

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E INOVAÇÃO

HUGO VIDIGAL FERREIRA NETO

**Os princípios formadores do Direito Penal como critérios mínimos para análise da
limitação da responsabilidade penal da Pessoa Jurídica no Brasil**

Juiz de Fora

2023

HUGO VIDIGAL FERREIRA NETO

**Os princípios formadores do Direito Penal como critérios mínimos para análise da
limitação da responsabilidade penal da Pessoa Jurídica no Brasil**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora para obtenção do título de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito e Inovação.

Área de Concentração: Direitos Humanos, Pessoa e Desenvolvimento

Orientadora: Profa. Dra. Ellen Cristina Carmo Rodrigues Brandão

Juiz de Fora

2023

HUGO VIDIGAL FERREIRA NETO

Os princípios formadores do Direito Penal como critérios mínimos para análise da limitação da responsabilidade penal da Pessoa Jurídica no Brasil

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração:
Direito e Inovação

Aprovada em 27 de julho de 2023.

BANCA EXAMINADORA

Prof.(a) Dr.(a) Ellen Cristina Carmo Rodrigues Brandão - Orientadora e Presidente da banca
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof.(a) Dr.(a) Wagner Silveira Rezende - Membro titular interno
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof.(a) Dr.(a) Rodrigo Iennaco de Moraes - Membro titular externo
Universidade Federal de Minas Gerais

Juiz de Fora, 13/07/2023.



Documento assinado eletronicamente por **Ellen Cristina Carmo Rodrigues Brandao, Professor(a)**, em 31/07/2023, às 13:19, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Rodrigo Iennaco de Moraes, Usuário Externo**, em 31/07/2023, às 15:48, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Wagner Silveira Rezende, Professor(a)**, em 07/08/2023, às 10:53, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no Portal do SEI-Ufjf (www2.ufjf.br/SEI) através do ícone Conferência de Documentos, informando o código verificador **1366452** e o código CRC **B6518A70**.

Dedico este trabalho à minha família que tanto me ajudou e me mostrou que batalhas são para serem vencidas e não lamentadas.

Agradecimentos

O presente trabalho foi resultado de um sonho cultivado em mim desde o início da graduação em Direito, o sonho de seguir a trilha do Direito Penal tanto em um mundo acadêmico quanto prático a fim de me dedicar a esta matéria tão importante. Nesse sentido, apesar do difícil caminho que é para aqueles que seguem as misérias práticas do Direito e Processo penal, há a recompensa da justiça e de fazer a sociedade um lugar melhor. Assim, tenho de agradecer a meu pai que me apoiou em todas as minhas áreas de atuação, acadêmica e prática, que me inspirou e fez de tudo o possível para que eu pudesse chegar aonde estou e consegui trilhando meu caminho.

Nada disso, entretanto, seria possível sem aquela que me ensinou a ler e a escrever e que me incentivou a cada passo em tentar ser melhor a cada dia, minha mãe. A ela, tenho somente agradecimentos, mas, especificamente no ramo acadêmico e jurídico, foi graças a ela que tive acesso a esse mundo repleto de teorias e de discussões que somente se alcança por meio do conhecimento prévio da leitura e das demais matérias de escola que ela tantas e tantas vezes estudava comigo e permanecia a meu lado.

Essa jornada de estudos e trabalho, entretanto, não é nada fácil de se trilhar sozinha, motivo pelo qual a pessoa especial em sua vida é seu ponto de apoio e sua fonte de energia e felicidade para seguir em frente, mesmo diante de tantas provações diárias. Por isso, desde o início da graduação em Direito fui abençoado por encontrar minha namorada, que não somente me deu apoio como me levantou e me manteve no caminho tantas e tantas vezes que queria somente desistir e deixar de seguir em frente. A ela, gratidão e amor incondicional.

Também tenho de agradecer meus sogros que sempre que precisei estiveram do meu lado e me ajudaram sem pestanejar. São pessoas que fazem parte da família que escolhemos ter e que, muitas vezes, são muito mais presentes daquela que somos forçosamente dados.

Por fim, como não podia deixar de ser, agradeço a todos meus professores da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, onde entrei nesse mundo maravilhoso e complicado que é o Direito. Tenho que dirigir meus agradecimentos especiais àqueles que me ensinaram as matérias voltadas ao Direito Penal, pois foram eles que despertaram a verdadeira paixão nos estudos. Especificamente à minha orientadora Ellen, agradeço pelas aulas na graduação, no mestrado e pela paciência que ela teve com este aluno tão afobado.

“Considerar o homem como uma coisa: pode-se ter uma forma mais expressiva de incivilidade?”

(Francesco Carnelutti em As misérias do Processo Penal)

Resumo

FERREIRA NETO, Hugo Vidigal. **Os princípios formadores do Direito Penal como critérios mínimos para análise da limitação da responsabilidade penal da Pessoa Jurídica no Brasil**. 2023. 138 f. Dissertação de Mestrado em Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2023.

O presente trabalho propõe reflexões sobre a compatibilidade entre a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica e os princípios formadores do Direito Penal tendentes à limitação do poder punitivo estatal. Nesse sentido, o trabalho tem como objetivo geral analisar quais princípios caracterizam o núcleo duro e reitor do Direito Penal na Modernidade e quais seus desdobramentos na contemporaneidade. Ademais, investiga-se se, e como, a análise sobre a responsabilidade dos entes coletivos observa tais princípios. Além disso, como objetivos específicos, o estudo aponta possíveis ilegitimidades quanto à responsabilização penal das Pessoas Jurídicas e apresenta traços mínimos para uma teoria da responsabilidade penal de tais entes consentâneos com o Direito Penal. Para tanto, utilizar-se-á um aporte orientado para a proteção dos Direitos Humanos e Fundamentais das pessoas e, com isso, delimitar-se os objetivos do Direito Penal na seara de proteção destes Direitos. Do ponto de vista metodológico, o estudo consiste em pesquisas precipuamente bibliográficas, privilegiando o método dedutivo e a análise jurisprudencial. Inicialmente, foram analisados os princípios reitores do Direito Penal e o que caracteriza o chamado Direito Penal mínimo. Em seguida, analisou-se a dita expansão do Direito Penal na atualidade e seus impactos quanto à responsabilização das Pessoas Jurídicas. Entrementes, o estudo destaca impactos de acerca do referido fenômeno frente ao chamado Direito Penal de Empresa. Finalmente, são analisadas as diferentes teorias sobre a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica e sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio, de modo a contribuir para o debate acerca da necessidade de fixação de critérios mínimos para a responsabilização penal da Pessoa Jurídica à luz dos princípios formadores do Direito Penal no Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Direito Penal. Princípios. Pessoa Jurídica. Responsabilidade. Direitos Humanos.

Abstract

FERREIRA NETO, Hugo Vidigal. **The forming principles of Criminal Law as minimum criteria for analyzing the limitation of criminal liability of Legal Entities in Brazil.** 2023. 138 f. Dissertação de Mestrado em Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2023.

The present work proposes reflections on the compatibility between the criminal liability of the Legal Entity and the formative principles of Criminal Law tending to limit the State's punitive power. In this sense, the work has the general objective of analyzing which principles characterize the hard core and rector of Criminal Law in Modernity and what its developments in contemporaneity. Furthermore, it investigates whether, and how, the analysis of the responsibility of collective entities observes these principles. In addition, as specific objectives, the study points out possible illegitimacies regarding the criminal liability of Legal Entities and presents minimal features for a theory of criminal liability of such entities in line with Criminal Law. To do so, a contribution will be used aimed at protecting people's Human and Fundamental Rights and, with that, delimiting the objectives of Criminal Law in the area of protection of these Rights. From the methodological point of view, the study consists primarily of bibliographical research, favoring the deductive method and jurisprudential analysis. Initially, the guiding principles of Criminal Law and what characterizes the so-called Minimum Criminal Law were analyzed. Then, the so-called expansion of Criminal Law today and its impacts on the accountability of Legal Entities were analyzed. Meanwhile, the study highlights the impacts of this phenomenon on the so-called Corporate Criminal Law. Finally, the different theories on the criminal liability of the Legal Entity and its application in the national legal system are analyzed, in order to contribute to the debate about the need to establish minimum criteria for the criminal liability of the Legal Entity in the light of the principles that form the Criminal Law in the Democratic State of Law.

Keywords: Criminal Law. Principles. Legal person. Responsibility. Human rights.

Sumário

1	Introdução.....	11
2	O Direito Penal na ordem jurídica dos Direitos Humanos Fundamentais: funções, minimalismo e principiologia	17
2.1	<i>O paradoxo do Direito Penal: a limitação ao poder e a proteção de bens jurídicos.</i>	28
2.2	<i>A Política Criminal e o Direito Penal mínimo.....</i>	33
2.3	<i>O que caracteriza o Direito Penal mínimo: os princípios penais no Estado Democrático de Direito.....</i>	35
2.3.1	Os princípios formadores do Direito Penal	37
2.3.2	Os princípios de modulação do Direito Penal	40
2.3.3	Os princípios de cominação e aplicação das sanções penais.....	42
3	A expansão do Direito Penal na pós-modernidade	45
3.1	<i>Devem os riscos da sociedade pós-moderna serem tratados pelo Direito Penal?</i>	50
3.1.1	O modelo de Direito de Intervenção proposto por Hassemer	54
3.1.2	O modelo de velocidades do Direito Penal proposto por Silva Sánchez.....	58
3.1.3	Tomada de posição quanto a expansão do Direito Penal no Brasil.....	60
3.2	<i>O Direito Penal da Empresa no cenário de expansão punitiva característico das sociedades contemporâneas.....</i>	64
4	A responsabilidade penal da Pessoa Jurídica e as funções do Direito Penal.....	68
4.1	<i>A responsabilidade penal da Pessoa Jurídica e as funções do Direito Penal.....</i>	73
4.2	<i>As formulações teóricas sobre a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica</i>	77
4.2.1	A incompatibilidade entre a teoria clássica do delito e a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica	77
4.2.2	A heteroresponsabilidade penal da Pessoa Jurídica	80
4.2.3	As teorias da autorresponsabilidade da Pessoa Jurídica	84
5	Aferição do modelo de responsabilidade penal da Pessoa Jurídica no ordenamento jurídico brasileiro frente aos princípios formadores do Direito Penal (legalidade, culpabilidade, lesividade e intervenção mínima)	99
5.1	<i>A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça sobre a Responsabilidade Penal da Pessoas Jurídica.....</i>	103

5.2	<i>Crerios m3nimos para que se possa considerar compat3vel a responsabiliza3o penal da Pessoa Jur3dica e o os princ3pios formadores do Direito Penal no Estado Democr3tico de Direito.....</i>	112
6	Conclus3o	118
	Refer3ncias	123

1 Introdução

O ramo empresarial, muitas vezes movido pela prossecução de finalidades econômicas, é um centro de tensões sociais, econômicas, políticas e jurídicas. A empresa, enquanto atividade que busca produzir e fazer circular bens e serviços, torna-se cada vez mais importante no cenário socioeconômico atual, sobretudo quando corporações transnacionais estão se espalhando por todo o globo.

Por um lado, a empresa possui função social e potencialidade de gerar empregos e, inclusive, nos modelos de *stake holders*, uma distribuição de renda para os colaboradores e valorização do emprego. Por outro lado, no entanto, essas corporações se firmaram por meio de produções desenfreadas de tecnologias sem o devido cuidado científico, explorações ambientais e impactos nas economias de diversos países.

