida às pessoas jurídicas.

Fabíola de Jesus Pereira e Andreia Alves de Almeida analisam a eficácia da colaboração premiada no combate à corrupção e o efeito dominó na operação Lava Jato, tema de grande atualidade e relevância na maior operação de combate à corrupção já realizada no Brasil.

Nelson Eduardo Ribeiro Machado argui a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343 /2006, que pune o porte de drogas para uso próprio, concluindo que a não criminalização do porte de drogas para consumo próprio quantificando um valor para a posse de pequena quantidade, bem como medidas alternativas à criminalização, de cunho administrativo, devem ser adotadas, tais como a possibilidade de tratamento do usuário, medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, conforme prescrito no art. 28 da Lei nº 11.343/06, inciso III. Enfim, deve haver um esforço conjunto entre Poder público e sociedade em prol do enfrentamento do problema.

Alberto Jorge Correia de Barros Lima e Nathália Ribeiro Leite Silva apresentam uma análise dogmática dos mandamentos constitucionais criminalizadores e dos princípios constitucionais penais. Colocando em foco os princípios constitucionais penais e os mandamentos constitucionais criminalizadores, os autores concluíram que se deve ter em mente que, sendo os primeiros originários do Estado Liberal, e os segundos decorrentes do Estado Social, tal qual o Estado Democrático de Direito em que vivemos hoje deve constituir uma síntese e superação desses seus dois antecessores, também é preciso que, ao se estudar o Direito Penal Constitucional, leve-se em conta que tanto os princípios como os mandamentos desempenham papel de relevância no Direito Penal hodierno, e que entre eles deve haver a necessária correlação para que coexistam a fim de consagrar um Direito Penal mínimo e eficiente, que faça jus ao avanço das sociedades, enquanto democráticas.

Gerson Faustino Rosa e Gisele Mendes de Carvalho indagam se o casamento ainda é um bem jurídico penal ante o princípio da intervenção mínima do Direito Penal. A pergunta é respondida desafiando o crime de bigamia. Quanto ao casamento como bem jurídico específico, concluem os autores que, por óbvio, também deve-se, não somente dispensar, mas evitar a intervenção da ingerência penal, a qual decorre de um tempo em que não se admitia o divórcio, onde as pessoas uniam-se para a eternidade, onde criminalizava-se o adultério e outros fatos que hoje inexistem, especialmente em face da evolução cultural e legislativa, trazida pela nova Constituição, que revolucionou o Direito de Família.

Fernando Andrade Fernandes e Leonardo Simões Agapito trataram da hermenêutica midiática e das distorções dos critérios de atribuição de responsabilidade criminal. Frente às análises realizadas ao longo do texto, compreendem que a progressiva redução das garantias processuais e violação das liberdades individuais pela ultra exposição de fatos sigilosos do processo, à margem de conceitos normativos e critérios técnicos, sem a crítica necessária às instituições judiciárias e desprendido de qualquer autorreflexão, acabam por gerar uma distorção dos fatos, por consequência, do próprio direito penal e suas categorias, pensadas justamente como um contrapeso à intervenção punitiva sem controles.

Ana Clara Montenegro Fonseca e Vinícius Leão de Castro analisaram o impacto dogmático das chamadas circunstâncias concomitantes na formação do conceito finalista de culpabilidade normativa pura e seu confronto com a moderna perspectiva funcional-sistêmica. Após um detido enfrentamento do tema, os autores concluem que o funcionalismo normativo-sistêmico e, consequentemente, sua concepção de culpabilidade-, com seu método exageradamente normativista, não é bem-vindo vez que não limita a intervenção punitiva do Estado – pelo contrário, possibilita a sua maximização. Ademais, é esse modelo funcional incompatível com o ordenamento pátrio, que se funda na teoria finalista.

Diego José Dias Mendes tratou da não punibilidade do excesso na legítima defesa e as possíveis repercussões para a valoração da agressão licitamente precipitada pela vítima. Após comparar sistemas jurídicos que já superaram a questão, o autor concluiu que se hoje a mera proposta de explicação do comportamento criminoso à luz de atitudes da vítima já causa escândalo na sociedade, isto ocorre porque se trata de forma de pensar (técnica de neutralização) que de fato – segundo demonstra a vitimologia crítica – mobiliza comportamentos criminosos; conceber que dê azo também à impunidade não soa de modo algum sequer suportável à luz das finalidades preventivas e da necessária formalização do direito penal.

Halyny Mendes Guimarães analisou o efeito irradiante do princípio da presunção de não culpabilidade na esfera administrativa das corporações militares estaduais, concluindo que as previsões contidas nos estatutos das Corporações Militares devem estar ajustados a esse princípio constitucional.

André Eduardo Detzel e Aline Martinez Hinterlang de Barros Detzel trataram da superação das vedações dogmáticas para a responsabilização penal da pessoa jurídica, apresentando reflexões sobre o modelo construtivista de autorresponsabilidade. Os autores chegaram à conclusão de que a principal crítica feita ao modelo construtivista de autorresponsabilidade penal dos entes coletivos é que ele apresentaria imperfeições teóricas que o assimilariam ao conceito clássico de imprudência. Mas resumiram, por fim, que é possível, apesar das críticas, concluir que o modelo construtivista de autorresponsabilidade contempla fundamentos necessários para investigar, denunciar, processar e condenar uma pessoa jurídica pela prática de um crime ambiental, isto é, é possível assegurar a vigência do artigo 225, § 3º, da Constituição Federal.

À guisa de conclusão, o Grupo de Trabalho de Direito Penal e Constituição cumpriu às inteiras o seu objetivo, reunindo os excelentes artigos que agora são disponibilizados nesta publicação.

Profa. Dra. Camila Cardoso de Mello Prando (UNB)

Prof. Dr. Diaulas Costa Ribeiro (UCB)

Prof. Dr. Márcio Ricardo Staffen (IMED)

Coordenadores

SUPERAÇÃO DAS VEDAÇÕES DOGMÁTICAS PARA A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA: REFLEXÕES SOBRE O MODELO CONSTRUTIVISTA DE AUTORRESPONSABILIDADE

SUPERARE GLI OSTACOLI DOGMATICI DI RESPONSABILITÀ PENALE DELLA SOCIETÀ: RIFLESSIONI SUL MODELO COSTRUTTIVISTA DI AUTO RESPONSABILITÀ

Andre Eduardo Detzel [1]
Aline Martinez Hinterlang de Barros Detzel [2]

Resumo

O presente trabalho analisa se é possível superar os obstáculos dogmáticos da teoria do delito para a responsabilização penal da pessoa jurídica, tendo como fundamento epistemológico o modelo construtivista de autorresponsabilidade. Para tanto, analisam-se algumas dimensões político-criminais da autorresponsabilidade. O artigo se desenvolve com a abordagem da suposta incapacidade de ação da pessoa jurídica, bem como dos argumentos para a superação de tal obstáculo. Finalmente, pontua-se o suposto óbice da teoria do delito tradicional relacionado à ausência de culpabilidade da pessoa jurídica e elencam-se fundamentos do modelo construtivista que trabalham com alternativa funcionalmente equivalente para o juízo de reprovabilidade.

