

A CULPABILIDADE DAS PESSOAS JURÍDICAS: UMA PROPOSTA DE REPROVAÇÃO A PARTIR DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE*THE CULPABILITY OF LEGAL ENTITIES:
A PROPOSAL FOR DISAPPROVAL BASED ON COMPLIANCE PROGRAMS***Marcos Poersch Zanovello*****Eduardo de Avelar Lamy****

RESUMO: Diante da complexidade do panorama de imputação individual às pessoas físicas, no âmbito da criminalidade empresarial, bem como das necessidades político-criminais advindas deste cenário, o presente artigo busca analisar possíveis caminhos para se construir um conceito de culpabilidade empresarial no âmbito do Direito Penal brasileiro, com vistas a conferir o respaldo teórico-dogmático necessário à imputação de injustos às pessoas jurídicas. Para tanto, buscou-se na literatura estrangeira algumas das contribuições doutrinárias mais relevantes, com o intuito de, a partir delas, pensar a problemática no cenário do direito positivo nacional. O método adotado na presente investigação é o jurídico-teórico, buscando acentuar os aspectos conceituais e doutrinários sobre o objeto escolhido, com uma preocupação de aplicabilidade prática no contexto brasileiro. A técnica de pesquisa, por sua vez, é de revisão bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Criminal Compliance. Criminalidade econômico-financeira. Empresarial. Culpabilidade.

ABSTRACT: Given the complexity of the panorama of individual attribution to individuals, within the scope of corporate crime, as well as the political-criminal needs arising from this scenario, this article seeks to analyze possible ways to construct a concept of corporate culpability within the scope of Brazilian Criminal Law, with a view to providing the necessary theoretical-dogmatic support for imputing legal entities to be unfair. To this end, some of the most relevant doctrinal contributions were sought in foreign literature, with the aim of, based on them, thinking about the issue in the scenario of national positive law. The method adopted in the present investigation is legal-theoretical, seeking to emphasize the conceptual and doctrinal aspects of the chosen object, with a concern for practical applicability in the Brazilian context. The research technique, in turn, is bibliographic review.

KEYWORDS: Criminal Compliance. Economic-financial crime. Business. Culpability.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Sobre a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica. 1.1 Modelos de heteroresponsabilidade. 1.2 Modelos de autorresponsabilidade. 2 Teorizações a partir dos modelos de autorresponsabilidade. 2.1 A proposta de Klaus Tiedemann: “culpabilidade por defeito de organização”. 2.2 A proposta de Adán Nieto Martín: culpabilidade pelo déficit de autorregulação permanente. 2.3 A proposta de Gómez-Jara Díez: modelo construtivista de imputação. 3 A relevância dos programas de compliance: para pensar a construção de uma culpabilidade empresarial. 4 Considerações finais. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O paradigma da sociedade de riscos, do qual já teorizava Beck (2011, p. 1), exerceu uma influência significativa na forma de se compreender o fenômeno jurídico nas últimas décadas,

* Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-Graduando em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pós-Graduado em Compliance pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, em parceria com o Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

** Pós-Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná e Instituto Max Planck de Luxemburgo (2016). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2007). Presidente da Associação Brasileira de Integridade e Conformidade e Secretário-Geral Adjunto do Instituto Brasileiro de Direito Processual em Santa Catarina. Professor Associado de Direito Processual Civil, Civil Empresarial e Programas de Integridade da Universidade Federal de Santa Catarina.

pois “estar em risco é a maneira de ser e de governar no mundo da modernidade; estar em risco é condição humana no início do século XXI”. Assim, diante da complexidade social dos dias atuais, a clemência pela expansão do Direito Penal e da Política Criminal revela-se preocupante do ponto de vista de uma intervenção racional desta forma de controle social (Silva Sánchez, 2013).

Esse cenário acentuou-se mediante a ascensão do paradigma regulatório no âmbito estatal, fazendo com que o monopólio da regulação fosse compartilhado com agentes do setor privado, de forma descentralizada (Nieto Martín, 2008, p. 3). Assim, torna-se fácil perceber que, diante do atual estado de coisas, o modelo de regulação puramente estatal - próprio do Estado intervencionista - acaba por enfrentar contestações, uma vez que a autoridade estatal mostra-se diante de uma natural defasagem técnica - e, em muitos casos, até mesmo econômico-financeira -, necessária para garantir, em níveis ótimos, a regulação de relações hiper-complexas, como se percebe no âmbito econômico (Nieto Martín, 2008, p. 56).

Nesse sentido, autores como Braithwaite (2005) denominam o atual paradigma estatal de um “capitalismo regulatório”, mediante o qual o Estado mantém as suas funções de regulação, todavia, também delega a mesma para os agentes do setor privado. É relevante, neste aspecto, a possibilidade de cooperação entre o Estado e os particulares, mediante a qual pode-se exigir dos mesmos a observância a rígidos padrões éticos, norteadores de suas atividades produtivas (Braithwaite, 2005; García Caveró, 2014).

O Direito Penal Econômico, assim, passou a encarar um cenário totalmente diverso daquele habitual, pois as novas manifestações da criminalidade econômico-financeira trouxeram, junto de si, um “darwinismo jurídico” (Nieto Martín, 2013, p. 11). A adoção de programas de cumprimento normativo, ou *compliance*, na expressão inglesa, oriunda do termo “*to comply with*”, ou seja “cumprir com”, provocaram mudanças substanciais na forma de se atribuir responsabilidade penal. Um dos debates promissores consiste em indagar quais as repercussões que a implementação e a manutenção de um programa de *compliance* efetivo exerceriam sobre a imputação de crimes cometidos no âmbito da empresa.

O presente artigo busca discorrer sobre as possibilidades de se estruturar um conceito de culpabilidade empresarial, adequado às pessoas jurídicas, no contexto brasileiro. Elege-se o fundamento da culpabilidade, pois, dentre os elementos da definição analítica de crime, a

culpabilidade tem sido levantada, pela doutrina mais tradicional, como um dos principais argumentos contrários à responsabilização, no âmbito penal, da pessoa jurídica.

Para tanto, estruturar-se-á a investigação em dois momentos distintos: o primeiro, em caráter de contextualização, versará sobre o debate acerca da possibilidade de se responsabilizar, penalmente, a empresa, concluindo pela necessidade de se (re)pensar os paradigmas de imputação, com vistas às necessidades político-criminais dos tempos presentes. Já o segundo, buscará detalhar os dois modelos teóricos de imputação (heterorresponsabilidade e autorresponsabilidade), com especial atenção ao segundo modelo e as possíveis contribuições deste para o debate no cenário brasileiro. Ao final, em um terceiro momento, buscar-se-á a reflexão acerca da relevância dos programas de *compliance* no objeto do presente estudo, isto é, a construção de um conceito de culpabilidade empresarial.