A título de exemplificação, pode se remontar ao que ocorreu nos Estados Unidos, em 1929: a crise do mercado imobiliário e o crash da bolsa implicaram em bancarrotas e derrocadas de economias por todo o mundo, o que afetou profundamente os direitos sociais que deveriam ser garantidos pelos Estados. Quando a análise se volta a acontecimentos mais recentes, preocupantes também são os episódios que ocorreram no Brasil com os rompimentos das barragens das cidades de Mariana e Brumadinho no Estado de Minas Gerais, nos anos de 2015 e 2019, respectivamente. Tanto no rompimento da barragem de Mariana quanto de Brumadinho ocorreram danos ambientais imensuráveis, mas, além disso, pessoas tiveram sua integridade física, sua vida e seu patrimônio lesados, tudo por conta da inobservância de regras técnicas e científicas sobre o desenvolvimento da atividade.

Ante o problema de dano ou perigo de dano a bens jurídicos fundamentais, é dever do Estado intervir, regulando, prevenindo e punindo os riscos criados com o intuito de salvaguardar a dignidade da pessoa humana, os Direitos Humanos Fundamentais (tais como vida, segurança e o meio ambiente ecologicamente equilibrado), que funcionam como mandamentos de proteção e determinam o dever do Estado de resguardá-los.

Dentre as diversas proposições jurídicas e legislativas para o desenvolvimento dessa função de proteção a bens jurídicos e controle dos riscos da atividade empresária, são encontradas as de viés criminal. O legislador, por vezes, lança mão da função preventiva e repressiva do Direito Penal e, com isso, tipifica condutas corporativas que atentem contra a ordem financeira, econômica e ambiental.

Ocorre, então, o que Jesus Maria SILVA-SANCHEZ (2001) chamada de expansão do Direito Penal na sociedade pós-industrial, fenômeno justificado, a princípio, por tutelar novos

bens-jurídicos, dar nova importância àqueles já existentes e reconhecer novos riscos na sociedade atual. Esse fenômeno acaba não só por expandir o Direito Penal, criando e/ou agravando crimes, mas, também, flexibilizando algumas garantias em troca da substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito para, assim, tutelar de forma, supostamente, mais eficaz os bens jurídicos por meio dos estatutos repressivos previstos pelas leis de natureza penal.

Dentre as condutas tipificadas nessa expansão penal, estão aquelas cometidas por meio de Pessoas Jurídicas, dentro do que vem sendo chamado de “Direito Penal da Empresa”, ramo do Direito Penal Econômico que busca prevenir as infrações penais cometidas por meio de empresas que atingem bens jurídicos externos a ela.

Tais condutas são encaradas pela perspectiva de que a Pessoa Jurídica é um agente econômico que, ao realizar sua finalidade de bens e serviços, pode atingir bens de natureza difusa e econômico-social, como o labor, o consumidor, o mercado imobiliário e o meio ambiente. Busca-se, em tese, colocar freios à produção capitalista lesiva que assola a sociedade liquefeita do risco pelas vias do Direito Penal.

Especificamente, no âmbito desse “novo” Direito Penal, surge a chamada técnica de imputação de crimes às próprias Pessoas Jurídicas, tema central desta pesquisa. A incriminação desses entes almeja resolver dificuldades de imputação delitiva e de uma (falsa) impunidade individual por meio de flexibilizações das clássicas estruturas da teoria do delito, buscando atender a reclames de punição corporativa na esteira do que se chama de crimes de colarinho branco¹.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 adotou explicitamente a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica em seu artigo 225, §3º, sendo que a Lei 9.605 de 1998 regulamentou esta responsabilidade para a criminalidade ambiental em seu artigo 3º. Desde então, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça analisam o tema, tendo elas, recentemente, decidido pela possibilidade de responsabilização autônoma da Pessoa Jurídica.

Entretanto, mesmo em face desses novos riscos e danos a bens-jurídicos, o Direito Penal possui um núcleo essencial, composto por princípios fundamentais, que não pode ser reduzido ou escamoteado. Apesar de se flexibilizar alguns postulados iluministas com a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica, como o *societas delinquere non potest*, a racionalidade de contenção do Direito Penal deve estar presente em seu núcleo que servirá como baliza para que uma

¹ Os crimes de colarinho branco são aqueles cometidos por uma pessoa com status socioeconômico elevado no exercício de suas profissões (VIANA, 2019).

eventual expansão punitiva seja considerada válida ou não. Portanto, no que diz respeito à responsabilidade penal da Pessoa Jurídica, os princípios fundamentais do Direito Penal devem ser utilizados como baliza para avaliar se é legítima ou não a maneira como ocorre no Brasil.

Assim, a presente pesquisa científica se justificou na necessidade de se analisar a compatibilidade (ou a incompatibilidade) do atual estado da arte da responsabilidade penal da Pessoa Jurídica no Brasil com os princípios fundamentais do Direito Penal que, por serem o núcleo irreduzível deste ramo do Direito, devem ser os parâmetros básicos para quaisquer atuações do Direito Penal. Portanto, a pesquisa apresentou como questão problema a seguinte indagação: o atual modelo de responsabilidade penal da Pessoa Jurídica no Brasil é compatível com os princípios formadores do Direito Penal?

O presente estudo objetivou traçar quais são os princípios fundamentais e intangíveis do Direito Penal, enquanto mínimo inarredável de racionalidade, para, a partir deles, analisar se a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica no Brasil, em seu atual estado da arte, está compatível com eles. Portanto, o objetivo geral foi analisar quais são os princípios do Direito Penal que o caracterizam como mínimo e se a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica a eles obedece.

Assim, dois objetivos específicos foram buscados: a) denunciar possíveis ilegitimidades e apontar como a legislação e a jurisprudência pátria trata de maneira rasa e acrítica o tema, de maneira que a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica é tratada de modo contrário ao mínimo irreduzível do Direito Penal; b) apresentar os traços mínimos para que uma teoria da responsabilidade penal da Pessoa Jurídica possa ser considerada compatível com os princípios mínimos do ponto de vista jurídico-penal.

Para realizar dita empreitada o presente estudo, quanto à abordagem, se valeu do método dedutivo. Ou seja, quanto a linha de raciocínio, alguns argumentos gerais foram analisados para, em seguida, serem extraídas, com base em uma relação lógica, conclusões formais. Logo, o presente trabalho, de uma maneira geral, fundamentou-se em um silogismo em que a partir de uma premissa maior e de uma premissa menor se chegará a um resultado (MEZZARROBA e MONTEIRO, 2014).

Portanto, a forma de organização do raciocínio que foi empregada na presente pesquisa científica parte de argumentos gerais a respeito das funções e princípios básicos do Direito Penal, bem como da responsabilidade penal da Pessoa Jurídica (premissas gerais). Em seguida, o atual estado da arte da responsabilidade penal da Pessoa Jurídica no Brasil (premissa menor) foi colocado em confronto com os fundamentos básicos do Direito Penal para, a partir daí, serem extraídas as conclusões formais e lógicas sobre a compatibilidade ou incompatibilidade

da forma de responsabilização criminal dos entes coletivos com os princípios básicos do Direito Penal.

Com a finalidade de realizar a pesquisa, foi ela dividida em quatro capítulos para além da introdução e conclusão. O primeiro capítulo tratou sobre o Direito Penal em uma ordem jurídica que possui como fundamento os Direitos Humanos Fundamentais. Para isso, foram analisados a evolução histórica, as funções do Direito Penal e seus princípios básicos e essenciais.

Neste primeiro capítulo, quanto ao procedimento, foi utilizada uma abordagem histórica, pois se investigou acontecimentos, processos e instituições do passado com o fito de descobrir seus impactos no atual do Direito Penal (FINCATO E GILLET, 2018). Com isso, o percurso histórico desde antes da revolução francesa até a recente internacionalização dos Direitos Humanos foi estudado com a finalidade de demonstrar que as funções do Direito Penal são essencialmente duas: frear o poder punitivo do Estado e proteger os bens jurídicos das pessoas contra-ataques de terceiros.

No segundo capítulo foi abordado o tema da expansão do Direito Penal, sobretudo no que diz respeito à sociedade do risco e à inovação que fazem com que este ramo do Direito enfrente uma crise de expansionismo versus minimalismo. Nesse ponto duas abordagens específicas sobre o tema foram colocadas em perspectiva: os modelos do direito de intervenção e de velocidades do Direito Penal para, ao fim, tomar uma posição sobre o assunto e demonstrar sua relação com o Direito Penal da Empresa.

O método de procedimento nesta parte foi tanto monográfico quanto tipológico. Monográfico pelo fato de terem sido estudados tanto o fenômeno da expansão do Direito Penal quanto o de como as inovações e o risco da sociedade pós-industrial fizeram com que essa expansão ocorresse, buscando-se, assim, obter generalizações sobre o atual panorama deste ramo do Direito. É também tipológico, pois foram analisados tipos ideais, ou seja, modelos teóricos abstratos e conceituais que, dificilmente, existiriam integralmente na realidade (WEBER, 1979). Esses tipos ideais foram criados a partir do fenômeno da expansão do Direito Penal, a saber, o Direito de Intervenção e as velocidades do Direito Penal (FINCATO E GILLET, 2018).

Em seguida, no terceiro capítulo, a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica em face das funções do Direito Penal foi abordada. Dois aspectos da responsabilidade penal desses entes foram aqui estudados: a incompatibilidade entre a teoria clássica do delito e a responsabilização penal da Pessoa Jurídica; e os modelos responsabilização desses entes. Procedimentalmente o capítulo pode ser visto como tipológico, pois comparou os modelos e tipos ideais (entendidos

no mesmo sentido anterior, conforme WEBER, 1979) da responsabilidade penal da Pessoa Jurídica, fenômeno social complexo que carece de uma análise jurídica detida (FINCATO e GILLET, 2018).

Por fim, analisadas as proposições teóricas acima, chegou-se ao último capítulo em que se aferiu a compatibilidade, ou não, do modelo de responsabilidade penal da Pessoa Jurídica no ordenamento jurídico brasileiro com os princípios formadores do Direito Penal. Para tanto, subdividiu-se o capítulo em três partes: a análise da previsão constitucional e legal da responsabilidade penal da Pessoa Jurídica e a análise abstrata da compatibilidade ou incompatibilidade com os princípios formadores do Direito Penal; a análise das jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, fazendo-se uma análise concreta sobre eventual compatibilidade com os princípios formadores do Direito Penal; e, por fim, critérios mínimos para que uma responsabilidade penal da Pessoa Jurídica seja compatível com os princípios fundamentais do Direito Penal.

O capítulo teve, por escopo, estudar especificamente o instituto da responsabilidade penal da Pessoa Jurídica no Brasil por meio de estudo da lei e da jurisprudência. Especificamente no que diz respeito ao estudo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, foram analisados julgados entre o período de 1998 até 2022 que fizeram menção à responsabilidade penal da Pessoa Jurídica. Fez-se o presente recorte por duas justificativas: *a)* os tribunais escolhidos, a saber, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça são responsáveis, respectivamente, por uniformizar os entendimentos judiciais sobre matéria constitucional e legal; *b)* o recorte temporal a partir de 1998 se deu por conta de a lei 9.605, que tratou sobre a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica, ter entrado em vigor neste ano e, portanto, somente a partir dessa data existe, no Brasil, uma regulamentação legislativa da matéria.

O acesso aos julgados foi realizado por meio de acesso aos sítios eletrônicos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça² em que foi realizada pesquisa na parte de jurisprudência com o parâmetro “responsabilidade penal da Pessoa Jurídica” e filtro temporal de 1998 até 2022.