Palavras-chave: Responsabilidade penal da pessoa jurídica, Vedações dogmáticas, Modelo construtivista de autorresponsabilidade

Abstract/Resumen/Résumé

Questo articolo esamina se sia possibile superare gli ostacoli dogmatici della teoria crimine per la responsabilità penale delle persone giuridiche, per mezzo del strumento epistemologico del modello costruttivista di auto responsabilità. Per questo, analizziamo alcune dimensioni politiche criminale di auto responsabilità. L'articolo sviluppa l'approccio della presunta inattività della persona giuridica, nonché le argomentazioni per superare questo ostacolo. Infine, si dice dell' ipotetico ostacolo della teoria del crimine tradizionale legati alla mancanza di colpevolezza della persona giuridica e se si elencano fondamenti del modello costruttivista che lavorono con l'alternativa funzionalmente equivalente al giudizio di reprovabilidade.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Responsabilità penale d'impresa, Ostacoli dogmatici, Modello costruttivista di auto responsabilità

---

[1] Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania junto ao Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA.

[2] Especialista em Direito Tributário pela PUC-SP

1 INTRODUÇÃO

Se para o legislador constitucional e infraconstitucional é vista como um importante instrumento de combate à impunidade pela prática de crimes ambientais, aos olhos do direito penal a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica é um dos temas que gera mais controvérsia na doutrina e na jurisprudência.

A mera possibilidade de uma empresa ser investigada, denunciada, processada e condenada criminalmente, por si só, já é capaz de despertar a atenção do leitor.

A maioria quase que absoluta da doutrina penal brasileira entende que a pessoa jurídica não poderia ser ré em decorrência da prática de um crime ambiental, principalmente porque os entes coletivos não possuiriam capacidade de ação, de culpabilidade, assim como não estariam sujeitos ao princípio da personalidade da pena.

Ou seja, uma empresa, por ser um ente fictício, não poderia cumprir os principais requisitos dogmáticos da teoria do delito.

Porém, sob outro vértice, a Constituição Federal e a Lei dos Crimes Ambientais não deixam qualquer margem de dúvida sobre a opção político-criminal do legislador de permitir a responsabilização penal dos entes coletivos.

Também merece destaque o fato de que por meio do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 548.181/PR houve a conclusão de que no Brasil vigora o modelo de autorresponsabilidade, ou seja, a pessoa jurídica pode ser responsabilizada criminalmente independentemente da imputação do fato a uma pessoa física.

No cenário de colisão de interesses constitucionais, ambientais e penais é extremamente importante a elaboração de trabalhos acadêmicos voltados para a identificação de possíveis caminhos para a superação dos obstáculos dogmáticos para a responsabilização penal da empresa.

Daí porque se mostra fundamental esclarecer em que medida a pessoa jurídica pode ser responsabilizada pela prática de um ilícito penal – a despeito das supostas vedações dogmáticas da teoria do delito tradicional – e tendo em vista o modelo construtivista de autorresponsabilidade?

Finalmente, é importante destacar que esse questionamento será estudado através do método dedutivo-dialético, com pesquisa predominantemente bibliográfica, bem como leitura dos textos constitucionais e legais relacionados ao tema.

2 DIMENSÕES POLÍTICO-CRIMINAIS DA AUTORRESPONSABILIDADE PENAL DOS ENTES COLETIVOS

Primeiramente, é oportuno pontuar que na autorresponsabilidade a tese predominante é a de que a pessoa jurídica pode responder por um ilícito penal ambiental independentemente da imputação do fato a uma pessoa física (BUSATO, 2013, p. 71). Isso não quer dizer que a pessoa física não poderá ser responsabilizada penalmente, significa apenas que a responsabilidade penal da pessoa jurídica é independente da ação ou omissão de qualquer pessoa física.

Contudo, antes de discorrer sobre o modelo construtivista de autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica propriamente, mostra-se necessário analisar as 03 (três) dimensões político-criminais que norteiam a autonomização da responsabilidade penal dos entes coletivos.

2.1 IRRESPONSABILIDADE ORGANIZADA

Existem ocasiões nas quais não é possível identificar e sancionar a pessoa física que agiu sob o manto de um ente coletivo.

Nessa hipótese haveria uma espécie de irresponsabilidade organizada, uma vez que a complexidade organizacional empresarial faz com que haja divisão de tarefas e, consequentemente, indefinição quanto a responsabilidade penal individual (SILVA SÁNCHEZ, 2004, p. 107).

Ao analisar o tema, Jesús Maria Silva Sánchez (2004, p. 107) escreve que:

> Com efeito, dado que a responsabilidade penal individual parte da concorrência dos elementos de informação, poder de decisão e atuação executiva sobre uma mesma pessoa, tão logo estes fatores se dissociem surgem, também, barreiras muitas vezes insuperáveis para a atribuição de responsabilidade individual.

O argumento para a responsabilização penal das empresas por força da irresponsabilidade individual organizada também é analisado por Günter Heine (2008, p. 20), o qual salienta que:

> Qualquer empresa fornece inúmeras possibilidade de isolamento do direito penal. Assim, surgem inúmeras oportunidades para o encobrimento, confusão e formação de lacunas, de tal maneira que as investigações jurídico-penais contra indivíduos colidem, em muitas ocasiões, contra a fachada empresarial.

Entretanto, mesmo nas hipóteses em que seja possível identificar e sancionar a pessoa física ou o grupo de pessoas físicas pela prática do suposto ilícito penal, é importante destacar que tal fato não seria suficiente para afastar a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica, principalmente porque a aplicação de uma sanção em desfavor de uma pessoa individual não seria capaz de resolver os problemas oriundos da criminalidade empresarial (SILVA SÁNCHEZ, 2004, p. 107).