1 SOBRE A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Há um considerável debate, no cenário internacional, sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica, o qual se divide entre as orientações de matriz romano-germânica, de um lado, e de outro, em relação às orientações traçadas nos ordenamentos jurídicos anglo-saxões¹. Todavia, enquanto nestes verifica-se uma possibilidade de compatibilização imediata de tal instituto com os fundamentos de seus sistemas jurídico-penais, o mesmo não se pode dizer em relação à tradição romano-germânica, em que o instituto apresenta inúmeras contestações².

¹ Como comenta Albuquerque (2017, p. 116), “Responsabilizar ou não as pessoas jurídicas através do direito penal? Esta questão, de certa forma simples e objetiva, é responsável por fomentar uma das discussões dogmáticas mais antigas, mas ao mesmo tempo mais atuais, que enfrenta a doutrina jurídico-penal. Os posicionamentos a favor e contrários a esta possibilidade, bem como os trabalhos científicos a ela dedicados, se amontoam e os argumentos utilizados, por ambas as partes, vão se adaptando às novidades que vez por outra aparecem no campo de discussão. O duelo entre os brocardos *societas delinquere potest* e *societas delinquere non potest* está sempre em constante atualização”.

² São adeptos do regime de responsabilização penal das pessoas jurídicas países como Bélgica, Dinamarca, Eslovênia, França, Finlândia, Portugal, Suécia, Suíça, Holanda, Áustria, Espanha, Estados Unidos, Inglaterra, Austrália, Chile, Brasil, etc. (Bacigalupo, 2011, p. 96). Contra esta tendência, porém, encontram-se países como a Itália e a Alemanha, o primeiro devido a restrições de cunho constitucional e o segundo, de certa forma, por razões ligadas a sua história recente. Os dois países, entretanto, não isentam as pessoas jurídicas de responsabilização em caso de prática delitiva, direcionando a elas sanções através do direito administrativo sancionador. No caso italiano, contudo, são grandes os debates acerca da “roupagem” assumida pelo direito sancionador, se penal ou administrativa.

Em síntese, são várias as objeções enfrentadas à responsabilização penal da pessoa jurídica. Contudo, a suposta incapacidade de culpa do ente coletivo revela-se como o ponto mais delicado nesta discussão, justamente pela tradição liberal-iluminista de um Direito Penal centrado na concepção de culpabilidade individual, atrelada à noção de livre-arbítrio, diante da qual somente as pessoas naturais poderiam ser responsabilizadas.

Entretanto, tendo em vista as atuais demandas da sociedade pós-industrial, revela-se uma especial preocupação da doutrina em estudar o tema sob o prisma da culpabilidade dos entes coletivos. A contribuição do presente estudo pretende dialogar com a forma de estruturar a reprovação da pessoa jurídica através de uma concepção de assunção de deveres éticos como norte e limite de atuação no contexto da sociedade capitalista de mercado.

Sendo assim, o que se pretende afirmar, ao final do presente estudo, é que diferentemente das concepções tradicionais da doutrina brasileira, a pessoa jurídica pode ser objeto de reprovação através da fórmula da possibilidade de agir de modo diverso, a qual estrutura o conceito dogmático de culpabilidade. E, além disso, que o tema de se responsabilizar - penalmente ou não - a pessoa jurídica é um tema que precisa ser enfrentado no Brasil.

A partir da assunção de que o juízo de culpabilidade que recai sobre as pessoas jurídicas é, necessariamente, diverso daquele que recai sobre as pessoas físicas, ultrapassa-se o natural óbice da dogmática penal liberal clássica, a qual pensava um modelo jurídico de crime - e, portanto, de culpabilidade - voltado para condutas comissivas praticadas por pessoas naturais³.

Essa nova concepção de culpabilidade, própria das pessoas jurídicas, não importaria em desvirtuar os parâmetros constitucionais. Inclusive, tendo em vista que a evolução das relações sociais requer da dogmática respostas condizentes com os novos parâmetros de regulação, sendo que o apego excessivo às velhas formas liberais - por mais racionais e bem acabadas que sejam elas - acaba por redundar em uma sensação de insegurança jurídica frente às novas exigências da sociedade do risco.

³ Câmara (2020, p. 82) comenta que a culpa é um elemento empiricamente indemonstrável, pois mesmo em sua noção clássica, de caráter individual, fundamenta-se nas ideias de livre-arbítrio e de reprovabilidade, o que traz desafios até mesmo para a responsabilização penal das pessoas físicas. Esse foi um dos argumentos pelos quais, inclusive, a dogmática abandonou as concepções empíricas de culpabilidade, para adotar parâmetros normativos. Assim, para Deodato (2010, p. 188), “a pressuposição que leva a um ente ser tomado como culpado pela prática de certo fato reside na motivação da norma, na motivação do proibido, do não permitido, na capacidade de perceber o que se pode ou não se pode fazer, de que a empresa é capaz de formular uma narrativa jurídica, de se comunicar, passar a imagem de ser vivente autor de comunicação e de interação”.

Ademais, a ideia de “irresponsabilidade organizada”, muito difundida ao comentar o déficit de punibilidade nos delitos empresariais, corrobora com a reprovação da ideia de que a transferência de culpa, das pessoas físicas para as pessoas jurídicas, possa ser algo aceito pela ordem jurídica. É certo, contudo, que os entes coletivos não podem ser utilizados para ocultar e/ou dificultar a imputação de injustos. Assim, é necessário definir um conceito normativo de culpabilidade, adequado à realidade das pessoas jurídicas, e da necessidade de rendimento da teoria do delito no âmbito empresarial.

Feito este panorama acerca da motivação político-criminal em se teorizar modelos de culpabilidade empresarial adequados à responsabilização das pessoas jurídicas, dedicar-se-á algum espaço para contextualizar os dois grandes modelos de responsabilização dos entes coletivos, quais sejam: os modelos de heterorresponsabilidade e de autorresponsabilidade. Especificamente, no segundo modelo, dada a proximidade deste com nosso sistema de direito, buscar-se-á detalhar um pouco mais sobre algumas contribuições teóricas relevantes.

1.1 MODELOS DE HETERORESPONSABILIDADE

Desde uma perspectiva de sistemas jurídicos de *common law*, adotam-se modelos de heterorresponsabilidade (também denominada de vicarial, por transferência, por ricochete, ou ainda, por empréstimo), diante dos quais se transfere à empresa a imputação dos ilícitos cometidos por um agente seu, no exercício de suas funções, quando este atuar com a intenção de favorecê-la. Percebe-se, pois, que neste modelo a responsabilidade penal é atribuída à pessoa jurídica por ricochete, isto é, por “empréstimo” ou “transferência”, como se fosse uma consequência natural da prática do injusto⁴.