Uma vez realizada a análise constitucional, legal e jurisprudencial no Brasil, o atual estado da arte da responsabilidade penal da Pessoa Jurídica foi questionada a (in)compatibilidade do tratamento brasileiro com os princípios do direito penal mínimo para, enfim, apresentar uma proposta de bases mínimas para a dita compatibilidade.

² “<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>” e <https://scon.stj.jus.br/SCON/>.

Diante dessa apresentação, a presente pesquisa pode ser considerada, quanto sua natureza, como teórica e qualitativa, pois foi realizada, sobretudo, por meio de estudo bibliográfico e de revisão de literatura, bem como não mediu dados, mas sim identifica a natureza do problema em questão (FINCATO E GILLET, 2018).

Por fim, quanto ao objeto, a pesquisa é eminentemente bibliográfica, haja vista terem sido pesquisadas posições acerca do problema da responsabilidade penal da Pessoa Jurídica em materiais já previamente elaborados em livros e artigos. Houve, entretanto, no terceiro capítulo, a utilização de estudos de casos afim conhecer as posições do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça a respeito da responsabilidade penal da Pessoa Jurídica (FINCATO E GILLET, 2018).

Cumprando observar, derradeiramente, que a finalidade do presente trabalho não foi a de esgotar o tema da responsabilidade penal da Pessoa Jurídica, mas sim de contribuir com novas categorias de pensamento sobre o mesmo, especificamente no que diz respeito à compatibilidade ou não da responsabilidade penal desses entes com os princípios formadores do Direito Penal.

2 O Direito Penal na ordem jurídica dos Direitos Humanos Fundamentais: funções, minimalismo e principiologia

Ao se tratar de qualquer área do Direito, deve-se buscar entender qual é o pilar que fundamenta a possibilidade de o povo, por meio de um ente político-jurídico, denominado de Estado, deliberar sobre determinado tema, formalizá-lo e torná-lo obrigatório para todos, pois somente a partir dessa indagação é que se pode buscar a racionalidade que legitima a limitação da liberdade de cada indivíduo em prol da coletividade.

Nesse questionamento inicial já estão presentes algumas ideias importantes para que essa atividade seja legítima: a democracia, a representatividade popular, a necessidade de um ato jurídico formal para impor obrigações, a necessidade de formalização do ato para que os demais possam conhecer essa determinação etc. Entretanto, essas características somente dizem *como* deve ser realizado o processo de edição de atos normativos que permitem que o Estado realize um controle social sobre as pessoas (físicas e jurídicas), mas não informa ainda o *porquê* assim deve fazer.

A razão está na busca, pelas pessoas, de garantia de condições de vidas dignas e da proteção de seus bens jurídicos, pois, para que isso possa ocorrer, as pessoas, comunidades e povos possuem um sentimento de necessidade de instituições jurídicas para que sejam a elas garantidas essas condições (JHERING, 2017).

As próprias instituições jurídicas são criadas como reação social a ataques aos direitos das pessoas que põem em xeque sua vida, de modo que

[A] mesma suscetibilidade que manifestam as diversas classes relativamente à lesão de todas as instituições que constituem fundamentalmente a base da sua existência observa-se igualmente entre os diversos Estados em relação às instituições em que se manifesta realizado o princípio particular da sua vida (JHERING, 2017, p. 34).

Assim, em uma resposta inicial, o motivo de se criar normas jurídicas que limitam a liberdade das pessoas é a ideia de garantir a vida e as condições dignas de viver das pessoas, grupos e povos que estão em determinado território dotado de jurisdição. A suscetibilidade do ser humano à obediência a comandos gerais e abstratos reside nessa certeza de que sua integridade será garantida, o que fica ainda mais claro quando se discute o Direito Penal.

Entretanto, a ideia de vida digna é demasiadamente aberta, carecendo de densificação, o que, sem dúvida, varia com o tempo, carreando a necessidade de uma análise histórica, sobretudo quando se debate o Direito Penal, pois cada época traz em seu bojo diferentes respostas à questão do que legitima a intervenção mais contundente do Estado na esfera de liberdade de alguém.

Neste sentido, apesar da advertência de FREITAS (2012)³ de o uso da história do Direito Penal ser arbitrário, o Direito Penal é entendido, no presente trabalho e como qualquer ramo jurídico, como um todo evolutivo e as ideias de cada era são frutos de seu tempo e de seus acontecimentos, motivo pelo qual, uma breve passagem, serve como possibilidade de exposição do ponto que será defendido, a saber: o Direito Penal deve ter como escopo a proteção e garantia dos Direitos Humanos Fundamentais.

Entretanto, antes de entrar na análise histórica propriamente dita, cumpre definir o que se entende por Direitos Humanos Fundamentais e o porquê de se utilizar esta expressão e não outras. Seguindo MAZZUOLI (2021), pode-se entender que há, em sentido amplo, três conceitos que, embora ligados, diferenciam-se: direitos humanos, direitos fundamentais e direitos do homem.

A ideia de Direitos do Homem remete a uma concepção jusnaturalista de direito, remetendo àqueles direitos que seriam inatos ao ser humano por conta de um viés teológico ou da simples razão. Nada obstante, a ideia jusnaturalista está, atualmente, defasada, pois o que garante os direitos às pessoas é sua condição de pessoa e não sua semelhança a algum Deus ou a uma razão intrínseca; além disso, o vocábulo “homem” ainda traz uma ideia patriarcal e machista, que não merece lograr êxito atualmente. Por isso, não se utiliza, no presente trabalho, deste termo (MAZZUOLI, 2021).

O conceito de Direitos Humanos, por sua vez, ganhou certa tecnicidade no campo do Direito, pois é visto, comumente, como aquele conjunto de direitos previstos na ordem internacional e que buscam proteger a pessoa humana. Apesar de ser um conceito que poderia ser interpretado de maneira mais elástica, sua relação à ordem internacional não pode ser negada e, para fugir de confusões terminológicas, bem como não se limitar a direitos previstos internacionalmente, prefere-se não utilizar o termo (MAZZUOLI, 2021).

Já a expressão “Direitos Fundamentais”, tão em voga, também ganhou um prisma conceitual carregado de tecnicismo e conteúdo que se aloca de maneira singular na gramática jurídica. Assim, os Direitos Fundamentais são aqueles essenciais à pessoa humana, mas positivados na ordem nacional de um país, normalmente em sua Constituição. Da mesma forma que não se utiliza direitos humanos, valer-se da expressão direitos fundamentais poderia tanto limitar o conteúdo que se busca abordar quanto, possivelmente, trazer confusões terminológicas (MAZZUOLI, 2021).

³ A crítica do autor é no sentido de que, por vezes, a história do Direito Penal e as linhas sobre ele percorridas funcionam “como verdadeiros ‘narizes de cera’ dedicados à descrição excessivamente resumida de determinados aspectos particulares selecionados da legislação histórica, boa parte das vezes arbitrariamente” (FREITAS, 2012, p. 460).

Diante disso, a fim de se esquivar dos problemas acima e evitar reducionismos, opta-se pela expressão Direitos Humanos Fundamentais para se referir àqueles direitos que são inatos ao ser humano, previstos nacional ou internacionalmente, e que devem ser protegidos. O fundamento deles, ao menos no que aqui se entende, não é de viés teológico ou puramente racional, mas sim da dignidade da pessoa humana, aproximando muito de uma vertente kantiana de pessoa dotada de dignidade e não de mero valor (KANT, 2017).

Assim, os Direitos Humanos Fundamentais existem para tutelar a pessoa enquanto fim em si mesmo e não mero instrumento para os demais e, portanto, a dignidade da pessoa humana é tanto seu fulcro quanto seu escopo. Nada obstante, não se pode esquecer que esses direitos não são apolíticos ou alheios às práticas econômicas, mas, ao contrário, são consequências de uma luta pela dignidade humana, constituindo a afirmação do ser humano para ter garantido seus desejos e necessidades nos contextos vitais em que está situado (FLORES, 2009).

Na esteira de FLORES (2009), a ideia de Direitos Humanos Fundamentais não pode se contentar tão somente com a lógica de direito a ter direitos, mas antes faz pressupor que devem ser garantidas as capacidades e condições adequadas para que possam ser exercidos. Como diz o autor: “Os direitos humanos [tratados na presente dissertação como Direitos Humanos Fundamentais] são processos; ou seja, o resultado sempre provisório das lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens necessários para a vida” (FLORES, 2009, p. 28).

Em síntese, entende-se Direitos Humanos Fundamentais como aqueles aptos a garantir a dignidade da pessoa humana e conquistados após lutas para acesso aos bens necessários para a vida digna, ou seja, aquela em que o ser humano é um fim em si mesmo e não uma instrumentalização para os outros.

A partir dessa ideia, é possível perceber que o percurso histórico do Direito Penal demonstra as lutas da humanidade para que sejam garantidas condições básicas de respeito à dignidade humana tanto pelo Estado, em um primeiro momento, como quanto por particulares, posteriormente. Assim, o percurso histórico do Direito Penal é analisado, brevemente, para demonstrar a razão de se afirmar que a densificação da ideia de vida digna deve ser lida como proteção dos Direitos Humanos Fundamentais e o porquê de o escopo deste ramo jurídico ser a sua proteção.

Em épocas mais remotas da história humana, marcadas pela aliança entre Estado e religião, as leis eram consideradas como ordens divinas na terra, sendo que sua violação era uma violação à própria divindade. Assim, a punição do infrator era nesse aspecto, um desagravo

à divindade lesada, sendo patente a desproporção entre os atos e as penas, haja vista, exemplificativamente, que estas poderiam ser, inclusive, capitais (BITENCOURT, 2017).

Com o passar do tempo, a fim de se evitar a desproporção entre a infração e a pena, bem como a dizimação de tribos inteiras, começou-se a buscar meios para limitar a imposição de sanções, até que, no século XXIII a.c., por meio do Código de Hamurabi, foi adotada a lei de talião adotada no Código de Hamurabi: olho por olho, dente por dente (NORONHA, 2003).

Inaugurou-se aqui a ideia de vingança privada e uma suposta igualdade entre o agressor e a vítima. Entretanto, essa igualdade não era nada além de formal e aparente, pois permitiam, em alguns casos, a ocorrência lesões corporais graves. Entretanto, mesmo que, atualmente, sejam consideradas cruéis, representaram, aqui, uma das primeiras limitações ao poder de punir (BITENCOURT, 2017).

Posteriormente, por volta de dois a três séculos antes de Cristo, o Estado se firmou enquanto entidade que devia guiar e organizar a vida social, e, por isso, tomou para si o poder de punir, personificando a ideia de vingança pública. No primeiro momento, entretanto, o Estado, enquanto se confundia com o soberano, detinha o monopólio da força para a proteção do príncipe e possuía poderes quase que absolutos. Nesse período as penas eram desproporcionais, cruéis e severas, com a finalidade pura de garantir a segurança do soberano (BITENCOURT, 2017).

É a partir do século XIV, e com maior intensidade no século XVI, que o Estado Absolutista começou a entrar em crise e a Igreja e Estado começaram a se distanciar. Nesse processo de secularização, as ideias liberais fizeram com que o senso comum e a vida cotidiana passassem a ser regidas por uma lógica mais racional e menos presa à religião (RODRIGUES, 2015).