Jesús Maria Silva Sánchez (2004, p. 107) fundamenta a afirmação contida no parágrafo anterior tomando como exemplo a evolução ocorrida no modelo anglo-saxão de responsabilidade penal da pessoa jurídica, no qual a responsabilidade subsidiária da pessoa jurídica acabou suplantada pela responsabilização direta, isto é, responsabiliza-se o ente coletivo mesmo quando é possível identificar e responsabilizar a pessoa física.

De qualquer modo, é essencial verificar que a simples instituição da possibilidade de responsabilizar a pessoa jurídica, por si só, não acaba com o problema da irresponsabilidade organizada. Na verdade, a solução da questão está no tipo do modelo de responsabilização penal que é adotado (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2012, p. 118).

Caso seja escolhido um modelo que tenha como pressuposto para a imputação penal da pessoa jurídica a identificação da pessoa física ou a prévia responsabilização da pessoa física (modelos de heterorresponsabilidade), não é possível garantir que não haja a irresponsabilidade organizada (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2012, p. 118).

Sob outro ângulo, no caso de escolha de um modelo de responsabilidade que seja independente da pessoa física (autorresponsabilidade), o combate a irresponsabilidade organizada poderá ser mais efetivo (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2012, p. 118).

2.2 INSUFICIÊNCIA PREVENTIVA DA RESPONSABILIDADE INDIVIDUAL

A responsabilização penal apenas da pessoa física pode ser insuficiente para coibir a prática de eventuais atividades criminosas desenvolvidas por entes coletivos.

Além disso, não basta responsabilizar a pessoa jurídica apenas de forma subsidiária, ou seja, quando não é possível atribuir responsabilidade a uma pessoa individual. Na verdade, o ente coletivo deve ser responsabilizado de forma direta e cumulativa em relação a pessoa ou pessoas naturais (SILVA SÁNCHEZ, 2004, p. 107).

Esta sistemática é de fundamental importância, notadamente porque:

> Um modelo de prevenção de delitos econômicos baseado exclusivamente na sanção de pessoas físicas deixa intacta a estrutura que promove a sua realização, assim como o patrimônio obtido com ele. Com efeito, a imposição de penas privativas de liberdade a pessoas físicas da estrutura organizativa da pessoa jurídica em nada afeta a esta última, de modo que o quadro organizativo que possibilitou o delito seguiria incólume após a atribuição da responsabilidade individual (SILVA SÁNCHEZ, 2004, p. 109).

Assim como ocorre com a sanção privativa de liberdade individual, a pena de multa também é ineficaz do ponto de vista preventivo quanto aplicada contra uma pessoa natural. Essa limitação decorre do fato de que a pena de multa costuma ser aplicada com base na capacidade financeira do sujeito ativo, ou seja, em regra um sujeito ativo individual possui recursos financeiros em patamares infinitamente inferiores do que um ente coletivo (SILVA SÁNCHEZ, 2004, p. 109).

Portanto, seja do ponto de vista da aplicação de uma pena privativa de liberdade ou de uma pena de multa, a responsabilização penal individual não é capaz de dar conta dos crimes de empresa.

2.3 INSUFICIÊNCIA DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS APLICADAS CONTRA AS EMPRESAS

Jesús Maria Silva Sánchez (2004, p. 110) afirma que há que sustente que os fins preventivos poderiam ser alcançados através da imposição de sanções administrativas em face da empresa, particularmente penas de multa, de modo que não seria preciso ingressar na seara do Direito Penal.

Faz-se a ressalva de que as multas administrativas realmente podem ser quantitativamente superiores as sanções pecuniárias criminais, assim como as sanções administrativas aplicáveis às empresas somadas com as sanções penais aplicáveis às pessoas naturais podem constituir um importante instrumento no plano dos delitos econômicos (SILVA SÁNCHEZ, 2004, p. 111).

Porém, segundo Silva Sánchez (2004, p. 111), seria possível levantar três argumentos para sustentar a atribuição de responsabilidade penal aos entes coletivos ao invés da responsabilização administrativa.

O primeiro argumento que militaria em favor da intervenção do Direito Penal é o significado que tal ramo do Direito possui. Ao tratar desse sentido, referido autor ressalta que:

> O fato de que as consequências jurídico-penais se associaram a fatos com um significado ético-social mais grave e são impostas por um órgão independente, e em

> um processo cercado das garantias máximas, atribuem a estas consequências uma força expressiva que carecem as sanções extrapenais. Desse modo, ainda que uma determinada consequência jurídico-penal tenha o mesmo conteúdo fático que uma sanção administrativa, ou eventualmente inferior, isso não obsta que seu significado comunicativo seja muito superior (SILVA SÁNCHEZ, 2004, p. 111).

Em segundo plano, Silva Sánchez (2004, p. 111) explica que não seria possível aplicar de forma satisfatória o procedimento penal contra as pessoas naturais e o administrativo contra as pessoas jurídicas.

A ineficácia da acumulação dos procedimentos surgiria porque o processo administrativo contra o ente coletivo deve ficar suspenso até o julgamento do processo penal contra a pessoa física, de modo que a pessoa jurídica continua operando sem que seja possível a adoção de qualquer medida cautelar até que, anos depois, seja possível aplicar uma sanção administrativa – que muitas vezes não terá mais qualquer valor (SILVA SÁNCHEZ, 2004, p. 111).

Neste ponto, deve-se fazer a ressalva de que tal argumento deve ser visto com reservas no Brasil, sobretudo porque no ordenamento jurídico pátrio as responsabilidades civil, administrativa e criminal são independentes, de modo que o segundo argumento utilizado para fundamentar a aplicação do Direito Penal ao invés do Administrativo violaria a legislação brasileira.

O último aspecto levando por Jesús Maria Silva Sánchez (2004, p. 113), para fundamentar a insuficiência das sanções administrativas aplicadas as empresas, consiste no fato de que o procedimento administrativo não está preparado para lidar com as empresas criminosas, esta entendida como um aspecto do crime organizado transnacional.

E, a título de exemplo, o referido autor cita os entes coletivos que se dedicam ao tráfico de armas e drogas, pornografia e lavagem de dinheiro (SILVA SÁNCHEZ, 2004, p. 113).

Assim, fundamenta-se que o procedimento administrativo e suas sanções não seriam o instrumento apropriado de reação do Estado para o combate aos crimes praticados por pessoas jurídicas.

3 O PROBLEMA DA CONDUTA DA PESSOA JURÍDICA

Apesar do artigo 225, § 3º, da Constituição Federal e artigo 3º da Lei n.º 9.605/1998 contemplarem de maneira expressa a possibilidade de responsabilização penal dos entes coletivos, diversos autores brasileiros ainda defendem a ideia de que a pessoa jurídica não pode delinquir.