Este modelo, em um primeiro momento, pode revelar-se incompatível com a nossa realidade, pois ao admitir a responsabilidade por ricochete, flexibiliza as regras de imputação, satisfazendo-se com a simples verificação da causalidade entre o ato ilícito do preposto da empresa e o consequente resultado antijurídico, não havendo a análise quanto aos requisitos

⁴ Na sistemática de direito romano-germânico, autores como autores como Ernst Hafter (culpabilidade pela consciência especial da pessoa jurídica), Richard Busch (culpabilidade pelo espírito normativo da pessoa jurídica), Joachim Schroth (culpabilidade funcional do órgão), Anne Erhardt (culpabilidade pela não evitação das influências criminógenas da pessoa jurídica), entre outros, buscaram teorizar modelos de heterorresponsabilidade. Enquanto, na sistemática de *common law*, destacaram autores como Brent Fisse e John Braithwaite (1993).

subjetivos. A ausência de análise quanto aos requisitos subjetivos redundaria quase que em uma responsabilização objetiva da empresa - evidentemente, vedada por nosso ordenamento constitucional - e, também, pouco a diferenciaria do Direito Administrativo Sancionador (Bajo Fernández; Feijoo Sánchez; Gómez-Jara Díez, p. 76-77).

Ademais, esbarra o modelo de heterorresponsabilidade em um alegado “déficit de aplicação”, na medida em que sua operacionalização remete à imputação da pessoa física responsável pela prática do ato ilícito, a qual revela-se extremamente dificultosa em um contexto de dificuldades quanto à estruturação do *modus operandi* da empresa⁵ (Sarcedo, 2014, p. 135-136).

Um outro ponto problemático de tais modelos de se atribuir responsabilidade penal à pessoa jurídica, reside no fato de que, ao assumir um déficit permanente em sua autorregulação (Nieto Martín, p. 324-325), pouco se manifesta quanto à possibilidade de haver eximentes desta reprovação, como se mostra na regular implementação e funcionamento de programas de *compliance* buscando, preventivamente, evitar a prática de ilícitos. Ou seja, ainda que se constate, no plano causal, uma ação humana de algum agente que atue em nome e em benefício da empresa - que, repise-se, revela-se tarefa bastante difícil no contexto empresarial -, capaz de conferir uma conexão entre a prática do injusto e a reprovação da empresa, esta reprovação mostra-se quase que absoluta, sem dar alternativas para a pessoa jurídica eximir-se de sua responsabilidade, em determinados casos. Isso, evidentemente, dificultaria em muito as tentativas de defesa da empresa, violando o mandamento constitucional da ampla defesa constante do Art. 5, inciso LV, da Constituição Federal.

Como se verá, os modelos teóricos de autorresponsabilidade são teoricamente mais sofisticados do que os de heterorresponsabilidade, isso devido ao considerável fato de que pensados em ambientes acadêmicos, diferentemente das teorizações pragmáticas próprias de

⁵ São três as ordens de problemas enfrentados pela imputação criminal clássica às pessoas físicas nos casos típicos da chamada criminalidade moderna (ou, mais especificamente, econômica). Mesmo quando se constata a existência de um resultado naturalístico, suas possibilidades de imputação usualmente permanecem duvidosas, porque (1) ou não se conhece a forma de funcionamento do meio criminoso (o nexo causal), (2) ou não se conhece o causador do dano (delimitação da autoria), (3) ou, finalmente, não se identificam as vítimas (vitimização massiva). Isso sem contar as oportunidades em que duas ou mesmo as três concausas aparecem no mesmo fato, momento em que se tem um resultado evidentemente criminoso, mas não há qualquer possibilidade de imputá-lo a uma pessoa física.

institutos pensados em uma lógica de *common law*, como é o caso da heterorresponsabilidade. Analisemos, assim, de forma breve, as linhas gerais dos modelos de autorresponsabilidade.

1.2 MODELOS DE AUTORRESPONSABILIDADE

De forma diametralmente oposta, estão os modelos de autorresponsabilidade (também conhecida como responsabilidade por “defeito de organização”), os quais se baseiam na culpabilidade empresarial. A grande inovação dos modelos teóricos de autorresponsabilidade consistiu na possibilidade de se pautar a imputação sobre uma culpabilidade e um injusto próprios das pessoas jurídicas, com absoluta independência da identificação da autoria das pessoas naturais (Albuquerque, 2017, p. 136). Assim, neste giro conceitual, a atividade descuidada ou desorganizada da empresa assume relevância em uma eventual responsabilização penal, e não mais a ação humana individualmente considerada de alguém de sua estrutura de pessoal.

Através da aferição da culpabilidade da empresa, a imputação do ilícito é feita à pessoa jurídica, sendo relevante que se afira se a empresa possuía, ao tempo da prática do ilícito, medidas de governança corporativa devidamente implementadas e eficazes. Ou seja, não basta que a empresa tenha adotado um programa de *compliance*, em sua organização, para ganhar visibilidade externa. Requer-se, para além disso, a efetiva atuação deste, que poderá se revelar de formas variadas, desde às capacitações regulares de seus recursos humanos até a implementação de canais de denúncia internos.

Entretanto, do ponto de vista teórico, nos sistemas de autorresponsabilidade a aferição quanto à postura da pessoa jurídica frente ao injusto, isto é, em uma perspectiva *ex post facto*, poderá redundar em consequências diversas quando da aplicação da pena: poderá, assim, haver a absolvição pela ausência de culpabilidade; ou então, a mitigação da pena imposta ao ente coletivo (Nieto Martín, p. 85). No primeiro caso, haveria reflexos sobre a culpabilidade enquanto pressuposto da pena, servindo de causa eximente; enquanto, no segundo, sobre a culpabilidade enquanto medida da reprimenda estatal aplicável ao caso concreto.

Do ponto de vista do rendimento deste sistema, apesar de uma constatação desta natureza requerer estudos empíricos de caráter criminológico, pode-se afirmar, em termos dogmáticos, que os resultados, em tese, mostrar-se-iam racionais, pois quando não houvesse a

possibilidade de se imputar os fatos às pessoas individuais - o que, não raro, ocorre na criminalidade empresarial -, os mesmos poderiam ser imputados à pessoa jurídica. Haveria, então, a escolha político-criminal do legislador em decidir se, nos casos em que se imputa a prática do ilícito à pessoa jurídica, por defeito de organização, a existência de um programa efetivo de *compliance* serviria (i) como eximente de culpabilidade, deixando de ser punível pela prática do injusto; ou então (ii) como uma causa de mitigação da pena a ser imposta ao ente coletivo, possibilitando a punição com uma minoração.

Registre-se que há uma inegável tendência, no direito comparado, de se mesclarem ambos os sistemas (autorresponsabilidade e heterorresponsabilidade), em verdadeiros modelos mistos, pois os mesmos estimulariam a criação de mecanismos de autorregulação interna das corporações. Assim, permitir-se-ia a responsabilização penal da pessoa jurídica por transferência, desde que estivesse presente o requisito da culpabilidade, a qual consistiria na ideia de defeito de organização, conforme comentado. Assim, diante de um sistema misto de atribuição de responsabilidade à pessoa jurídica, fortalecer-se-iam os incentivos para que a empresa aderisse à cartilha da autorregulação, tão em voga pelas normativas internacionais, sobretudo aquelas provenientes de organismos internacionais como a OCDE. Isso implicaria em reconhecer, portanto, que existiria uma responsabilidade da empresa por obediência de preceitos éticos que a mesma deve seguir (Silveira; Saad-Diniz, 2012, p. 65).