Sobretudo no século XVIII, com inspirações nas ideias ilustradas⁴, a sociedade começou a se organizar a partir da lógica liberal e contratualista, sendo o povo compreendido como titular do Poder Estatal e, conseqüentemente, do Poder Constituinte Originário. Dentre os reclames que marcaram esse período de transição e queda do Antigo Regime, estava a necessidade de mudanças do fundo teórico e operacional do Direito punitivo, de modo que se reclamava uma maior racionalidade às penas e aos procedimentos penais (BECCARIA, 2015).

⁴ As ideias do século XVIII que pregavam o rechaço à tirania e à superstição, valorizando a racionalidade humana como a melhor escolha para guiar o ser humano a seu futuro, de maneira que, assim, houve uma revalorização da própria pessoa (SILVA, 2018)

No decorrer do século XVIII as ideias contratualistas⁵ passaram a dar a tônica do modelo de governamentalidade. Com isso, a função das leis passou a ser vista como a defesa da coexistência de interesses individualizados que são o limite lógico do sacrifício, pelo particular, de sua liberdade individual. Assim, a tese de contrato social marca a ideia de que a pessoa renuncia parcela de sua liberdade tão somente para que possa coexistir com o outro, mas não para que possa sofrer desmesuradamente.

“[O] contrato social passou a representar a metáfora através da qual se ajustam as necessidades e os desejos de regular as relações sociais e políticas por um instrumento racional e previsível” (RODRIGUES, 2015, p. 313 e 314). Essa ideia foi bem apresentada por Cesare BECCARIA (2015, p. 16), quando tratou, de maneira alegórica, do fundamento da punição estatal:

Cansados de só viver num contínuo de guerra e de encontrar inimigos por toda parte, cansados de uma liberdade tornada inútil por causa da incerteza de sua conservação, sacrificaram uma parte dela para gozar do resto com mais segurança. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, constitui a soberania de uma nação; e aquele que foi encarregado pelas leis do depósito das liberdades e dos cuidados da administração foi proclamado o soberano do povo.

Mas era insuficiente, porém, a formação desse depósito; era preciso protegê-lo contra as usurpações privadas de cada homem em particular, pois tal é a tendência do homem para o despotismo, que ele procura, sem cessar, não só retirar da massa comum sua porção de liberdade, mas ainda usurpar a dos outros.

Calcadas na noção de racionalidade, as ideias iluministas e a política liberal foram de encontro ao poder ilimitado dos soberanos. Nesse panorama houve uma verdadeira guinada contra aqueles que recorressem ao medo e à força para submeter a vontade dos outros, principalmente da *burguesia* (RODRIGES, 2015).

Nessa efervescência emergiu, em 1789, na França, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão que funcionou como renovação do pacto social e meio de instrução às pessoas de seus direitos fundamentais. A Declaração prescreve, para além dos Direitos Políticos, os Direitos de Liberdade, como a segurança, a liberdade de locomoção, a liberdade de opinião, a presunção de inocência, o princípio da legalidade e a garantia de resistir à opressão (FERREIRA FILHO, 2016).

Destarte, as desconfianças por parte de diversos setores da sociedade em relação às limitações impostas ao Estado foram determinantes para a inclusão, na Declaração Francesa de 1789, em seu artigo 16, do preceito de que somente existe a Constituição quando há a garantia

⁵ As ideias contratualistas explicam a sociedade como resultado de decisões racionais dos seres humanos que, em busca de determinado objetivo, decidem viver em coletividade, partilhando as regras de convivência (RIBEIRO, 2017).

dos direitos e a separação dos poderes, sendo que o exercício dos direitos naturais de cada um somente tem por limite os demais direitos dos membros da sociedade (artigo 4º da Declaração). Esta limitação, entretanto, não pode ser arbitrária, somente podendo ocorrer por meio de lei que tenha a participação de todos (FERREIRA FILHO, 2016)

Pode então ser extraída uma primeira parte do *porquê* se deve legislar e impor ordens gerais e abstratas para todos: deve-se assim fazer porque é o meio apto a limitar o poder abusivo e arbitrário do Estado, garantindo os bens jurídicos mais fundamentais das pessoas, seus Direitos Humanos Fundamentais

É nessa época que a doutrina dos Direitos Humanos Fundamentais, apesar de já existente, se expandiu e virou a base dos pensamentos e instituições jurídicas. A fim de frear os abusos estatais, os direitos dos seres humanos serviram de base para o pensamento liberal e, do século das luzes em diante, tornaram-se sagrados a este pensamento (FERREIRA FILHO, 2016).

Surgiu aqui, como fulcro e escopo do Estado, a ideia de preservar o ser humano e garantir seus direitos mais basilares, sendo que a produção jurídica estatal passou a ser fundamentada, voltada e trabalhada a partir de um pilar, a saber, os direitos mais básicos dos seres humanos, sejam eles chamados de Fundamentais ou de Humanos. São esses direitos que permitem que o povo, por meio do Estado, crie as limitações às liberdades individuais e as obrigações para todos, inclusive para o próprio Estado.

Nesse momento houve uma verdadeira virada na forma em que o poder punitivo era visto e tratado, pois ele passou a ser juridicamente fundado em bases filosóficas calcadas em ideais de proporcionalidade e defesa das pessoas, mesmo que tenha sido uma defesa, sobretudo, burguesa. Em meio aos reclames de um Estado que trouxesse garantias às pessoas, surgiu uma verdadeira teoria jurídica do delito e da pena, apta a começar a racionalização do dever-poder de aplicar as sanções às pessoas: a Escola Clássica do Direito Penal (BARATTA, 2016).

A Escola Clássica do Direito Penal⁶, nesse momento, representou a transição, no pensamento criminal, das ideias do antigo Estado Absolutista para a ordem capitalista e o Estado de Direito liberal na Europa. Como aponta ANDRADE (2015), essa escola começou

⁶ Apesar de aqui se referir a esse conjunto de ideias como “Escola Clássica”, há que se ressaltar que os pesquisadores sobre o tema parecem divergirem sobre a unidade de pensamentos. Como faz RODRIGUES (2015), poder-se-ia cogitar da inadequação do termo pelo fato de trazer em seu bojo diversos autores, cada qual com seus pensamentos e originalismos. Já para ANDRADE (2015), mesmo que se considere as distintas formas de manifestação do pensamento, pode-se chegar a uma unidade de ideologia que permitiria o agrupamento de vários pensadores sob o título “Escola Clássica”. Nesse mesmo sentido parece ir BARATTA (2016). Nada obstante, como a referência à essa Escola no presente trabalho é um instrumental para se calcar o entendimento sobre a situação do Direito Penal no ordenamento jurídico dos Direitos Humanos, utiliza-se o termo para agrupar uma miríade de pensadores que foram contrários às práticas penais do antigo regime.

com um pensamento crítico-negativo do *status quo* do Direito e da Justiça Penal até que chegou a uma estabilização de sua visão em um viés positivo de construção de um novo Direito Penal. Como aponta a autora, houve um abandono da dimensão negativa, ficando somente na visão construtivista, quase que em um aspecto monocular.

Essa Escola, apesar de contar com diversos pensadores, possui uma unidade ideológica que caminha junto às ideias de seu próprio tempo: a limitação do poder punitivo do Estado e a humanização das penas. A Escola prega por um significado político liberal e humanitário, buscando uma racionalização do poder punitivo em nome da garantia do indivíduo contra toda intervenção estatal (ANDRADE, 2015).

Percebe-se, aqui, a manifestação dos Direitos Humanos Fundamentais de liberdade da pessoa contra o Estado, de clara inspiração humanitária e limitadora, buscando garantir a parcela de liberdade dos indivíduos que seria intocável.⁷

Os pensadores dessa época partiam da premissa de livre-arbítrio das pessoas, sendo que o criminoso é visto como qualquer outro e, por isso, é deixado em segundo plano e o *crime*, enquanto ente jurídico, ganha corpo como abstração jurídica, sendo a relação de contrariedade entre fato humano e lei (VIANA, 2019). Como uma forma de frear os abusos que o Estado Absolutista cometia, os pensadores da Escola Clássica delimitaram o direito penal como direito penal do fato,

baseado na noção (liberal) de livre-arbítrio e responsabilidade moral, no qual a imputabilidade e a gravidade objetiva do crime constituem a medida para uma penalidade dosimétrica, vista, então, como retribuição proporcionada ao crime, como uma rígida vigência do princípio da legalidade dos delitos e das penas (ANDRADE, 2015, p. 86).

Assim, contaminados pelos ideais iluministas, o penalismo desta época foi marcado pela ideia de o crime ser uma decisão soberana, distinta da pessoa do agente. Dever-se-ia analisar somente a conduta, pois o criminoso seria dotado de uma divisão livre e racional (RODRIGES, 2015).

Quanto à pena, a Escola não possuía uma unidade ideológica sobre para que fim ela serviria a pena, mas, de um modo geral, buscavam encontrar a proporcionalidade da sanção. Para alguns, essa proporcionalidade se encontra na prevenção por meio da dissuasão de

⁷ Apesar das críticas que podem ser dirigidas à classificação geracional ou dimensional de Direitos Humanos, sobretudo pelo fato de tratá-los de modo compartimentado e não reconhecer a verdadeira formação histórica, este período da Escola Clássica do Direito Penal advoga de maneira muito contundente o que se chama de Primeira Dimensão dos Direitos Humanos, a saber, os Direitos de Liberdade. Estes Direitos de Liberdade têm como titulares os indivíduos e são oponíveis ao Estado, garantindo eminentemente a resistência e a oposição perante ele (MAZZUOLI, 2021).

cometimento de novas infrações, não podendo ser imposta pena para além da necessária. Como expoente desse pensamento, BECCARIA (2015, p. 54) diz:

Como pode um corpo político, que, longe de se entregar às paixões deve ocupar-se exclusivamente moderar as paixões particulares, exercer crueldades inúteis e empregar o instrumento do furor, do fanatismo e da covardia dos tiranos? Poderão os gritos de um infeliz nos tormentos retirar do seio do passado, que não volta mais, uma ação já consumada? Não. Os castigos têm por fim único impedir o que culpado cause futuramente novos danos à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime.

Entretanto, para a maior parte dos pensadores dessa Escola, a finalidade da pena era a ideia de retribuição, pois seria decorrência lógica do livre-arbítrio. Neste ponto, seria a pena uma negação da negação, de modo a reestabelecer o equilíbrio rompido (ANDRADE, 2015).

De um modo ou de outro, a Escola buscou limitar o poder punitivo e trazer uma proporcionalidade entre pena e fato praticado. Assim, o Direito Penal começou a ser percebido como ramo jurídico que deve ser a razão limitadora ao abuso arbitrário das sanções desumanas impostas pelo Estado Absolutista. Seguindo a conclusão de RODRIGUES (2015), é possível dizer que é a partir destas teorias humanistas que há uma solidificação do Direito Penal moderno.

A luta ao longo dos tempos, assim, é a luta pela limitação do poder de punir do Estado, ou seja, do Direito repressivo. Desse modo, crê-se que fica mais claro delinear a diferença entre o simples *jus puniendi* e Direito Penal: este engloba aquele, é a sua superação, ao menos que parcial, pois impõe limites a ele, limites esses reconhecidos desde o século XVIII e que ainda mantêm, atualmente, importância ímpar.

O cariz humanitário e limitador é ideia que deve permear o Direito Penal como um todo, sendo razão básica do pensamento garantista, o qual deve ser o objeto e o fundamento de um Estado Democrático de Direito. É deste ponto que aparece a ideia de modo mais claro: o Direito Penal, enquanto limitação do poder de punir do Estado, é protetor dos Direitos Humanos Fundamentais das pessoas.