Os obstáculos dogmáticos para a responsabilização penal dos entes coletivos decorrem, sobretudo, da adoção da ideia de que a pessoa jurídica não possui existência real.

O fundamento teórico das vedações dogmáticas encontra guarida nos ensinamentos de Savigny, os quais foram utilizados por Luiz Régis Prado para afirmar que "as pessoas jurídicas tem existência fictícia, irreal ou de pura abstração – devido a um privilégio lícito da autoridade soberana -, sendo, portanto, incapazes de delinquir (carecem de vontade e de ação)" (PRADO, 2010, p. 126).

Os autores adeptos da tese da ficção, dentre os quais se destacam: Luiz Flávio Gomes, José Henrique Pierangeli, Eugênio Raul Zaffaroni, René Ariel Dotti, Luiz Régis Prado, Alberto Silva Franco, Fernando da Costa Tourinho Filho, Roberto Delmanto, Cezar Roberto Bitencourt e Rodrigo Sánchez Rios (GOMES; MACIEL, 2011, p. 33-34), argumentam que a pessoa jurídica não poderia delinquir por não conseguir preencher o primeiro requisito da teoria do delito, ou seja, por não possuir capacidade de ação ou omissão típica.

Em que pese a posição assumida pela maioria da doutrina penal brasileira é importante ter em mente que na atualidade existem teorias que contestam a suposta incapacidade de ação dos entes coletivos, tais como a teoria da ação institucional de David Baigún; teoria significativa da ação baseada na obra de Vives Antón e o modelo construtivista de autorresponsabilidade de Carlos Gómez-Jara Díez.

Porém, relembra-se que por questões metodológicas o presente artigo analisará apenas a (im)possibilidade de superação dos obstáculos dogmáticos da teoria do delito por meio do modelo construtivista de autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica.

3.1 A PROPOSTA DE AÇÃO DO MODELO CONSTRUTIVISTA

O modelo construtivista de autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica, desenvolvido pelo professor e advogado Carlos Gómez-Jara Díez, está ancorado sob o ponto de vista epistemológico na teoria dos sistemas sociais autopoiéticos do sociólogo alemão Niklas Luhmann (BUSATO; REINALDET, 2013, p. 169).

Antes de discorrer sobre o modelo construtivista Gómez-Jara fixa algumas premissas.

A primeira delas é que existem diversos modelos que são dotados de autorreferencialidade, ou melhor, que possuem capacidade de autorreprodução, sendo que para o estudo da responsabilidade penal dos entes coletivos interessam apenas os sistemas organização empresarial, ser humano e Direito (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2010a, p. 15).

É necessário fazer a ressalva de que apesar dos três sistemas receberem o rótulo de autopoiéticos, a autorreprodução em cada um deles se dá de maneira diferente, nos seguintes termos:

> Assim, o ser humano é um sistema psíquico que se reproduz com base na consciência; a organização empresarial é um sistema social organizativo que se reproduz sobre a base de decisões, e o Direito é um sistema social funcional cuja reprodução ocorre através das comunicações legais (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2010a, p. 15-16).

Apesar da autopoiesis se aperfeiçoar de forma diversa em cada um dos três sistemas abordados, para o modelo construtivista o sistema humano não possui autorreferencialidade maior que o sistema da organização empresarial, motivo pelo qual o critério da presença ou não de consciência não pode ser utilizado para afastar a possibilidade de responsabilização penal dos entes coletivos (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2008, p. 150).

Observa-se por meio desta afirmação que a responsabilização penal da pessoa jurídica, pelas linhas do modelo construtivista, é norteada pelo sistema social da organização empresarial, na medida em que os entes coletivos não possuem consciência – elemento norteador da responsabilização penal individual.

Com a finalidade de evitar que a responsabilização penal da pessoa jurídica seja condicionada a prévia responsabilização da pessoa física (heterorresponsabilidade) o construtivismo de Gómez-Jara trabalha com a ideia de equivalentes funcionais, isto é, o modelo proposto pretende respeitar as tradicionais categorias da teoria do delito e ao mesmo tempo procura ser um instrumento capaz de dar conta das novas formas de criminalidade empresarial (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2010a, p. 3-4).

Apesar de respeitar as categorias elementares da teoria do delito, Gómez-Jara esclarece que deve haver uma mudança global na compreensão da estrutura do crime, principalmente por conta das diferenças entre a sociedade existente na ocasião da origem da teoria do delito e a sociedade atual (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2010a, p. 5).

Se no princípio a sociedade possuía matriz individualista, a sociedade moderna é dominada pelos entes coletivos, ou seja, não há como imaginar a manutenção da estrutura social moderna sem a presença das pessoas jurídicas (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2010a, p. 5).

Alicerçado nestas premissas o modelo construtivista de autorresponsabilidade defende que a responsabilidade penal dos entes coletivos é funcionalmente equivalente a responsabilização penal individual.

Como o objetivo de superar a primeira vedação dogmática para a responsabilização penal dos entes coletivos (incapacidade de ação) Gómez-Jara (2013, p. 31) desenvolve o raciocínio de que enquanto as pessoas físicas possuem capacidade de ação as jurídicas possuem capacidade de organização.

Segundo Gómez-Jara (2013, p. 30) a possibilidade de superação do obstáculo dogmático referente a incapacidade de ação da pessoa jurídica está ligada ao desenvolvimento do conceito de "competência organizativa".

Nesse particular, observa-se que o modelo construtivista de autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica ganha relevância por conta do conceito de "competência organizativa" encontrar correspondência nas doutrinas de Günter Heine, Ernst-Joachim Lampe *e* Wilfried Bottke (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2014, p. 180).

Ao analisar a posição de Heine, Gómez-Jara (2013, p. 30) destaca que:

> Este fundamenta a competência organizativa da empresa em virtude de um domínio da organização em caráter sistêmico-funcional baseado na diferenciação funcional e na descentralização das empresas – que servem como princípios organizadores – assim como a teoria consequente do direito reflexivo – de impronta sistêmica. Neste sentido, deve-se destacar que Heine considera que tal domínio de organização de caráter sistêmico funcional no Direito Penal empresarial é o equivalente funcional ao domínio do fato no Direito Penal individual.

Nessa linha de raciocínio, chega-se à conclusão de que a "competência organizativa" em Heine está vinculada a noção de que a empresa assume importante função de garante (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2010a, p. 29).