79

2 TEORIZAÇÕES A PARTIR DOS MODELOS DE AUTORRESPONSABILIDADE

Parece bastante claro que, nesse novo cenário, o Estado por si só já não mais se basta para fazer frente às moderníssimas formas delitivas próprias da criminalidade empresarial e, que diante deste estado de coisas, erige-se uma nova *lex mercatoria* no comércio internacional, a qual obriga as empresas a firmarem códigos de ética e condutas desejadas por seus colaboradores, o que corrobora em duas frentes: seja com (i) a construção de uma ordem empresarial ética, pautada por preceitos comuns; e/ou seja com (ii) a função preventiva de tais programas, a qual pode vir a servir como uma instância anterior - evidentemente, não penal -, para dar concretude ao preceito da subsidiariedade do Direito Penal enquanto resposta do Estado à criminalidade empresarial.

Exposto o panorama sobre o qual os sistemas de autorresponsabilidade se fundam, reputa-se construtivo traçar, igualmente, algumas linhas gerais acerca de algumas teorizações notáveis acerca deste modelo. É o que se buscará fazer adiante, expondo algumas contribuições, mormente aquelas de Klaus Tiedemann, “culpabilidade por defeito de organização”, de Adán Nieto Martín, “déficit de autorregulação permanente” e Carlos Gómez-Jara Díez, com seu modelo construtivista.

2.1 A PROPOSTA DE KLAUS TIEDEMANN: “CULPABILIDADE POR DEFEITO DE ORGANIZAÇÃO”

A definição de um conceito de culpabilidade adequado à pessoa jurídica começou a ganhar robustez teórica a partir dos estudos de Klaus Tiedemann (1995, p. 30), que buscou estruturar a ideia de reprovação através do “defeito de organização” da corporação. Essa teorização gira em torno de dois conceitos basilares (Albuquerque, 2017, p. 137), quais sejam: o de “fato de conexão” e de “defeito de organização”. Na visão do autor alemão, assim como as pessoas físicas, as pessoas jurídicas podem ser destinatárias de normas de conduta oriundas do direito positivo.

E, portanto, uma vez que as pessoas jurídicas são destinatárias de normas de conduta, são elas também destinatárias de expectativas sociais de cumprimento destas normas. Exige-se, assim, das pessoas jurídicas, determinados comportamentos condizentes com esses mandamentos, como é o caso da expectativa de um agir juridicamente orientado pela precaução e pela boa governança corporativa.

É justamente nesse sentido que o autor compreende que as pessoas jurídicas seriam capazes de ação, pois encontrar-se-iam elas subordinados a mandamentos normativos, que podem ser observados ou inobservados por elas. Todavia, essa capacidade de ação, para Tiedemann, não se materializa de maneira autônoma, mas sempre considerada mediante a assunção da importância do agir, por detrás da vontade da pessoa jurídica, das pessoas humanas que integram sua estrutura, uma vez que a vontade humana é o substrato material do comportamento das empresas (Albuquerque, 2017, p. 138). Essa assunção, entretanto, não importa em afirmar que Tiedemann subordina a responsabilização penal da empresa à simultânea responsabilização das pessoas humanas. Antes, deve-se dizer que Tiedemann busca

encontrar nos próprios entes coletivos uma forma de reprovação expressa em caráter normativo (Zugaldía Espinar, 2008, p. 143).

O autor compreende que uma empresa somente poderá ser responsabilizada penalmente quando a ação, realizada por uma pessoa física que integre sua organização empresarial, possa ser considerada como própria da entidade coletiva, ou seja, quando possa ser ela imputada, também, à pessoa jurídica. Para tanto, Tiedemann vislumbra a necessidade de se observar a presença ou não de um “fato de conexão” entre a conduta da pessoa física que realiza o suporte fático descrito no tipo penal e o comportamento desprecavido da empresa (Zugaldía Espinar, 2008).

Entretanto, para que sua teorização não se tornasse deveras expansiva, correndo-se o risco de se imputar todo e qualquer injusto praticado por alguém da empresa à pessoa jurídica a título da existência de um “fato de conexão”, Tiedemann estabelece alguns critérios valorativos a fim de limitar este espectro. Assim sendo, o autor considera como sendo “fatos de conexão” (Albuquerque, 2017, p. 138-139) os atos comissivos ou omissivos que: (a) vulnerar obrigações e deveres da pessoa jurídica no exercício de suas atividades; (b) tiverem sido perpetrados direta ou indiretamente por pessoas com capacidade de decisão dentro da pessoa jurídica; (c) tiver a pessoa física atuado por conta e em proveito da entidade coletiva.

No que toca à capacidade de culpabilidade das pessoas jurídicas, a construção de Tiedemann é bastante peculiar, pois parte de uma análise diversa daquela do Direito Penal, utilizando-se ele do Direito Administrativo Sancionador (Albuquerque, 2017, p. 139; Gómez-Jara Díez, 2012, p. 163)⁶. Nesse sentido, o professor alemão utiliza-se da natural flexibilização do elemento subjetivo no Direito Administrativo Sancionador para elaborar a sua proposta de “culpabilidade pelo defeito de organização”, sendo este um conceito amplo de culpabilidade para as pessoas jurídicas, o qual radica-se por um sentido social (Gracia Martín, 1996, p. 62).

⁶ Albuquerque (2017, p. 140) comenta que: “Tiedemann, porém, consciente de que sua formulação quanto à culpabilidade pelo defeito de organização poderia ser acusada de incorrer no mesmo equívoco teórico dos modelos de heterorresponsabilidade penal, ou seja, o de justificar a responsabilização das pessoas jurídicas através de fatos alheios e não próprios, explica que o fundamento do juízo de reprovação em face dos entes coletivos reside em uma construção deveras conhecida na dogmática penal, isto é, na teoria da *actio libera in causa* (ação livre na causa). Disto decorre que a carência de uma culpabilidade diretamente relacionada com o cometimento do fato lesivo - visto que o delito em si perpetrado pelos órgãos e/ou representantes da empresa - é absolutamente irrelevante, posto que a culpabilidade nestes casos, tal como ocorre com um indivíduo em estado de embriaguez, deve ser verificada em um momento antecedente ao fato lesivo, propriamente empresarial, representado na falha da pessoa jurídica em ter se organizado adequadamente de forma a evitar a perpetração do ato delitivo individual (defeito de organização)”.