O movimento histórico, até aqui, apresentou o anseio de proteção aos Direitos Humanos Fundamentais que o Estado violava, de modo limitá-lo e garantir a sobrevivência das pessoas, buscava-se, assim, mudar a mentalidade e fazer assentar a ideia de que o Estado deve ser fundado na garantia da vida das pessoas, como apontou JHERING (2017).

Apesar de essas ideias serem altamente difundidas, a história demonstra que não foram somente contrariadas como também subvertidas, de modo que devem sempre ser confirmadas, pois, mesmo após tantas lutas, o Direito Penal viu, em tempos recentes, já na idade moderna, sua derrocada em alguns locais do globo, inclusive por meios considerados, a princípio, legítimos. Isso aconteceu, por exemplo, na Alemanha e na Itália no período de 1939 a 1945,

mesmo que lá tenha sido os lugares que mais fomentaram as ideias penais aplicáveis nos países cujo direito é de linhagem romano-germânica (PRADO, 2020).

Nesse período, o mundo vivenciou o Direito Penal do Terror, ou seja, a perseguição às pessoas diferentes realizadas e instrumentalizadas pelos próprios entes estatais por meio de um Direito formalmente elaborado pelos chamados representantes do povo. A própria Constituição alemã, na época do III *Reich*, foi alterada para constar que crime era tudo o que a consciência do povo alemão dissesse que seria, ou melhor, a consciência do *Führer* (PRADO, 2020).

Essa época foi marcada pelo Estado de Direito, e o Direito Penal era um instrumento de disseminação do terror. O regime nazista instituía, sob o enfoque legal, um procedimento sumaríssimo, extremamente inquisitivo, que tolhia os direitos de defesa e enxovalhava a pessoa submetida a tal ordem vigente, primando pela eliminação do indivíduo. Não se tratava sequer de um direito penal do autor, mas pode ser empregado, no caso, sem restrições, o termo “direito penal dos diferentes”. Isto é, dos seres humanos que não tinham o reconhecimento de sua condição humana por adotarem diferentes modos de vida, portarem deficiências ou crenças estranhas ao regime vigente (PRADO, 2020, p. 19).

É somente após a segunda guerra mundial, sobretudo com a carta da Organização das Nações Unidas de 1945, que ocorreu uma reafirmação dos Direitos Humanos em plano internacional. Esses direitos devem inspirar todos os caminhos jurídicos, sobretudo o penal, ramo que, pela própria história, deve ter suas garantias preservadas, formando um núcleo duro inabalável, pois este núcleo é composto de direitos que não podem ser tangenciados (PRADO, 2020).

É a partir desta época que a humanidade deu maior atenção ao que se chamou de era dos extremos e buscou limitar as atrocidades que tiveram como sustentáculo os próprios ordenamentos jurídicos (MAZZUOLI, 2021). Em razão das violações a direitos realizadas pelos regimes totalitários, como o nazismo e o fascismo, o Direito Internacional deixou de cuidar tão somente das relações entre Estados para afirmar e proteger os Direitos Fundamentais. Esta proteção partiu em duas frentes: a previsão de Direitos Humanos em documentos internacionais, como tratados e convenções; e o desenvolvimento de sistemas de proteção internacional de tais direitos, tanto por atuação política quanto jurisdicional (FERREIRA FILHO, 2016).

Esta proteção, em âmbito global, foi a razão de ser de, em 1945, ser assinada a Carta das Nações Unidas de 1945 (promulgada pelo Brasil por meio do Decreto n.º 19.841 de 1945). A carta foi responsável tanto por criar o organismo de proteção global dos Direitos Humanos, a Organização Nacional das Nações Unidas (ONU), quanto por, no contexto pós-guerra,

reafirmar estes direitos, haja vista ser seus princípios a manutenção da paz e da segurança internacionais, sobretudo o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais. MAZZUOLI (2021)

Apesar disso, a Carta da ONU não trouxe, em seu bojo, uma definição de Direitos Humanos ou um rol do que eles seriam, o que veio a ocorrer somente em 1948 com a Declaração Universal de Direitos Humanos, elaborada no âmbito da Comissão de Direitos Humanos sob a natureza jurídica de resolução e, por isso, não cogente (FERREIRA FILHO, 2016).

Entretanto, apesar do posicionamento divergente de FERREIRA FILHO (2016), a cogência da declaração universal deve ser atualmente reconhecida, sobretudo a partir de três teorias: *a*) é uma interpretação autêntica da Carta das Nações Unidas e, por isso, seus signatários devem obediência à Declaração Universal dos Direitos Humanos; *b*) é manifestação de Direito Costumeiro internacional, reconhecendo-se o consenso de sua aprovação e a visão internacional de sua obrigatoriedade; e *c*) por tratar de direitos materialmente essenciais à pessoa humana, é uma norma de *jus cogens*, devendo ser seguida (MAZZUOLI, 2021; LÉPORE e PRETI, 2020).

Nesse sentido, como expressão da preocupação com os Direitos Humanos, a ONU realizou, em 1993, a Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena, oportunidade em que se reuniram mais de cento e oitenta Estados e foram credenciados como observadoras mais de oitocentas organizações não-governamentais (RAMOS, 2006).

Nesta Conferência Mundial foi elaborada a Declaração e Programa de Ação da Conferência Mundial de Viena de 1993 que previu, por exemplo, a adoção de medidas de caráter penal para o combate ao racismo, xenofobia e intolerâncias conexas. O instrumento ainda previu o compromisso de ab-rogação de leis conducentes à impunidade de pessoas responsáveis por graves violações de direitos humanos, como a tortura, e de punir criminalmente essas violações, proporcionando, assim, uma base sólida para o Estado de Direito (RAMOS, 2006).

Assim, em 1993, o âmbito de proteção global dos Direitos Humanos deixa clara uma relação entre estes e o Direito Penal, colocando-o tanto possível violador daqueles como possível protetor. Isso demonstra o ganho de força mundial das ideias de proteção de direitos humanos por meio do Direito Penal (RAMOS, 2006).

Além do âmbito global de proteção dos Direitos Humanos, desenvolveram-se sedes regionais de proteções dos mesmos, sobretudo: *a*) na Europa, o sistema de proteção teve como base a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, tendo como órgão principal a Corte Europeia de Direitos Humanos; *b*) nas Américas a base normativa é a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (promulgada pelo Brasil por meio do Decreto 678 de 1992), tendo

como órgão principal a Corte Interamericana de Direitos Humanos; *c*) na África, o tratado regente é a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981, tendo como órgão principal a Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (MAZZUOLI, 2021)⁸.

No âmbito regional interamericano de proteção dos Direitos Humanos, especificamente, pode-se exemplificar a relação entre Direito Penal e Direitos Humanos por meio da Convenção de Belém do Pará de 1994, promulgada pelo Brasil por meio do Decreto nº 1.973 de 1996, estabeleceu, em seu artigo 7, *caput*, que é dever dos Estados Partes condenar todas as formas de violência contra a mulher e elaborar políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar essa violência. Nesse sentido, o próprio artigo 7 da Convenção, em sua alínea c, determina que os Estados devem empenhar-se para incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis.

Como exemplo final desta tendência, a Constituição Federal de 1988 prevê expressamente nos incisos XLII e XLIV do artigo 5º os mandados de criminalização do racismo e da ação de grupos armados, civis e militares. Neste ponto, inclusive, o Constituinte Originário previu um rigor extremo a essas matérias, determinando não somente a incriminação, mas a inafiançabilidade e a imprescritibilidade.

Assim, sobretudo a partir da segunda guerra mundial, o Direito Internacional dos Direitos Humanos se preocupa em tanto tutelar o indivíduo face à sanha punitiva do Estado quanto em punir criminalmente os autores de violações a esses direitos. Essa perspectiva fortalece os mandamentos de criminalização de fatos típicos atentatórios aos Direitos Humanos Fundamentais tanto em âmbito internacional quanto em âmbito constitucional (RAMOS, 2006).

Nessa linha de pensamento, o próprio papel dos Direitos Humanos Fundamentais ganhou novos contornos, pois eles têm um viés tanto defensivo quanto ofensivo, limitando ou iniciando a atuação penal estatal. Trata-se de um paradoxo que merece ser debatido a fim de, assim, extrair o que se entende por Direito Penal e quais são suas funções (TULKENS, 2011).

A partir desse ponto é possível desenvolver a segunda parte da densificação do conceito de vida digna que justifica a imposição de normas jurídicas: a garantia dos Direitos Humanos Fundamentais deve ser a razão de ser do ordenamento jurídico, devendo o Estado tanto os

⁸ Vale ressaltar que, para além dos três sistemas regionais, as áreas arábicas e asiáticas têm proteções esparsas, mas não possuem um efetivo sistema de proteção de Direitos Humanos como ocorre nas Américas, Europa e África (MAZZUOLI, 2021).

proteger passivamente (não os violar) quanto ativamente (evitar que sejam violados), sendo que esta também deve ser as funções do Direito Penal.

Assim, inicialmente, o Direito Penal pode ser definido como o ramo do Direito que, por meio de um conjunto de normas, descreve os comportamentos considerados socialmente graves ou intoleráveis, buscando dissuadi-los com reações estatais repressivas, sobretudo penas e medidas de segurança (BUSATO, 2018).

Entretanto, o Direito Penal não pode ser reduzido com a pura prerrogativa estatal de punir, pois, conforme visto pelo percurso histórico, a aplicação de sanção somente pode ocorrer quando respeitados os Direitos Humanos Fundamentais e tenha sua proteção como finalidade.

Nesse diapasão, deve-se considerar que o Direito Penal representa mais que a mera ideia de controle social formal⁹ por meio de aplicação de sanções aptas a dissuadir a prática de atos considerados infrações, mas deve alcançar principalmente o viés limitativo e garantidor (BITENCOURT, 2017; NORONHA, 2003).

2.1 O paradoxo do Direito Penal: a limitação ao poder e a proteção de bens jurídicos

Como elaborado acima, atualmente há um movimento em que se vê o Direito Penal a partir de duas funções explícitas e que caminham conjuntamente: *a)* a proteção de Direitos Humanos Fundamentais por meio do controle social formal, expresso por meio de tipos penais elaborados de forma taxativa por meio de lei prévia; e *b)* a limitação do Poder repressivo do Estado por meio da elaboração de uma ciência jurídico-penal limitativa, que busca suas análises não somente no Direito, mas também em outras ciências correlatas, como a criminologia, a Política Criminal, as ciências sociais, a medicina legal, entre outras.

Essa dupla função importa na ideia de que este ramo do Direito utiliza de sanções para proteger os direitos mais basilares da pessoa humana, mas que esses mesmos direitos podem ser violados por aquelas sanções, motivo pelo qual precisa ser contido (TULKENS, 2011).

Estas funções declaradas do Direito Penal, que inicialmente poderiam se mostrar inconciliáveis e encerrar uma expressão ilógica, formam um paradoxo e não uma contradição, motivo pelo qual deve-se tentar chegar a uma posição jurídica em que o sistema fique operacional sem que se quebre a balança que deve sempre pender para a limitação do poder punitivo (TULKENS, 2011).

⁹ Na esteira do que aponta GUIMARÃES (2013), a regulação social busca proteger as expectativas da sociedade que são expressas por meio do Direito. Nesse sentido, dita regulação social pode ser formal, realizada por meio do aparelho estatal e de instituições oficiais, ou informal, quando realizada paralelamente ao Estado, como é o caso, exemplificativamente da família e da comunidade. Nesse sentido, cf. VIANA (2019).