Na sequência, ao tratar da tese de Lampe, Gómez-Jara explica que as pessoas físicas e jurídicas estariam acobertadas sob o manto do supraconceito de pessoa social, sendo que a pessoa social deve ser vista como aquela que provoca o injusto. O injusto, por sua vez, pode decorrer de duas fontes, "dependendo de se está se tratando de pessoas físicas ou de pessoas jurídicas; as primeiras adquirem a partir de sua capacidade de agir; as segundas, a partir de sua capacidade de organização (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2013, p. 30-31).

Por fim, o modelo construtivista de autorresponsabilidade assimila o conceito de competência organizativa com o supraconceito de organizadores de contatos sociais criado por Bottke (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2013, p. 30).

Tanto as pessoas físicas quanto as jurídicas podem assumir a função de organização de contatos sociais, bem como a respectiva responsabilidade por tal tarefa (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2013, p. 31).

Alicerçado no conceito de competência organizativa e nos supraconceitos de pessoa social e de organizadores de contatos sociais, o modelo construtivista propõe que as pessoas jurídicas são agentes dotados de liberdade de organização, sendo que esta autonomia deve ser exercida até os limites dos riscos permitidos (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2013, p. 31-32).

Com base nesses pressupostos, Carlos Gómez-Jara Díez sustenta que o ente coletivo possui capacidade organizacional, uma vez que a partir de certo grau de complexidade a empresa poderá, de forma autônoma, organizar-se, conduzir-se e determinar-se, oportunidade na qual a capacidade de organização (pessoa jurídica) passará a ser funcionalmente equivalente a capacidade de ação (pessoa física), assim como restará superada a primeira vedação dogmática da teoria do delito tradicional para a responsabilização penal da pessoa jurídica (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2013, p. 32).

4 A QUESTÃO DA CULPABILIDADE DO ENTE COLETIVO

Além da suposta incapacidade de ação da pessoa jurídica, os autores que defendem a impossibilidade de responsabilização penal da empresa, tais como: Luiz Flávio Gomes, José Henrique Pierangeli, Eugênio Raul Zaffaroni, René Ariel Dotti, Luiz Régis Prado, Alberto Silva Franco, Fernando da Costa Tourinho Filho, Roberto Delmanto, Cezar Roberto Bitencourt e Rodrigo Sánchez Rios (GOMES; MACIEL, 2011, p. 33-34), argumentam que os entes coletivos não possuiriam culpabilidade, sobretudo no que se refere a compreensão do ilícito praticado (PIERANGELI, 1992, p. 21).

Contudo, assim como ocorre em relação à conduta da pessoa jurídica, o modelo construtivista contempla alternativas para contestar o suposto óbice dogmático da ausência de culpabilidade dos entes coletivos.

4.1 A PROPOSTA DE CULPABILIDADE DO MODELO CONSTRUTIVISTA

A partir do fundamento epistemológico do modelo construtivista – teoria dos sistema sociais autopoiéticos, emerge a necessidade de que os elementos para a configuração da culpabilidade da pessoa jurídica sejam tirados do interior da própria organização, sobretudo porque em tal modelo é acolhida a tese de que os entes coletivos possuem a “capacidade de reproduzir-se autopoieticamente – ou seja, reproduzir-se a si mesmo a partir de seus próprios produtos (*poiesis* = produção)” (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2013, p. 24).

Assim, a fim de que não haja incongruência entre os requisitos da culpabilidade e o fundamento epistemológico do modelo construtivista, o juízo de reprovabilidade em face de uma pessoa jurídica está firmado na ausência de uma cultura empresarial de respeito ao Direito (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2012, p. 162).

O marco teórico do conceito construtivista de culpabilidade é a teoria de direito penal de Günther Jakobs (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2010a, p. 145).

Ao analisar as linhas preliminares sobre a culpabilidade no modelo construtivista de autorresponsabilidade, Paulo César Busato e Tracy Joseph Reinaldet (2013, p. 170) destacam que:

> A empresa seria, antes de mais nada, uma estrutura social complexa, voltada para a produção ou para a circulação de bens ou serviços. Para alcançar o fim ao qual se propõe, tal entidade deve organizar-se e possui plena liberdade para tanto. Não obstante, tal processo de organização pode ser imperfeito, de modo a ocasionar falhas estruturais na corporação, as quais, por sua vez, podem fomentar a prática delitiva no seio do ente coletivo. Essa estrutura defeituosa, por conseguinte, colocaria a empresa fora da zona de risco permitida pelo Direito Penal e, por tal motivo, o ente coletivo deveria ser sancionado.

Portanto, observa-se que no modelo construtivista a organização empresarial e a cultura empresarial de fidelidade ao Direito são as peças chaves da culpabilidade da pessoa jurídica.

Todavia, como os termos “organização empresarial” e “cultura empresarial de fidelidade ao Direito” podem contemplar certo grau de abstração, o modelo construtivista traz um elemento concreto para simbolizar referidos termos.

Para Gómez-Jara (2013, p. 10), a melhor forma de demostrar a existência de uma cultura de fidelidade ao Direito e, por conseguinte evitar o surgimento de defeitos na estrutura da organização que possam dar ensejo a prática de atividade criminosas, é através da existência de programas de *compliance* efetivos.

Justifica-se que a eleição do critério atinente a existência ou não de efetivo programa de *compliance* para fins de aferição ou não da culpabilidade empresarial seria mais justo e eficaz (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2013, p. 10).

> É mais justo porque diferencia educadamente as pessoas jurídicas cumpridoras da legislação e os que não são – seria injusto considerar iguais todos os tipos de empresa, uma com um sistema de *compliance* efetivo, e outra que carece de qualquer *compliance.* E é mais eficaz porque ao permitir que as empresas evitem a responsabilidade penal mediante uma organização correta e uma cultura de cumprimento da lei, esta farão esforços significativos para programar sistemas de organização e cultura conforme as normas do Direito brasileiro.

Mas além de defender o ponto de vista de que a culpabilidade estaria consubstanciada na existência de cultura empresarial de não cumprimento das normas, no plano da culpabilidade o modelo construtivista também se vale de argumentos de equivalências funcionais.

De acordo com Carlos Gómez-Jara Díez (2013, p. 36) a culpabilidade empresarial é funcionalmente equivalente a culpabilidade individual, principalmente porque ambas respeitam a "perspectiva da função da culpabilidade – simbolizar a infração do papel do cidadão [corporativo no caso da empresa] fiel ao Direito, o questionamento da vigência da norma".