Se a prática de injustos perpetrados no âmbito da empresa é resultado de seu “defeito de organização”, então entende ele que o que leva a este cenário - isto é, à ocorrência de práticas ilícitas no âmbito empresarial -, é a omissão corporativa por parte dos indivíduos - órgãos ou indivíduos isolados - que se omitem em seu mister de controle de eventuais focos de perigo (Bacigalupo Saggese, 1997, p. 139-140). De acordo com a formulação de Tiedemann, torna-se possível fundamentar uma culpabilidade própria das pessoas jurídicas através da “omissão de medidas de segurança”, oriunda da organização deficiente da empresa (Gómez-Jara Díez, 2012, p. 164).

Contudo, o argumento central desta teoria revela-se bastante polêmico, pois assume a punibilidade da empresa pelos atos delitivos praticados pelas pessoas físicas que integram sua estrutura, quando a pessoa jurídica tiver se omitido na prática de medidas de cuidado e vigilância (Tangerino, 2010, p. 42).

Nota-se que a teorização em comento parte de uma ideia de um dever de agir para evitar a lesão - ou, ao menos, o perigo de lesão - ao bem jurídico, utilizando-se, portanto, do fundamento dogmático da omissão imprópria. Ademais, em que pese ser bastante robusta a teorização de Tiedemann, esta sofrera algumas críticas, dentre elas (Albuquerque, 2017, p. 141): (a) o recurso à teoria da *actio libera in causa*; (b) a exigência da presença de um “fato de conexão”; (c) a inadmissão de causas de exculpação⁷.

2.2 A PROPOSTA DE ADÁN NIETO MARTÍN: CULPABILIDADE PELO DÉFICIT DE AUTORREGULAÇÃO PERMANENTE

A proposta de Adán Nieto Martín parte de um arcabouço de inegável caráter político-criminal, o que não significa que sua teorização deixe de lado o rigor dogmático. Assim, o autor compreende que a responsabilização penal das pessoas jurídicas é um instrumento de política criminal disponível ao legislador para fazer frente a dois problemas: (a) o aumento do poder

⁷ Em suma síntese, temos que: (a) a formulação de Tiedemann, ao utilizar-se do recurso à *actio libera in causa*, acaba por não oferecer um conceito denso o suficiente para refutar as críticas de que a pessoa jurídica é incapaz de agir; (b) por outro lado, tal teorização seguiria sem solucionar o problema político-criminal da “irresponsabilidade organizada” ao exigir a comprovação de um “fato de conexão”; (c) e, por fim, se o grande mérito da proposta é o de diferenciar a culpabilidade individual da culpabilidade empresarial, a falta de uma teorização quanto às eximentes de culpabilidade mostra-se bastante sensível, ao impossibilitar a defesa da empresa, perante a prática de um ilícito.

corporativo; e (b) o déficit de conhecimento da Administração Pública frente à criminalidade empresarial (Albuquerque, 2017, p. 157).

Na proposta que ora se comenta, é inegável a assunção de que a responsabilidade penal das empresas consistiria em uma medida de estímulo à autorregulação destas, frente ao comentado estado de déficit do *know-how* necessário para a investigação e persecução da criminalidade empresarial. Assim, a punição assumiria um papel de reprimenda à falha das corporações no seu encargo, pactuado com o Estado, de avocarem para si algumas responsabilidades próprias da governança corporativa (Nieto Martín, 2008, p. 57).

Entretanto, a grande contribuição de Adán Nieto Martín, na matéria, diz respeito à sua formulação sobre a culpabilidade empresarial. O modelo por ele proposto, não toma nenhuma das teorizações já feitas, mas busca condensá-las⁸, de maneira a formar um modelo próprio que gravita em torno do déficit de autorregulação permanente da empresa.

Nessa formulação, tem-se que a direção da empresa, para além de seus interesses econômicos de maximização dos lucros, também deve ter uma especial preocupação com um agir socialmente ético, mediante a organização da corporação para o cumprimento das obrigações legais. Sendo que a responsabilidade da empresa surge, então, quando esta se furtar de seguir tais regramentos (Nieto Martín, 2008, p. 135).

Segundo Albuquerque (2017, p. 160-161), a fixação da culpabilidade empresarial, nesses termos, comunica-se com os fins político-criminais a que o autor pretende alcançar com um sistema punitivo criminal para as pessoas jurídicas: a motivação da autorregulação, a qual se concretizaria na exigência de criação de mecanismos necessários para a prevenção de delitos, para a reparação de suas consequências e para a colaboração entre a iniciativa privada e o Estado, mediante seu aparato de Justiça Criminal (Nieto Martín, 2008, p. 146).

Essa visão quanto aos fins político-criminais de um Direito Penal pensado para as pessoas jurídicas, contribuiria na evitação da sobre-exploração e consequente expansão do Direito Penal dito “clássico”, evitando-se, igualmente, o desvirtuamento de categorias

⁸ Segundo o próprio autor (2008, p. 135), sua proposta leva em consideração essencialmente quatro modelos de culpabilidade empresarial: (i) a culpabilidade empresarial como cultura corporativa desviada, formulada por Carlos Gómez-Jara Díez; (ii) a culpabilidade empresarial como defeito de organização, elaborada por Klaus Tiedemann; (iii) a culpabilidade empresarial como ausência de um comportamento pós-delitivo adequado, da lavra dos autos Brent Fisse e John Braithwaite; (iv) a culpabilidade empresarial pelo caráter/pela condução da atividade empresarialmente, respectivamente de autoria de Ernst Lampe e Gunther Heine.

dogmáticas pensadas ao longo dos séculos. Por outro lado, contribuiria também nos processos de reparação de danos às vítimas sociais da criminalidade empresarial, o que seria de todo útil se pensado através de uma visão de *fairness*, isto é, de justiça social em relação às vítimas. E, por fim, o modelo proposto comunica-se extraordinariamente bem com seus fins político-criminais, pois parte de uma concepção de parceria entre os setores público e privado, o que se evidencia em diversos âmbitos, desde a prevenção até os momentos de investigação, *ex post facto*.

2.3 A PROPOSTA DE GÓMEZ-JARA DÍEZ: MODELO CONSTRUTIVISTA DE IMPUTAÇÃO

A teoria de Tiedemann é criticada por Carlos Gómez-Jara Díez (2013, p. 527) justamente no ponto relativo à necessidade de conexão entre o agir de uma pessoa física, que atua no seio empresarial, com a reprovação da pessoa jurídica através da omissão. Isso porque os casos mais difíceis do Direito Penal Empresarial, para o professor espanhol, seriam aqueles relacionados à dificuldade de imputação individual dos injustos em um contexto de “irresponsabilidade organizada”.

Nesse sentido, o autor desenvolve uma concepção construtivista de imputação, cuja inspiração é proveniente da teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Luhmann. Em suma, no modelo cunhado pelo professor espanhol, a organização empresarial seria um sistema social organizativo que se reproduz com base em suas próprias decisões, de forma autopoietica (Câmara, 2020, p. 86). Igualmente, o autor constrói a culpabilidade corporativa através de um juízo voltado ao fenômeno social da cidadania corporativa, o qual exige das empresas uma atuação em conformidade com o direito, de modo a institucionalizar uma cultura de fidelidade às normas jurídicas.