A primeira das funções, a de proteção de Direitos Humanos Fundamentais corresponde à ideia de tutela de bens jurídicos. Conforme ROXIN (2018, p. 19), os bens jurídicos são

circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade e o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos.

Essas situações reais e fáticas, entretanto, não foram sempre as mesmas ao longo da história, de modo que o próprio conceito de bem jurídico foi evoluindo. Em uma perspectiva econômica liberal, o conceito de bem jurídico se atrelava a ideias de direitos individuais como o patrimônio, a liberdade, a vida e que, ainda hoje, são considerados, por alguns, o núcleo duro do Direito Penal e somente a eles deveria se restringir.

Entretanto, com os avanços sociais e o reconhecimento da necessidade de uma vida digna e igualitária, o conceito de bem jurídico penal também evoluiu, não se limitando a bens individuais, mas englobando aqueles de cariz social e supraindividual, relacionados a uma sociedade igualitária materialmente e não só formalmente (STRECK, 2009).

A fim de se desenvolver a ideia de bens jurídicos a partir de uma perspectiva evolutiva, mas comprometida com a limitação do poder, deve-se lançar mão da própria ideia de constitucionalismo e de ser a Constituição o centro do sistema jurídico como ponto de partida. Por isso, “os bens jurídicos não podem ser vistos apartados do todo constitucional, compreendidos pelos preceitos e princípios formadores do Estado Democrático de Direito” (STRECK, 2009, p. 41).

Entretanto, para conjugar o âmbito constitucional com o convencional¹⁰, aproximando-se de uma visão calcada em Direitos Humanos, os bens jurídico-penais devem tomar como base primeira a proteção do ser humano enquanto ser dotado de dignidade, que dá sustento ao que aqui se chama de Direitos Humanos Fundamentais. O fulcro dos bens-jurídicos e seu próprio limite, assim, é a dignidade da pessoa humana que, no Brasil, é fundamento da República Federativa do Brasil, conforme o artigo 1º, inciso III da Constituição Federal.

Dessa maneira, quaisquer bens jurídicos tutelados penalmente devem se reportar, em última instância, à própria proteção da pessoa humana. ROXIN (2018, p.19), nesse mesmo

¹⁰ Considerando o ordenamento jurídico como uma pirâmide escalonada em que as normas inferiores estão subordinadas e devem estar de acordo com as superiores, pode-se extrair as ideias de controle de constitucionalidade e de convencionalidade. Em linhas gerais, o controle de constitucionalidade é a adequação formal e material das normas infraconstitucionais (leis, tratados internacionais, decretos, etc.) com as normas presentes no texto constitucional. Desse esquema, considerando o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que os Tratados de Direitos Humanos podem ser de hierarquia supralegal (se aprovados pelo rito ordinário) ou constitucional (se aprovados pelo rito previsto artigo 5º, §2º da Constituição Federal), pode-se cogitar de um controle de convencionalidade, ou seja, a adequação entre os atos abaixo dos Tratados de Direitos Humanos e estes (com *status* de lei e inferiores). Logo, convencional é aquilo que está de acordo com os Tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil e incorporados no ordenamento jurídico (MAZZUOLI, 2021; MENDES e BRANCO, 2016).

sentido, entende que o bem jurídico “não pode ser limitado, de nenhum modo, a bens jurídicos individuais; ele abrange também bens jurídicos da generalidade. Entretanto, estes somente são legítimos quando servem definitivamente ao cidadão do Estado em particular”.

A lei penal e a incriminação atingem justamente os direitos mais básicos das pessoas, suas liberdades, que, seja pela pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa, sempre diminuem o âmbito de exercício livre dos direitos. É por isso que a proibição exacerbada, além do estritamente necessário para defender a dignidade humana, garantindo uma coexistência livre e pacífica, é, sem dúvidas, desarrazoada e deve ser rechaçada (ROXIN, 2008).

Portanto, a análise de se a atuação do Direito Penal pode ocorrer deve iniciar, mas não se limitar, ao questionamento de se está sendo visada a proteção de Direitos Humanos Fundamentais e, caso não esteja, qualquer intervenção penal será inconstitucional, com fulcro na violação ao artigo 1º, inciso III da Constituição Federal.

Cumprе ressaltar, contudo, que a dignidade humana, fundada em matizes kantianas, somente pode embasar proibições de comportamentos de outros que os trate como meio e os instrumentalize de maneira material, ferindo seus direitos mais basilares. Dito em outras palavras, a proibição de violação é à dignidade humana dos outros, a alteridade deve ser característica marcante (ROXIN, 2008), pois, ao contrário, o Direito Penal abriria as portas, simplesmente, para um controle econômico, patriarcal, maniqueísta e dos corpos elegidos como inimigos¹¹.

É desse mesmo ponto de onde se extrai a razão da segunda função do Direito Penal, a função limitadora, pois, mesmo que se defenda que o Direito Penal tem uma função de garantia dos Direitos Humanos Fundamentais, essa garantia é também, e de maneira ainda mais contundente, dirigida contra as violações do poder público. Logo, antes mesmo de buscar proteger bens-jurídicos por meio de tipificação e condutas, o Direito Penal deve obediência ao mandamento de vedação à atuação estatal, como se percebe com as obras ilustradas e os pensamentos da escola clássica.

As garantias penais constituem a obra direcionada a todas as pessoas que estão em um Estado Democrático de Direito, pois dar garantias a um é dar a todos, e tirar garantias de um é

¹¹ Cabe aqui ressaltar o cuidado que se deve ter em analisar a proteção efetiva de Direitos Humanos Fundamentais, pois podem eles muito bem ser usados como bodes expiatórios para políticas populistas e um Direito Penal simbólico e promocional. Por vezes, a elaboração de leis penais são instrumentos de promoção política, o que forma um Direito Penal promocional, não ligado realmente à defesa do ser humano, mas aos meros caprichos eleitorais; por outras tantas vezes, as leis penais são formuladas tão somente para dar aparência de proteção e encobrir a inércia estatal ou o vilipêndio aos próprios direitos que dizem defender, dando azo ao Direito Penal simbólico (PRADO, 2020).

tirar de todos, pois “[q]uem defende o seu direito, defende também na esfera estreita deste direito, *todo o direito*. O interesse e as consequências do seu ato dilatam-se, portanto, muito para lá da sua pessoa”¹² (JHERING, 2017, p. 47).

Exatamente para proteger as pessoas e toda a higidez da democracia jurídica da arbitrariedade estatal, deve o Direito Penal, para além das normas que permitem ao Estado punir, ser o ramo do Direito que funciona como dique de contenção deste poder, servindo como filtro de todas as condutas estatais que, almejando sancionar, não respeitam os limites penais (ZAFFARONI *et all*, 2010).

O freio ao poder punitivo está justamente naquele ponto que o permite escoar, desde que respeitados alguns critérios: a proteção de Direitos Humanos Fundamentais. “Na verdade, o único instrumento de defesa contra tais excessos estatais é a insistência em direitos humanos e em liberdades invioláveis [...]” (ROXIN, 2008, p. 66).

Sem estes freios, o poder punitivo tende ao arbítrio, mostra-se bruto e atavicamente expansivo, sendo seletivo socialmente. O Direito Penal, se quer ser uma expressão dos Direitos Humanos Fundamentais, não pode ter outro sentido se não aquele de ser um “controle socialmente formalizado, ou seja, regrado e expresso”, constituindo, mesmo que soe paradoxalmente, como “limite ao mesmo poder que legitima” (SEMER, 2020, p. 16).

Assim, o Direito Penal é entendido, na presente dissertação, como ramo do Direito que limita o controle social formal exercido pelo Estado, mas que, ao mesmo tempo, dá vazão à possibilidade de punição às condutas socialmente danosas que atentem contra os bens jurídicos mais fundamentais do ser humano por meio da aplicação de sanções, desde que respeitados os limites jurídico-penais impostos pela Constituição e pela teoria do Direito Penal.

É nesse sentido que aponta SEMER (2020, p. 175) ao dizer:

Se é certo que o perfil do Estado Democrático de Direito é de construção de limites ao poder punitivo, especialmente como forma de preservar a dignidade da pessoa humana, excluindo toda espécie de punição abusiva, desnecessária e simbólica, o conteúdo social deste Estado, sobretudo, o atingimento de metas de desigualdade através das prestações positivas, também direcionam certas exigências de criminalização.

Arremata o autor ainda no sentido aqui defendido de a balança sempre ter de pesar pela liberdade do indivíduo:

[...]. Via de regra, esse é o ponto mais fraco, menos sustentável do Estado Democrático, especialmente porque, como a história tem ensinado, a capacidade

¹² O autor, apesar de tratar do direito enquanto luta de uma maneira geral, traz uma ideia que deve ser sempre posta em primeiro plano quando se discute o direito penal: “O interesse geral a que então se liga não é somente o interesse ideal de defender a autoridade e a majestade da lei, mas é o interesse muito real, muito prático, que em todos se manifesta e todos também compreendem, mesmo aqueles que daquele primeiro interesse não têm a menor inteligência, em que a ordem estabelecida da vida social, na qual cada um pela sua parte é interessado, essa assegurada e mantida (JHERING, 2017, p. 47).

dissuasória do Direito Penal é muito restrita e nada garante que os bens tutelados por ele efetivamente sejam protegidos – tanto mais que sua própria instituição provoca uma plêiade de efeitos colaterais extremamente nocivos à democracia.

Em síntese, o Direito Penal é o ramo do direito que trabalha com a linha mais tênue no sopesamento dos Direitos Humanos Fundamentais, pois, explicitamente, tanto deve punir as condutas atentatórias aos bens jurídicos fundamentais (função de proibição de proteção deficiente e proteção dos Direitos Humanos Fundamentais das vítimas) como tem a obrigação de limitar o poder de punir estatal (função de proibição de excesso e proteção dos Direitos Humanos Fundamentais dos autores de infrações penais que, se violados, são vítimas também).

Essas funções são chamadas de explícitas pelo fato de serem aquelas que são as defendidas abertamente por aqueles que elaboraram o Código Penal brasileiro e legitimam o poder punitivo. No Brasil, por exemplo, o tópico 26 da exposição de motivos do Código Penal sintetiza essa ideia de proteção do indivíduo contra o sistema e proteção das pessoas por meio do sistema ao afirmar que

[u]ma Política Criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa da liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Esta, filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinquentes sem periculosidade ou crimes menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa da liberdade como resposta penal básica ao delito. Tal como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo o mundo. O que por ora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade (BRASIL, 1940).

Essas funções explícitas do Direito Penal, todavia, não são as únicas em uma sociedade desigual e marcada por violências sistêmicas, este ramo do direito também exerce uma função de controle social e manutenção do *status quo* que supera àquele controle com a finalidade de proteção dos Direitos Fundamentais.

O Direito Penal, assim, também tem funções mascaradas de manutenção do *status quo* e de dominação de uma classe sobre a outra, sobretudo com a tutela do patrimônio que, conforme aponta SEMER (2020) é, por vezes, tutelada de uma forma mais contundente que a própria liberdade humana, conforme se percebe pela pena em abstrato prevista no preceito secundário do furto (artigo 155 do Código Penal Brasileiro – pena de 01 a 04 anos) e constrangimento ilegal (artigo 146 do Código Penal – pena de 03 meses a 01 ano).