Prossegue o suprareferido autor argumentando que o conceito construtivista de culpabilidade da pessoa jurídica está fundamentado em três equivalentes funcionais do modelo de culpabilidade da pessoa individual, quais sejam: "a fidelidade ao Direito como condição para a vigência da norma, o sinalagma básico do direito penal e, por último, a capacidade de questionar a vigência da norma" (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2008, p. 166).

Esses equivalentes funcionais, segundo Gómez-Jara, estão ancorados na prevenção geral positiva, assim como o modelo funcional de culpabilidade de Jakobs, o qual é tomado como referência (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2010b, p. 333).

4.1.1 A Fidelidade ao Direito Como Condição Para a Vigência da Norma

Antes de analisar a relação de equivalência funcional no primeiro ponto da culpabilidade empresarial, Carlos Gómez-Jara Díez (2010b, p. 334) realiza a distinção entre regras do ambiente social (regras da natureza) e normas do sistema social (normas da sociedade).

Conforme entendimento do precursor do modelo construtivista de culpabilidade as regras do ambiente social se estabilizam por si próprias, isto é, não precisam de qualquer garantia para a estabilização assim como não precisam da imposição de qualquer sanção adicional para a sua confirmação, ao passo que as normas da sociedade não contém uma sanção intrínseca que as confirmem em caso de violação (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2010b, p. 334).

De modo semelhante ao que ocorre com as normas sociais, as normas jurídico-penais também não carregam, por si, uma pena natural apta as confirmarem. Tal fragilidade pode ser verificada porque diante da proibição de descumprimento de ditas normas é possível escolher um caminho diferente que pode ser até mais vantajoso (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2010b, p. 334).

Assim, para assegurar a vigência das normas jurídico-penais é essencial que a pessoa seja incumbida da obrigação de cumprir as normas, ou seja, ser fiel ao Direito e, em caso de

inobservância desse ofício, “seja imposta uma sanção que, como garantia, estabiliza a norma e, portanto, confirma identidade normativa da sociedade” (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2010b, p. 334).

E, acerca da imposição de uma sanção penal, Goméz-Jara destaca que a reprimenda não é o resultado do descumprimento de uma norma, mas o produto da afronta ao próprio sistema normativo, o qual deve ser reestabilizado (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2010b, p. 335).

Outra importante contribuição extraída das considerações preliminares sobre a culpabilidade no modelo construtivista de autorresponsabilidade é que a garantia das interações em sociedades complexas ocorre por meio da confiança na vigência sistema normativo (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2010b, p. 336).

A principal característica das sociedades do período da “desmistificação do mundo” - expressão de Max Weber - reside no fato das pessoas possuírem a liberdade de governarem a si mesmas, sendo que para compatibilizar tal prerrogativa com a ordem social é necessário que o indivíduo cumpra a tarefa de manter fidelidade ao Direito (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2013, p. 37).

Em síntese, ao tratar da obrigação de manutenção de fidelidade ao Direito como condição para a vigência da norma, sob o ponto de vista individual, Gómez-Jara (2010b, p. 337) conclui que:

> A ordem social de mútuo respeito e reconhecimento entre as pessoas será vigente na medida em que as pessoas cumpram com a tarefa de serem fiéis ao Direito. Em caso de produção de uma infração culpável de uma norma, será considerado que a pessoa fracassou em referida tarefa e se imputará dito fracasso a sua falta de motivação neste sentido. Ou seja, se imputará a um déficit de fidelidade ao Direito.

De igual modo, deve-se ter em mente que o modelo descentralizado no qual o indivíduo deve manter fidelidade ao Direito, cuja origem remonta a “desmistificação do mundo”, é o mesmo no qual estão instalados e consolidados os entes coletivos, com a diferença de que a segunda fase foi marcada pela “desmistificação do Estado” (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2013, p. 37).

Ao direcionar o olhar para as pessoas jurídicas Gómez-Jara destaca que o século XX foi marcado pelo “conhecido fenômeno da autorregulação empresarial como um reflexo da incapacidade estatal para controlar certos riscos característicos da sociedade pós industrial moderna” (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2012, p. 168-169).

Nesse cenário em que o Estado está enfraquecido, os entes coletivos modernos se destacam como sistemas sociais autopoiéticos em uma sociedade de risco e de conhecimento,

na qual estas duas últimas características costumam não estar sob a possibilidade de administração estatal (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2010b, p. 341-342).

Ou seja, na sociedade industrial pós moderna são as grandes corporações que possuem o conhecimento, a tecnologia, bem como produzem os riscos decorrentes da implementação das novas tecnologias.

Assim, a alternativa proposta pelo modelo construtivista de autorresponsabilidade penal é que se imponha ao ente coletivo a obrigação de fidelidade ao Direito, "a qual se concretiza por meio da institucionalização de uma cultura empresarial de fidelidade ao Direito" (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2008, p. 167).

Dito isso, a partir do momento em que o ente coletivo não adota uma papel de fidelidade ao Direito a vigência da norma é negada e a culpabilidade penal empresarial resta configurada.

Por fim, o modelo construtivista faz a ressalva de que um dado concreto e objetivo para verificar se a pessoa jurídica adota uma postura de fidelidade ao Direito é a existência ou não de efetivo programa de *compliance,* sendo que tal elemento serviria como uma espécie de causa de exclusão da culpabilidade penal do ente coletivo (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2010b, p. 352).

4.1.2 O Sinalagma Básico do Direito Penal

Em segundo momento, o modelo construtivista de culpabilidade da pessoa jurídica prega a existência de equivalência funcional entre o sinalagma básico do direito penal individual e o sinalagma básico do direito penal empresarial (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2010a, p. 44).

Ao discorrer acerca do direito penal individual, Gómez-Jara sustenta que todas as pessoas individuais, por serem consideradas como iguais, possuem a obrigação de manter fidelidade ao Direito (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2010b, p. 353).

A reprimenda penal é uma forma de demonstrar que o autor do delito é um igual, pois se ele não for considerado um igual deve sofrer uma medida de segurança (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2010b, p. 354).

A partir dessas premissas, argumenta-se que:

> a culpabilidade simboliza precisamente que, sendo tratado como igual na comunicação, o autor não realizou a prestação mínima que dele era exigida por sua condição de pessoa. A imposição de uma pena, longe de tratá-lo como não igual, segue

> considerando-o um igual na comunicação: a pena comunica que o autor é competente por sua própria motivação e que tem competência para questionar a vigência da norma. A quem se exige fidelidade ao Direito se reconhece a competência para questionar a vigência da norma (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2010b, p. 354).