O modelo construtivista de imputação foi edificado a partir do estabelecimento de equivalentes funcionais entre a teoria do delito concebida para as pessoas naturais e uma nova teorização, própria à realidade das pessoas jurídicas enquanto entes morais. Disso resulta que o autor não pretende adaptar as categorias do Direito Penal clássico à imputação de pessoas jurídicas, mas estabelecer critérios equivalentes a serem aplicados às empresas (Câmara, 2020, p. 86). Assim, o autor espanhol identifica três equivalentes funcionais da culpabilidade

empresarial, os quais corresponderiam aos pilares da culpabilidade clássica, pensada para as pessoas físicas: (i) a fidelidade ao Direito; (ii) o sinalagma básico do Direito Penal; (iii) a capacidade de questionar a vigência da norma (Gómez-Jara Díez, 2008, p. 148-149). Seria possível, então, identificar resquícios da exigibilidade de conduta diversa no primeiro equivalente funcional; de imputabilidade no segundo equivalente funcional; e de potencial consciência da ilicitude no terceiro equivalente funcional (Câmara, 2020, p. 87).

Ademais, o autor (2008, p. 160-163) também defende que certas empresas seriam inimputáveis em virtude de sua organização interna ser minimamente complexa, ao passo que não poderiam ser consideradas pessoas no sentido jurídico-penal da expressão. Por derradeiro, a teorização construtivista reputa essencial a presença de elementos capazes de exclusão da culpabilidade empresarial, à semelhança da sistemática da teoria do delito tradicional, enquanto forma de se compatibilizar este novo modelo de imputação às exigências constitucionais de um Estado Democrático de Direito, mormente de uma responsabilização subjetiva em âmbito jurídico-penal.

A partir dos marcos teóricos eleitos, é chegada a hora derradeira da presente pesquisa, na qual se analisará, em tópico seguinte, a possibilidade de se pensar, isto é, de se construir um conceito de culpabilidade empresarial adequado às pessoas jurídicas no contexto do Direito Penal brasileiro. Essa teorização, por certo, terá na difusão de uma cultura de governança corporativa ética, através dos programas de compliance, um alicerce fundamental para a construção de uma reprovação do agir socialmente danoso das empresas. É o que se buscará fazer, neste momento, buscando um desfecho propositivo a este estudo.

3 A RELEVÂNCIA DOS PROGRAMAS DE *COMPLIANCE*: PARA PENSAR A CONSTRUÇÃO DE UMA CULPABILIDADE EMPRESARIAL

Na *práxis* jurisprudencial brasileira, passou-se a denominar de “teoria da dupla imputação” a exigência de duplicidade na indicação da autoria do injusto, enquanto um requisito de validade para o recebimento da denúncia em relação à pessoa jurídica. À primeira vista, contudo, percebe-se o argumento utilizado para fundamentar a tese fora o de que a necessidade de dupla imputação se justificaria pois, ao imputar-se a prática do injusto a uma pessoa física que, agindo em nome e/ou em proveito da empresa, restaria caracterizado o

elemento subjetivo (dolo ou culpa), o qual não se mostraria possível de ser verificado quando da imputação unicamente à pessoa jurídica.

Nota-se, assim, que a razão para a imputação conjunta residiria no empecilho dogmático de se atribuir o elemento subjetivo à pessoa jurídica⁹. Entretanto, o argumento da assim denominada “teoria da dupla imputação” mostra-se em vias de esgotamento de sua eficácia¹⁰, requerendo uma preocupação mais detalhada por parte da doutrina brasileira no que toca à responsabilização penal da pessoa jurídica. Isso, sobretudo diante da multifacetada gama de relações desenvolvidas por uma empresa de médio e grande porte, as quais acabam por despertar a incidência da tutela penal.

Dito isso, é necessário ressaltar que, nos modelos teóricos de autorregulação, a adoção de mecanismos de governança corporativa, os quais encontram-se destinados à prevenção de ilícitos decorrentes de sua atividade econômica, revela-se como um parâmetro importante na construção de uma reprovação do agir socialmente danoso das empresas. A partir desta reprovação, teorizações como a construtivista, de Gómez-Jara Díez, buscam estruturar a culpabilidade das pessoas jurídicas.

Da falta da implementação desses modelos é que decorre a situação na qual a dogmática penal denomina, desde Klaus Tiedemann, de “defeito de organização” (Sarcedo, 2014, p. 133-134), o qual consiste na escolha corporativa em, deliberadamente, não se dotar, de forma prévia, de mecanismos razoáveis e efetivos para impedir que tais injustos ocorram. Por

⁹ O entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, durante consideráveis anos, foi no sentido de que a responsabilização penal da pessoa jurídica dependeria, para a validade do processamento, da imputação simultânea do injusto tanto à pessoa jurídica, quanto à pessoa física. Nesse sentido, o argumento manejado pelo relator, no precedente paradigmático - REsp 564.960/SC, 5ª Turma, julgado em 02 de junho de 2005 -, enfatizava que “não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio (dolo ou culpa)” (Brasil, 2005, p. 8). Entretanto, no ano de 2013, através de julgado do Supremo Tribunal Federal - qual seja, do RE 548.181/PR -, essa orientação passaria a mudar, em sentido contrário. Especialmente do voto da relatora, colhe-se a preocupação da jurisprudência em colocar para a discussão doutrinária modelos outros, compatíveis com as necessidades político-criminais da contemporaneidade, pois, segundo o voto em comento “na própria doutrina penalista 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” (Brasil, 2013, p. 13).

¹⁰ Essa perda de eficácia se revela tanto pelos argumentos político-criminais de que a responsabilização do ente coletivo fora pensada enquanto uma alternativa às formas clássicas de imputação individual para, assim, reduzir o déficit de punibilidade no âmbito empresarial; quanto pelos argumentos de cunho dogmático, os quais: (i) vislumbram nos novos modelos de imputação a possibilidade de se superar os naturais óbices de se chegar à autoria individual das pessoas físicas que agem em nome e/ou interesse da empresa, dada a capilaridade de suas organizações internas; (ii) buscam, a partir da concepção normativa pura da culpabilidade, teorizar novas orientações para o caso das pessoas jurídicas.

meio da constatação de que a atividade antissocial da empresa é socialmente reprovável e, portanto, capaz de culpa, que a doutrina tem tratado nas últimas décadas acerca dos modelos de responsabilidade corporativa (ou empresarial), através dos programas de governança corporativa e cumprimento de normas (programas de *compliance*).