O Direito Penal é por vezes desvirtuado pelas classes dominantes para tutelar seus interesses próprios e criminalizar a luta por um ideal melhor das classes menos abastadas, o que, sem dúvidas, demonstra um caráter capitalista e burguês do ramo estatal e do legislador. É daí que surge a punição desarrazoada das classes trabalhadoras e do estereótipo do jovem, negro e morador das periferias, eleito como inimigo pelas classes dominantes e pelos meios televisivos, fazendo com que um ramo jurídico que deveria tutelar a dignidade da pessoa

humana acabe por tutelar quase que exclusivamente o patrimônio e o poder, mantendo o *status quo* e determinando a perseguição dos menos afortunados (PRADO, 2020).

Logo, o discurso criminal deve sempre andar com cuidado, estando sempre atento aos reais objetivos deste ramo do Direito (a saber: freio do poder punitivo e proteção de Direitos Humanos Fundamentais) e os objetivos implícitos dele (legitimação de violência contra os pobres, eleição de inimigos para servir como estandarte em uma guerra contra o não-detentor dos meios de proteção e manutenção do *status quo*), como aponta ANDRADE (2015).

Deve-se buscar, assim, um meio para que o Direito Penal possa exercer suas funções da seguinte maneira: precipuamente deve limitar o poder punitivo e secundariamente deve proteger os Direitos Humanos Fundamentais, devendo sempre tentar abolir esse viés desumano dos objetivos implícitos, pois, mesmo que se saiba que será difícil, o Direito, como dever-ser, deve ser um ideal normativo de justiça social.

Entretanto, como deve se fazer isso? Dentre as propostas apresentadas pelos autores, a proposta de Direito Penal mínimo é analisada, a seguir, como um ideal a ser seguido no atual estado brasileiro.

2.2 *A Política Criminal e o Direito Penal mínimo*

O ramo que pretende debater a intervenção do Direito Penal na sociedade e na liberdade humana é a Política Criminal, que pode ser conceituada como a “arte de selecionar os bens jurídicos que devem ser tutelados penalmente e os caminhos para tal tutela, o que implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos” (ZAFFARONI e PIERANGELI, *apud* PRADO, 2020, p. 26).

Dentre as diversas propostas apresentadas por aqueles que discutem a Política Criminal, destacam-se três movimentos que pretendem regular como se deve enfrentar o fenômeno criminal: o eficientismo penal, o abolicionismo penal e o Direito Penal mínimo¹³. Em razão da delimitação temática da presente dissertação e da ideia de que a Constituição Federal Brasileira traz mandados de criminalização, o Direito Penal mínimo é visto como viés político-criminal

¹³ Considerando os limites e temas propostos neste trabalho, não se discutirá de maneira aprofundada o eficientismo penal e o abolicionismo, motivo pelo qual se recomenda ao leitor a consultar as obras de PRADO (2020), ROXIN (2008) e ANDRADE (2015). Entretanto, adianta-se que o eficientismo, ou Direito Penal máximo, deve ser completamente rechaçado, pois desvirtua o ideal Democrático de somente intervir o estritamente necessário e, qualquer intervenção para além disso, é ilegítima e inconstitucional por ferir o princípio da proporcionalidade. Além disso, o Direito Penal máximo já foi utilizado na história, como visto na Alemanha nazista, para perseguir e massacrar pessoas por quem elas são, pelos seus estados existenciais, formando um Direito Penal do horror (PRADO, 2020).

apto a delimitar o poder punitivo estatal e cumprir os objetivos explícitos deste ramo do direito, bem como excluir, ou, ao menos, mitigar ao máximo os objetivos implícitos.

O Direito Penal mínimo é a proposta de Política Criminal que busca, justamente, proteger não somente os bens necessários e vitais para o ser humano e a sociedade, evitando os excessos na aplicação das penas. Reconhece-se, assim, que a falência de um Estado social e a ascensão de um Estado penal não se mostra razoável ou legítima para a tutela de Direitos Humanos Fundamentais, mas, ao contrário, é uma resposta verdadeiramente débil aos defeitos sociais da pobreza, marginalização e falta de oportunidades e igualdade material entre as pessoas (PRADO, 2020).

A Criminologia, ramo das ciências criminais que analisa o crime de uma forma crítica, tem apontado que muitas vezes o crime não é algo que ocorre como um fenômeno ontológico ou como um estado normal da pessoa. Ao contrário, é uma clara derivação da distorção do sistema penal vigente que elege criminosos e atribui esta qualidade por meios de interação social seletiva e discriminatória (BARATTA, 2016).

Nada obstante, isso é uma autêntica distorção do Direito Penal que, como todo ramo jurídico, deve se prestar à proteção de todos os seres humanos e de seus Direitos Humanos Fundamentais, não sendo legítima a intervenção e a restrição da liberdade desproporcional e desarrazoada, pois este é um próprio modo de ferir de morte estes direitos.

Percebe-se que os pesquisadores do Direito Penal não deixam de lado que a imposição de penas é um mal que pode trazer distorções, mas sua finalidade pura e que sempre deve ser buscada, ao menos enquanto estiver vivo este ramo jurídico, é aquela apontada por ROXIN (2008, p. 1 e 2, *grifos nossos*):

Ele [o Direito Penal] assegura a paz infra-estatal e uma distribuição de bens minimamente **justa**. Com isso garante ao indivíduo os pressupostos para o **livre desenvolvimento de sua personalidade**, o que se compreende entre as tarefas essenciais do estado social de direito.

[...].

Também aquele que deseja e profetiza um longo futuro para o direito penal terá de conceder que a justiça criminal é um mal talvez necessário e que, por isso, deve ser promovido – **mas que continua sendo um mal**. [...]. Ela estigmatiza o condenado e o leva à desclassificação e à exclusão social, consequências que não podem ser desejadas num Estado Social de Direito, o qual tem por fim a integração e a redução de discriminações.

Da mesma forma, apesar de não negar a possibilidade de um abolicionismo e, inclusive, de ressaltar ser uma alternativa mais viável, BARATTA (2011, p. 203) não nega a existência do Direito Penal e o aponta como uma possibilidade de tratamento igualitário e em prol das classes sociais:

Da crítica do direito penal como direito penal como direito desigual derivam consequências analisáveis sob dois perfis. Um primeiro perfil refere-se à ampliação e

ao reforço da tutela penal, em áreas de interesse essencial para a vida dos indivíduos e da comunidade: a saúde, a segurança no trabalho, a integridade ecológica etc. Trata-se de dirigir os mecanismos da reação institucional para o confronto da criminalidade econômica, dos grandes desvios criminais dos órgãos e do corpo do Estado, da grande criminalidade organizada.

Como se vê, apesar de existirem ideais abolicionistas, que, como dito, pelos limites deste trabalho, não se discute se deveriam ser implementadas ou não, o Direito Penal ainda é uma realidade e a sua real ideia é promover a proteção dos Direitos Humanos Fundamentais e da igualdade entre as pessoas.

É nessa toada, inclusive, que a Constituição Federal brasileira traz alguns pontos de criminalização a fim de proteger as pessoas de discriminações e violências horrendas, como ocorre com a ideia de criminalização do racismo (artigo 5º, inciso XLII).

Entretanto, os limites ao poder punitivo é o que se impõe e deve prevalecer antes de toda incriminação, pois assim demanda um Estado Democrático de Direito (SEMER, 2020) e é em razão disso, da desigualdade da aplicação do Direito Penal, mas ainda assim da sua existência, que se deve, ao menos no presente tempo, buscar um Direito Penal Equilibrado, demandando a aplicação de vários princípios que são a orientação do operador do direito (PRADO, 2020).

Portanto, Direito Penal mínimo pode ser delimitado como a proposta político-crimal que busca exatamente garantir a racionalidade de uma intervenção estatal por meio de penas por meio do respeito aos princípios que o caracterizam. É, assim, o reconhecimento do Direito Penal como proteção dos Direitos Humanos Fundamentais, mas sem a visão ilusória de fingir a inexistência da nefasta violência discriminatória deste ramo do direito, ou seja, é garantir uma intervenção penal no mínimo necessário, respeitados os princípios impostos pelo próprio Estado Democrático de Direito.

2.3 O que caracteriza o Direito Penal mínimo: os princípios penais no Estado Democrático de Direito

O Direito Penal mínimo, conforme apresentado acima, é o movimento político-crimal que reconhece como legítima somente a mínima e restritíssima intervenção penal a partir do respeito aos princípios limitativos do poder punitivo. Assim, conforme apontado, os princípios são decorrentes das próprias mudanças ocorridas a partir do século XVIII e, sua incorporação, são marcos do próprio penalismo ilustrado (BITENCOURT, 2017). Guilherme YACOBUCCI (*apud* PRADO, 2020) assim defende que esta atitude político-crimal se constrói como uma estrutura de princípios penais que operam como diretrizes e servem para demarcar as funções penais.

Portanto, o que realmente caracteriza um Direito Penal mínimo é a existência e o respeito verdadeiro, não somente aparente, a princípios que delimitam a área de atuação do poder punitivo. Assim, entende-se, nessa dissertação, que o que caracteriza este viés político-criminal garantista é justamente a estrita obediência aos princípios a seguir elencados.

Nesse jaez, o Direito Penal não é o simples conjunto de regras e técnicas punitivas, mas antes é um conjunto harmonizado por princípios que lhes atribuem significado, valor e limites. Estes princípios podem estar ou não expressos da Constituição, mas, sem dúvidas, são por ela sempre agasalhados, pois o próprio artigo 5º, §2º do texto constitucional brasileiro diz que “[o]s direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados” (SEMER, 2020).

O conceito de princípio, entretanto, é muito plurívoco e atualmente debatido. Para uma parte dos autores, capitaneada por ALEXY (2008, p.90), princípios são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização”.

Esse conceito é, atualmente, muito difundido e adotado, mas permite, pelo seu próprio conceito, que sejam sempre mitigados pela jurisprudência quando colidem com outros e, além disso, nem todos os princípios jurídico-penais que caracterizam o Direito Penal mínimo se enquadram na ideia apresentado pelo jurista alemão. Por vezes, são elencados como regras, sobretudo quando já delimitam conteúdo de caráter que devem ser aplicados na exata medida, conforme é o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica.

De outra vertente, os princípios aqui são aqueles que caracterizam o Direito Penal mínimo e o fazem ser, limitando o poder punitivo e impedindo que este atue irracionalmente. Por isso, entende-se que os princípios se enquadram melhor naquele conceito apresentado por Miguel REALE (2002, p. 303): “certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber”.

Esses princípios, assim, formam o que KINDHÄUSER (2020, p. 26 e 27) chama de teoria estrutural do Direito Penal, o âmbito da dogmática penal que trata da “análise e reconstrução das condições semânticas, pragmáticas e deontológicas sob as quais as proposições dogmáticas podem ser formuladas e aplicadas sem contradições”.

Por seu aspecto dogmático, os princípios se apresentam de forma independente do conteúdo contingente da *lex lata*, indo para além das fronteiras do Direito Penal nacional de determinado Estado, sendo eles o ponto de partida para a análise do direito positivo, e não ao contrário (KINDHÄUSER, 2020). É por isso que, apesar de os princípios serem agasalhados pela Constituição Federal, a ela não se limitam, pois tem eles uma origem histórica (como se

percebe com as revoluções liberais francesas e desde as obras dos clássicos, como Beccaria) e uma pretensão universal de proteção ao ser humano.

Ressalta-se, todavia, que a elevação dos princípios a *status* constitucional faz com que, dentro de um ordenamento jurídico positivo, sejam sempre cogentes e com conteúdo que não pode retroagir, por força do princípio da proibição de retrocesso. Além disso, entende-se, na esteira de SEMER (2020), que muitos destes princípios, se não todos, são oriundos da dignidade da pessoa humana, sendo expressões dos próprios Direitos Humanos Fundamentais.