Assim, observa-se que o fundamento da culpabilidade individual está firmado na igualdade do indivíduo enquanto pessoa, o qual ao possuir capacidade de questionar a vigência da norma, deve manter fidelidade ao Direito.

Diante do reconhecimento da igualdade objetivada, pode-se concluir que ao ser considerada pessoa é essencial o reconhecimento do outro como um igual (pessoa), forma que esta relação proporciona a definição do sinalagma básico do direito penal, isto é, a liberdade de organização *versus* a responsabilidade pelas consequências (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2010b, p. 357).

A esse respeito, Günther Jakobs (2015) arremata que:

> Em uma sociedade de liberdades, e, mais ainda em uma sociedade que permite contatos anônimos de alto nível, isto é, em uma sociedade que encarrega os cidadãos da configuração do comportamento a ser eleito, contanto que tal comportamento não tenha consequências lesivas, a liberdade de escolha deve ser correspondida, enquanto sinalagma, pela responsabilidade pelas consequências da escolha. Sem este sinalagma entre liberdade de comportamento e responsabilidade pelas consequências seria impossível organizar os contatos anônimos, o que significa que não haveria sociedade.

Dessa maneira, denota-se que o sinalagma básico do direito penal (liberdade x responsabilidade) é essencial para a própria existência da sociedade.

Quando a questão é transportada para o âmbito empresarial a análise também recai sobre os aspectos da liberdade *versus* responsabilidade.

Ao tratar da liberdade, fala-se em liberdade de auto-organização. Como no entendimento construtivista de autorresponsabilidade a pessoa jurídica é vista como um sistema social autopoiético, o ente coletivo possui a capacidade e a liberdade de organizar-se, conduzir-se e determinar-se (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2013, p. 31-32).

Entretanto, a outra face da moeda consiste no fato de que o exercício dessa liberdade deve se dar dentro dos limites dos riscos permitidos, sob pena do ente coletivo ser responsabilizado penalmente pela ultrapassagem dos referidos limites (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2010b, p. 359).

Por conseguinte, caso processo de auto-organização seja falho e ultrapasse os limites do risco permitido haverá culpabilidade penal da pessoa jurídica.

4.1.3 A Capacidade de Questionar a Vigência da Norma

O terceiro nível de equivalência funcional constante no conceito de culpabilidade do modelo de autorresponsabilidade está extremamente conectado aos níveis anteriores, assim como representa o momento no qual o conceito de cidadão corporativo fiel ao Direito recebe maior notoriedade (ARTAZA VARELA, 2013, p. 275).

Amparado nas lições de Jakobs, Gómez-Jara (2010b, p. 368) elabora o raciocínio de que aqueles que "possuem culpabilidade podem participar da produção comum de sentido e interferir em assuntos públicos".

Para o terceiro equivalente funcional, a pessoa individual participa da produção de sentido e interfere em assuntos públicos por meio da possibilidade de questionamento da vigência da norma (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2010b, p. 369).

Ainda sobre este último aspecto da culpabilidade é importante salientar que o "próprio sistema jurídico oferece a possibilidade legítima de tematizar a configuração de uma determinada sociedade e isso sem precisar recorrer a realização de um ato delitivo portador de um sentido que questione dita sociedade" (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2010b, p. 369).

Dessa maneira, verifica-se que a possibilidade de questionar a vigência da norma decorre de um aspecto normativo.

Com amparo teórico em Urs Kindhäuser e Klaus Günther, Gómez-Jara (2010b, p. 371) desenvolve fundamentos para tentar justificar a maneira pela qual a pessoa física questionaria a vigência da norma e participaria de assuntos públicos.

Sustenta-se que a pessoa possui autonomia comunicativa, a qual é subdividida nas esferas pública e privada. Nessa linha de ideias "cada participante é autor da norma (autonomia pública) e ao mesmo tempo é destinatário da norma, a qual lhe atribui um âmbito de atuação (autonomia privada) (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2010b, p. 371).

Além disso, outra maneira para a pessoa participar de assuntos públicos e questionar a vigência da norma seria através do exercício de um comportamento crítico diante de manifestações próprias e alheias, na medida em que tal conduta seria essencial tanto para a vigência legítima das normas quanto para o seu cumprimento (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2010b, p. 371).

Traçadas as linhas pelas quais a pessoa individual pode questionar a vigência da norma e participar de assuntos públicos surge o questionamento de como tais tarefas poderiam ser cumpridas pelos entes coletivos?

Primeiramente, Gómez-Jara (2010b, p. 375) esclarece que indivíduo e empresa, sob o olhar estritamente jurídico, não participam mesma forma das instituições democráticas.

Por conta disso o objetivo nesse ponto da análise de equivalência funcional é traçar as mínimas formas pelas quais o ente coletivo poderia participar materialmente dos assuntos públicos. Para tanto, o modelo construtivista de culpabilidade utiliza a doutrina de Lawerence Friedman (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2010b, p. 375).

O discurso de Friedman é baseado na capacidade da empresa expressar juízos morais no discurso público, de modo a participar dos processos de criação e definição das normas sociais (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2010b, p. 377).

Ainda tratando das empresas, Gómez-Jara (2010b, p. 374) pontua que os direitos fundamentais mais importantes quando está em jogo a possibilidade de reconhecer o ente coletivo como membro da sociedade são o voto e a liberdade de expressão.

Como se sabe, as pessoas jurídicas não exercem o direito ao voto, mas "se lhe reconhece o direito a participar no que realmente conta em democracia: o debate entre os cidadão" (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2008, p. 169).

Tal direito está diretamente relacionado a liberdade do ente coletivo expressar juízos sobre a configuração da sociedade, manifestações estas que incluem:

> Discussões e debates sobre os problemas, medos e esperanças da sociedade, incluindo as considerações sobre a conduta que deve ser considerada louvável, e aquela conduta que deve ser considerada condenável. As corporações, assim como os membros individuais da sociedade, participam do processo de criação e definição das normas sociais (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2010b, p. 374).

A partir do momento em que é reconhecido o fato que as empresas participam do processo de definição e criação das normas sociais é possível concluir que as mesmas participam dos assuntos públicos e possuem capacidade para questionar a vigência da norma.

4.2 COMENTÁRIOS AO MODELO DE AUTORRESPONSABILIDADE

Critica-se a teoria da autorresponsabilidade penal dos entes coletivos porque ela depende de adaptações na estrutura do delito tradicional, uma vez que a característica referente ao antropocentrismo não se compatibiliza com delitos cometidos por empresas (GUARAGNI; LOUREIRO, 2014, p. 129).