Assim, encontram-se possibilidades de construção de um juízo de reprovação social que recai sobre a empresa. A seu turno, a utilização de mecanismos de autorregulação, como é o caso do *compliance*, mostra-se como um instrumento para a construção desse conceito de culpabilidade, pois ao obrigar que as corporações possuam uma conduta compatível com certas e pré-determinadas exigências legais, vislumbra-se possível a exigência de um agir corporativo ético baseado nesses critérios. As condutas contrárias a essa expectativa legal, então, mostrar-se-iam reprováveis sob o ponto de vista normativo. Particularmente, na discussão sobre critérios claros para a imputação de responsabilidade penal à pessoa jurídica que a adoção de programas de *compliance* possa vir a ser útil¹¹.

A culpabilidade finalista, a qual norteia a elaboração da Parte Geral do Código Penal brasileiro, em 1984, se alicerça em três postulados fundamentais, quais sejam: (i) *imputabilidade*; (ii) *potencial consciência da ilicitude da conduta*; (iii) *exigibilidade de conduta diversa ou exigibilidade de obediência ao direito*.

Se tal construção acerca do terceiro elemento analítico do crime centra-se na ideia normativa de reprovação por parte de um sujeito que, simultaneamente, é (i) imputável, podendo ser responsabilizado pelo injusto objetivo que praticou; (ii) assim o fez sabendo, ou pelo menos, podendo saber da ilicitude de sua escolha; e (iii) era, ao tempo da prática do injusto, plenamente exigível que ele se portasse de modo diverso, então parece que um modelo de culpabilidade centrado na figura de um agir socialmente ético das empresas não apresenta quaisquer óbices à sistemática dos elementos da culpabilidade proposta pelo Finalismo.

¹¹ O voto da relatora, Min. Rosa Weber, no RE 548.181/PR, traz importantes considerações de caráter político-criminal e dogmático acerca da matéria, bem como atenta para a necessidade de que o debate acerca da responsabilização penal da pessoa jurídica não seja negligenciado em solo brasileiro. E que, sobretudo pela atividade da doutrina, enquanto ciência do direito, estabeleça-se uma discussão séria a respeito do tema - como vem sendo feita nos últimos anos, por incontáveis estudiosos -, para que se criem teorizações dogmáticas sobre as possibilidades de imputação, as quais resultem em critérios seguros para orientar a produção da legislação penal a respeito da temática, contribuindo para a pacificação da questão e, simultaneamente, também para a finalidade máxima da ciência do direito: a de proporcionar segurança jurídica aos destinatários da norma, através de parâmetros claros quanto à interpretação e aplicação desta.

Aqui, contudo, não se está a tratar das objeções do Finalismo em relação à capacidade ou não de ação dos entes coletivos, visto que a doutrina já evoluiu o bastante para proporcionar novas teorizações quanto à ação. Esta análise propositiva, sim, busca demonstrar que há possibilidade e coerência metodológica de se teorizar a culpabilidade em razão da adoção ou não de medidas de governança corporativa, pautadas em um agir socialmente ético. E, mais além disso, que os alicerces da culpabilidade finalista, podem servir de substrato teórico para esta nova concepção, a fim de conferir critérios claros de imputação dos injustos às pessoas jurídicas.

Tomemos como exemplo três situações em que uma empresa:

(a) De organização administrativa relativamente complexa, possui um programa de compliance devidamente implementado e certificado segundo os melhores padrões de governança corporativa e que, para além disso, realiza treinamentos regulares com seus empregados, bem como adota mecanismos internos de denúncia. Ainda assim, esta empresa é denunciada por crime ambiental cometido no âmbito de sua organização interna. Ainda que não restariam dúvidas quanto ao cometimento do injusto ter resultado de ato de algum de seus agentes (pessoas físicas), seria a empresa passível de culpa, assim entendida em sua dimensão de elemento analítico do crime?

(b) De organização administrativa bastante complexa, possui um programa de compliance, o qual, por não ter bastante claro quais são os métodos de governança corporativa empregados, não se mostra passível de comprovação em sede processual. Ainda assim, esta empresa é denunciada por crime ambiental cometido no âmbito de sua organização interna. Ainda que não restariam dúvidas quanto ao cometimento do injusto ter resultado de ato de algum de seus agentes (pessoas físicas), seria a empresa passível de culpa, assim entendida em sua dimensão de elemento analítico do crime?

(c) De organização administrativa familiar, não possui um programa de compliance, sendo denunciada por crime ambiental cometido no âmbito de sua organização interna. Ainda que não restariam dúvidas quanto ao cometimento do injusto ter resultado de ato de algum de seus agentes (pessoas físicas), seria a empresa passível de culpa, assim entendida em sua dimensão de elemento analítico do crime?

Analisemos, pois, os casos acima exemplificados.

No caso (a), a empresa demonstra capacidade de culpa, isto é, imputabilidade, pois desfruta de uma organização interna relativamente complexa, sendo-lhe exigível a atuação em conformidade com o direito e os princípios de boa governança corporativa. Ademais, dado o seu estágio de organização administrativa, bem como de ter ela implementado um regular programa de compliance, revela-se que ela poderia conhecer, ainda que potencialmente, da ilicitude da conduta de seu preposto, responsável pelo injusto ambiental, através da efetividade de seu mecanismo de denúncias internas. Todavia, a imputação esbarraria no terceiro elemento da culpabilidade, ou seja, na exigibilidade de comportamento diverso. Isso, pois, o comportamento corporativo da pessoa jurídica mostrou-se em plena sintonia com os mandamentos legais - afinal, seu programa de compliance estava devidamente implantado e gerido, seus recursos humanos estavam sendo treinados, e havia um canal bem estruturado de denúncias -, sendo o resultado lesivo atribuível tão somente à uma conduta isolada, de um de seus empregados. Portanto, para que o resultado lesivo fosse imputado à empresa, requerer-se-ia a comprovação, em sede processual, de que o crime ocorreria ainda que o canal de denúncias se mostrasse efetivo neste caso. Do contrário, não haveria como imputar o resultado à pessoa jurídica. Conclui-se, neste caso, que a adoção de um programa efetivo de compliance serviria como um eximente, isto é, como um exculpante de responsabilidade penal à empresa.

No caso (b), a situação seria completamente diferente. A empresa, dada a sua organização interna ser bastante complexa, como é o caso de uma S.A, por exemplo, seria inegavelmente imputável. Afinal, seria absolutamente razoável exigir-se dela a atuação conforme o direito e os princípios de boa governança corporativa. Nesse sentido, ela inclusive o faz, todavia, apenas parcialmente. Assim, por não ser possível de comprovação, em sede processual, da efetividade de seu programa de compliance, a empresa de grande estrutura administrativa mostra-se diante de um agir socialmente reprovável, pois era plenamente exigível que, em sede de cumprimento da legislação ambiental - de forma preventiva, repressiva e em relação ao canal de denúncias -, a empresa agisse de modo diverso, isto é, em conformidade com as normativas constitucionais, legais e infralegais em matéria ambiental. Ademais, por não ter conseguido comprovar, em juízo, que seu programa de compliance tinha reais capacidades de prevenir e/ou mesmo reprimir a prática do crime ambiental, por parte de seu preposto, pode-se concluir pela procedência da imputação do injusto em seu nome.

No caso (c), de plano, pode-se afirmar que a empresa familiar seria inimputável, pois sua estrutura administrativa se revelaria deveras simples, quando muito composta por membros do grupo familiar. Neste caso, as formas clássicas de imputação individual já se revelariam de todo suficientes, de forma a responsabilizar as pessoas físicas, dado que não se mostrariam óbices muito maiores em relação à identificação da autoria, em suas diversas formas, do crime ambiental.

Em vias de conclusão parcial, pode-se dizer que os exemplos acima descritos serviriam para demonstrar que não haveria uma completa incompatibilidade de um modelo de autorresponsabilidade de imputação de injustos à pessoa jurídica, que se fundasse em uma concepção puramente normativa de culpabilidade, como é o caso da teorização finalista. Registre-se, mais uma vez, que a forma de se reprovar o agir socialmente danoso próprio da culpabilidade finalista - isto é, aquela fundada na tricotomia: (i) imputabilidade; (ii) potencial consciência da ilicitude; (iii) exigibilidade de comportamento diverso -, poderia servir para a construção, no Direito Penal brasileiro, de um modelo de imputação de crimes à empresa que se revelasse, simultaneamente, preocupado com os princípios basilares da ciência penal e capaz de conferir efetividade ao mandamento constitucional de criminalização, previsto na Constituição brasileira.

90

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo, buscou-se prestar uma singela contribuição no que diz respeito à responsabilização penal da pessoa jurídica, especialmente sob o prisma da construção de um conceito de culpabilidade empresarial. Para tanto, partiu-se da problemática já bastante difundida da “irresponsabilidade organizada” e a consequente dificuldade de se imputar a autoria dos injustos às pessoas naturais através das formas clássicas/individuais de imputação. Tal dificuldade exigiria, em nome da potencialidade de rendimento da teoria do delito, uma responsabilização do ente coletivo.

Em assim sendo, vislumbrou-se um potencial rendimento teórico do paradigma da autorregulação, através da difusão de uma cultura de cidadania corporativa, a qual através da implementação dos mecanismos de *compliance*, poderá vir a ser útil na construção de uma reprovação normativa do agir socialmente danoso das empresas. De forma bastante resumida:

a não observância de normativas revelaria um descompromisso ético da empresa com a sociedade, justificando a reprovação no plano do dever-ser.

Concluiu-se, pois, que é justamente nesta reprovação normativa do agir socialmente danoso das empresas que se pode pensar a construção de um conceito de culpabilidade empresarial, o qual cumpriria um importante papel político-criminal no âmbito da imensa danosidade social da atividade empresarial que não almeja o cumprimento de suas finalidades sócio-econômicas, sobretudo, de preservação ambiental, como se vislumbra do mandado de criminalização constitucional do direito positivo brasileiro.

Para além disso, buscou-se, no momento derradeiro do estudo, sugerir uma possível adequação deste conceito normativo de culpabilidade empresarial pensado para a reprovação do agir socialmente danoso das empresas, com os alicerces da culpabilidade propostos pela doutrina finalista.

Essa proposta de adequação revela-se, basicamente, por três motivos: (i) o fato de ser o arcabouço teórico do finalismo inegavelmente bastante lapidado, especialmente no que diz respeito aos pilares de sua culpabilidade normativa-pura (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de comportamento diverso); (ii) a partir desta louvável teorização finalista, vislumbrou-se a possibilidade de se teorizar um instituto que, ao mesmo tempo em que faça frente às necessidades político-criminais da contemporaneidade, também proporcione a necessária segurança jurídica, enquanto um dos fins do Direito, bem como garanta os postulados clássicos de racionalização da intervenção penal; e, finalmente (iii) pelo fato de que, na doutrina e jurisprudência brasileiras, haver um histórico acolhimento da teoria finalista.

Um intento dessa magnitude, por certo, não se fará apenas em um singelo trabalho como o presente, cuja brevidade se impõe. Mas, conscientes de que a contribuição de um artigo científico na área da dogmática jurídico-penal é, ao fim, a de propor soluções para problemas reais do cotidiano social, estimulando o debate, a reflexão teórica e a crítica sobre tal, pensamos que nossa pequena contribuição já tenha cumprido, por ora, o seu papel.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Eduardo Lemos Lins de. **Risco, autorregulação e compliance**: bases para um modelo de responsabilização autônoma das pessoas jurídicas no direito penal. 2017. 215f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação, Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017.

BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y derecho penal**. Pamplona: Aranzadi, 2011.

BACIGALUPO SAGESSE, Silvina. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas**: estudio sobre el sujeto del derecho penal. 505 f. Tese (Doutorado em Direito) – Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1997.

BRASIL. **Lei 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 13 fev. 1998.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 5 de out. de 1988.

BRASIL. **STJ. REsp 564.960/SC**. Relator: Ministro Gilson Dipp. Disponível em: <<https://www.pessoasjuridicas.info/stj>>. Acesso em: 19 de fev. de 2023.

BRAITHWAITE, John Bradford. **The new regulatory state and the transformation of criminology**. British Journal of Criminology, n. 40, p. 222-238, 2000.

BRAITHWAITE, John Bradford. **Neoliberalism or regulatory capitalism**. RegNet Occasional Paper, n. 5, p. 1-43, 2005.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2ª Ed. Trad. de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A responsabilidade penal da empresa sob o prisma da culpabilidade. In: **Revista Científica do CPJM/UERJ**. Ano 2020.

DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros. **Direito penal econômico**: a pessoa coletiva como agente de crimes e sujeito de penas. Curitiba: Juruá, 2010.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Autorregulación y Derecho penal de la empresa: una cuestión de responsabilidad individual? In: ARROYO JIMÉNEZ, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. **Autorregulación y sanciones**. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 2015.

GARCÍA CAVERO, Percy. **Criminal Compliance**. Lima: Palestra, 2014.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo; GÓMEZ-JARA

DÍEZ, Carlos. **Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Pamplona: Aranzadi, 2012a.

GRACIA MARTÍN, Luís. La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. In: MIR PUIG, Santiago; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (Coords.).

Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1996.

NIETO MARTÍN, Adán. et al. **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 2ª Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch Brasil, 2019.

NIETO MARTÍN, Adán. et al. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa. **Política criminal**. A3-5, p. 1-18, Nº 5, 2008.

NIETO MARTÍN, Adán. et al. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina. **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013a.

NIETO MARTÍN, Adán. et al. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo**. Madrid: Iustel, 2008b.

SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa**. São Paulo, 2014. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del Derecho penal**. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas Ediciones, 1999.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e Lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Culpabilidade e responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 18, n. 86, 2010, pp. 36-80.

TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. **Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, ano 3, n. 11, julho/setembro 1995, p. 21-35.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. **La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones: supuestos sustantivos y procesales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.



Submissão: 14/11/2023
Aceito para Publicação: 27/12/2024

DOI: 10.22456/2317-8558.135448