O modelo de responsabilização ora comentado também é criticado pela falta de definição das hipóteses em que haveria ultrapassagem aos limites dos riscos permitidos, bem como das hipóteses em que a organização poderia ser reputada defeituosa.

Da mesma forma, ao discorrer sobre o modelo construtivista de autorresponsabilidade, sustenta-se que a culpabilidade trazida por tal modelo "apresentaria imperfeições teóricas – as quais são engendradas pela semelhança existente entre tal concepção e o conceito clássico de imprudência, remetendo às anacrônicas construções causais naturalistas de sistema de imputação" (BUSATO; REINALDET, 2013, p. 174).

Ademais, os autores supracitados prosseguem seu raciocínio aduzindo que o jurista não possui conhecimento técnico suficiente para identificar um defeito na organização do ente coletivo, assim como não possui capacidade para identificar as hipóteses em que os sistemas de prevenção de crimes implementados pelas empresas (programas de *compliance*) são efetivos ou não (BUSATO; REINALDET, 2013, p. 178).

Porém, o objetivo da prevenção da prática delitiva pode ser atingido de forma mais ampla na hipótese de autorresponsabilidade, uma vez que a persecução penal não depende da prévia responsabilização da pessoa física, a qual nem sempre é possível por força da complexidade organizacional das empresas (VALLEJO, 2004, p. 61-62).

Em síntese, estes são alguns pontos positivos e negativos da autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica.

5 CONCLUSÃO

O presente artigo analisou a possibilidade de superação dos obstáculos dogmáticos da teoria do delito para a responsabilização penal da pessoa jurídica através do modelo construtivista de autorresponsabilidade.

Antes de responder ao referido problema, foi preciso percorrer as dimensões político-criminais da responsabilização penal dos entes coletivos.

Neste sentido, é importante frisar que a responsabilização penal individual não é suficiente para dar conta dos crimes de empresa, uma vez que a simples punição da pessoa física mantém intacta a estrutura empresarial criminosa.

Por conta da intensificação dos avanços tecnológicos e da criação de riscos não previsíveis, torna-se necessário: a) criar mecanismos de combate às ações de organizações que ultrapassam os limites do risco permitido, sobretudo para proteger o meio ambiente; b)

rediscutir os limites de permissão de risco; c) visualizar a responsabilidade penal do ente coletivo como uma das tentativas destinadas a afrontar este cenário.

Em relação a este último aspecto, é fundamental vencer os óbices dogmáticos atinentes à suposta falta de capacidade de ação e culpabilidade por parte do ente coletivo, sobretudo no que se refere, respectivamente, à ausência de conduta própria e sentido subjetivo de compreensão a ilicitude cometida.

Constatou-se que o modelo construtivista de autorresponsabilidade penal da empresa elenca fundamentos sólidos para a superação das aludidas vedações dogmáticas.

No plano da conduta, afirma-se que a capacidade de ação das pessoas físicas é funcionalmente equivalente a capacidade de organização da pessoa jurídica.

Assim, o suposto óbice dogmático da incapacidade de ação, segundo o construtivismo, pode ser superado pelo desenvolvimento do conceito de competência organizativa, o qual seria funcionalmente equivalente ao conceito de domínio do fato que é utilizado para as pessoas físicas.

E no que tange a culpabilidade, de acordo com o construtivismo, o juízo de reprovabilidade em face de uma pessoa jurídica está firmado na ausência de uma cultura empresarial de respeito ao Direito, a qual pode ser mitigada através da comprovação da existência de programas de *compliance* efetivos.

Além disso, a culpabilidade empresarial contempla três aspectos funcionalmente equivalente a culpabilidade individual, quais sejam: a fidelidade ao Direito como condição para a vigência da norma, o sinalagma básico do direito penal e, por último, a capacidade de questionar a vigência da norma.

A principal crítica feita ao modelo construtivista de autorresponsabilidade penal dos entes coletivos é que ele apresentaria imperfeições teóricas que o assimilariam ao conceito clássico de imprudência.

Por fim, é possível concluir que, apesar das críticas, o modelo construtivista de autorresponsabilidade contempla fundamentos necessários para investigar, denunciar, processar e condenar uma pessoa jurídica pela prática de um crime ambiental, isto é, é possível assegurar a vigência do artigo 225, § 3º, da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ARTAZA VARELA, Osvaldo. **La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal**: fundamentos y límites. Madrid: Marcial Pons, 2013.

BUSATO, Paulo César. Razões criminológicas, político-criminais e dogmáticas para a adoção da responsabilidade penal de pessoas jurídicas na reforma do código penal brasileiro. In: BUSATO, Paulo César; GUARAGNI, Fábio André. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisitos legais do interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal. Curitiba: Juruá, 2013.

BUSATO, Paulo César; REINALDET, Tracy Joseph. Crítica ao modelo construtivista de culpabilidade da pessoa jurídica. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 5, n. 9, p. 167-182, jul./dez. 2013.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Crimes ambientais**: comentários à lei 9.605/98. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial**: propuestas globales contemporáneas. Bogotá: Externado, 2008.

_____. Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJÓ SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Org). **Tratado de responabilidad penal de las personas jurídicas**. Madrid: Thompson-Civitas, 2012.

_____. **Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial**: esbozo de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Lima: Ara Editores, 2010b,

_____. **Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas**: bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española. Buenos Aires: B de F, 2010a.

_____. ¿ Qué modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas? Uma responsta a las críticas planteadas al modelo constructivista de autorresponsabiliadad penal empresarial. In: ONTIVEROS ALONSO, Miguel (Coord.). **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**: fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro. Valência: Tirant lo Blanch, 2014.

GUARAGNI, Fábio André; LOUREIRO, Maria Fernanda. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: rumo à autorresponsabilidade penal. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; LOUREIRO, Maria Fernanda; VERVAELE, John (Org.). **Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica**. v. 2. São Paulo: Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo, 2014.

JAKOBS, Günther. **Teoría y práxis de la ingerencia.** Disponível em: <http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/jakobs.pdf> Acesso em: 26 de novembro de 2015, tradução nossa.

PIERANGELI, José Henrique. **Escritos jurídico-penais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 1992. p. 21.

PRADO, Luiz Régis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del artículo 129 del código español. In: GARCÍA CAVERO, Percy (Coord.). **La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes**. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004.

VALLEJO, Manuel Jaén. **Cuestiones actuales del derecho penal económico.** Buenos Aires: Ad Hoc, 2004.