Os princípios a seguir apresentados¹⁴, assim, são a base de validade para qualquer atuação que se diz penal (inclusive para a chamada responsabilidade penal da Pessoa Jurídica, conforme se analisará), devendo eles sempre se manter presentes quando se quer ver uma conduta incriminada ou punida, pois são eles expressão de um Direito Penal que segue a linha de garantias e conquistas históricas apresentadas no primeiro capítulo da presente dissertação.

Dentre as diversas tipologias que buscam apresentar os princípios penais, adota-se aquela apresentada por SEMER (2020) que os divide em três segmentos interligados: *a)* os princípios formadores do Direito Penal, que dão feição ao Direito Penal como ramo jurídico racional e limitado; *b)* os princípios de modulação do Direito Penal, aqueles que apontam os desvios no ordenamento e sugerem a equidade e as correções para as distorções com base na equidade e na justiça; *c)* princípios voltados à cominação e aplicação das sanções, que regulam a humanização e a idônea aplicação e realização do cumprimento das penas e medidas de segurança.

2.3.1 Os princípios formadores do Direito Penal

Os princípios formadores do Direito Penal são aqueles que permitem avaliar se uma intervenção penal é válida ou não, e, se não forem respeitados, a incriminação ou a intervenção penal do estado sobre a liberdade do indivíduo é ilegítima, inválida e não-penal. Logo, para que se possa dizer que haja uma atuação do Direito Penal, não somente uma intervenção do Direito de Punir estatal (eminentemente arbitrário), os princípios a seguir elencados devem ter sido efetivamente respeitados.

Os princípios formadores deste segmento, conforme SEMER (2020) são quatro: legalidade, culpabilidade, lesividade e intervenção mínima. A seguir são os referidos princípios analisados, brevemente, a fim de delimitar seu conteúdo básico.

¹⁴ Salienta-se que a apresentação aqui será breve, somente para constituir a base teórica necessária e fundamental para a análise dos próximos capítulos e delimitar o que se entende pelo Direito Penal mínimo.

O princípio da legalidade¹⁵ é considerado como a espinha dorsal do Direito, sobretudo do Direito Penal, entendido muitas vezes como coluna dos demais princípios deste ramo jurídico (PRADO, 2020). Dito princípio se consubstancia na ideia de que “[s]e uma conduta não estiver prevista na lei penal como criminosa, nada poderá transformá-la em criminosa, nem a vontade dos governantes, nem as decisões judiciais” (TAVARES, 2019, p. 60). Sua previsão constitucional é explícita no inciso XXXIX, artigo 5º da Constituição Federal.

É nesse sentido que Nilo BATISTA (2007) diz que o princípio funciona como proibição da pena ilegal e Constituição da pena legal, servindo, resumidamente, para quatro funções específicas: *a*) proibir a retroatividade da lei penal: trata-se do (sub)princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa e da retroatividade da lei penal mais benigna, conforme previsto no artigo 5º, inciso XL da Constituição Federal; *b*) proibir a criação de crimes e penas pelo costume: somente a lei escrita, produzida em conformidade com o processo legislativo, pode incriminar condutas e estabelecer penas; *c*) proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas: é a proibição da analogia *in malam partem*, não podendo prejudicar o acusado, mas pode ser usado para beneficiá-lo; e *d*) proibir incriminações vagas e indeterminadas: trata-se do princípio da taxatividade, estabelecendo que a lei deve prever de forma clara e taxativa a conduta proibida, a fim de que as pessoas que dela tomem conhecimento consigam compreender o que é ou não proibido.

O princípio da culpabilidade se refere à ideia de somente haver responsabilização pessoal e subjetiva, afastando a responsabilidade objetiva e difusa. Assim, somente a pessoa que cometeu o fato (vedando a responsabilização de terceiros) com culpa ou dolo (vedando a responsabilização objetiva) pode ser punida por um ato considerado criminoso pelo legislador (SEMER, 2020).

Além disso, a culpabilidade serve também para dizer que, somente se a conduta do sujeito for reprovável é que pode ser punida. Na clara definição de BATISTA (2007, p. 103):

O princípio da culpabilidade deve ser entendido, em primeiro lugar, como repúdio a qualquer espécie de responsabilidade pelo resultado, ou responsabilidade objetiva. Mas deve igualmente ser entendido como exigência de que a pena não seja infligida senão quando a conduta do sujeito, mesmo associada causalmente a um resultado, lhe seja reprovável.

¹⁵ Apesar de alguns pesquisadores, como BATISTA (2007), dizerem que o princípio da legalidade é o mesmo da reserva legal, entende-se que seus conteúdos se diferenciam, ou melhor, este último está naquele primeiro. Entende-se dessa forma pelo fato de que a legalidade significa, sobretudo, a proibição de criminalizar condutas ou cominar penas a condutas sem lei prévia. A reserva legal, por sua vez, define o que seria essa lei, sendo que no atual Estado Democrático brasileiro somente podem ser criados crimes por meio de lei ordinária e, excepcionalmente, Lei Complementar, sendo vedado, por exemplo, a criação por meio de Medidas Provisórias e Leis Delegadas, conforme artigos 62, §1º, inciso I e artigo 68, §1º, inciso II da Constituição Federal.

Apesar de o princípio da culpabilidade não estar expresso no Código Penal ou na Constituição Federal, ambos diplomas normativos o indicam. Da Constituição Federal pode ser extraído da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III da Constituição Federal) e da proibição de se presumir a culpa antes do trânsito em julgado (artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal). Dos diplomas infraconstitucionais há diversos dispositivos, como o artigo 18 do Código Penal que define o que é dolo e culpa e o artigo e o artigo 187, §1º do Código de Processo Penal que diz que o juiz, ao interrogar o réu, deve questioná-lo acerca de residência, profissão, meios de vida, oportunidades e outros (SEMER, 2020). Conforme TAVARES (2019), pode ele ser extraído do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.

O princípio da lesividade, ofensividade ou exclusiva proteção do bem jurídico está, obviamente, intimamente ligado a ideia de bens jurídicos e, por isso, aos Direitos Humanos Fundamentais. Por ser uma das funções do Direito Penal a proteção de bens jurídicos, deve ser negada qualquer espécie de incriminação que não os atinja, devendo a conduta ser a eles ofensiva. É por isso que o princípio da lesividade pode ser dito como a proibição da criação de um crime ou contravenção senão quando o fato for ofensivo a um bem jurídico, danificando-o ou colocando-o em perigo (SEMER, 2020).

A ele podem ser atribuídas quatro funções: *a)* proibir a incriminação de uma conduta interna, não se podendo criminalizar ideias, convicções, aspirações e sentimentos; *b)* proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, vedando, assim, os atos preparatórios e somente podendo punir, ao menos a título de tentativa (artigo 14, inciso II do Código Penal), quando a fase executiva do *iter criminis* é iniciada; *c)* proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais, como ocorreu com os judeus na Alemanha nazista; e *d)* proibir a incriminação de condutas que, mesmo consideradas desviadas, não afetem quaisquer bens jurídicos (BATISTA, 2007 e PRADO, 2020).

O princípio da intervenção mínima é, dentre os princípios formadores, aquele que não indica somente a construção de tipos e limita a sanha punitiva estatal, mas é aquele que mais fortemente define o tom e a natureza político-criminal de um Estado Democrático de Direito. É graças a esse princípio que, de verdade, um Direito Penal pode ser chamado de mínimo, pois não é porque há lei, imputação subjetiva e lesão a um bem jurídico que o Direito Penal deve ser chamado, mas, ao contrário, somente deve o sê-lo quando os demais ramos do Direito (como o civil e o administrativo) não forem suficientes (SEMER, 2020).

Esse princípio de intervenção mínima se divide em dois planos, a fragmentariedade e a subsidiariedade. A ideia da fragmentariedade é aquela de que o Direito Penal, por ser o ramo mais gravoso e por conta de sua função de defesa dos Direitos Humanos Fundamentais contra

a violência estatal, somente pode sancionar as lesões mais graves dos bens jurídicos mais importantes (SEMER, 2020 e BITENCOURT, 2017).

No presente trabalho, entende-se como os bens jurídicos mais relevantes, dignos de tutela penal, os Direitos Humanos Fundamentais, por serem eles a base de todo o ordenamento jurídico e a verdadeira fonte que dá expressão a todo sistema normativo. Além disso, mesmo se tratando de um Direito Humano Fundamental, não se pode incriminar qualquer conduta. Exemplifica-se. A imagem é garantida, pela Constituição Federal, como um Direito Fundamental (artigo 5º, inciso X), pois é expressão da própria pessoa. Nada obstante, é desproporcional por ser irrelevante a lesão a esse direito quando um turista, em um ponto famoso, tira a foto de um monumento ou paisagem e, de ricochete, um terceiro aparece na foto.

A subsidiariedade, por sua vez, reconhece o Direito como um todo como forma de controle social formal e, por isso, deve todo ele ser instrumentalizado, começando dos meios menos invasivos para os mais invasivos, chegando ao Direito Penal (berço das maiores violações estatais de Direitos Humanos Fundamentais). A respeito disso, o Direito Penal, por “ser [a forma] que se utiliza de instrumentos mais enérgicos e mais custosos, como a privação da liberdade, deve ser acionado somente na hipótese em que os outros meios de coerção se mostrem ineficazes; subsidiário, portanto” (SEMER, 2020, p. 106).

2.3.2 Os princípios de modulação do Direito Penal

Os princípios de modulação do Direito Penal atuam em um segundo momento: uma vez realizada a intervenção estatal na liberdade individual, respeitados os princípios formadores e, assim, existente uma verdadeira e, a princípio, democrática intervenção do Direito Penal, deve ser avaliado, sob o prisma de justiça e equidade, se houve o tratamento isonômico e dentro dos limites. Continuando com a classificação de SEMER (2020), nesse conjunto estão os princípios da igualdade e proporcionalidade.

O princípio da igualdade tem caráter dúplice, tendo uma identidade formal e outra material. A ideia formal de igualdade perante a lei (conforme o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal) e material de equidade (conforme o artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal), devendo tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, a fim de superar as desigualdades (MELLO, 2010).

Este princípio, apesar de não ser exclusivamente penal, deve ser observado pelo legislador, juízes e demais operadores e aplicadores das leis penais, porque, caso contrário, gerará distorções, discriminações e perseguições dos menos favorecidos, como as que atualmente existem. O Direito Penal, infelizmente, muitas vezes se demonstra desigual de uma

maneira ruim, pois elege como inimigos estatais aqueles desafortunados, como se percebe na maior punição dos crimes contra proporcionalidade (SEMER, 2020).

Esse princípio, assim, deve ser observado no ramo penal como forma de correção social e correção do próprio ordenamento jurídico-penal, de modo que se busque preservar a dignidade da pessoa humana. SEMER (2020) dá o exemplo de que a diminuição do encarceramento nos crimes contra a propriedade seria uma boa iniciativa para mitigar as desigualdades sociais. Outro exemplo que pode ser pensado é a utilização do artigo 66 do Código Penal para reconhecer, nos cálculos de pena, minorantes inominadas que levam em conta a própria situação precária de grande parte da população brasileira.

Cumprе ressaltar, todavia, que, por conta dos princípios da legalidade e da reserva legal, não se pode admitir que, em razão de uma suposta igualdade, o magistrado ou o aplicador do direito crie condutas criminosas. O único meio de se criminalizar uma conduta é por meio do processo legislativo formal, previsto na Constituição Federal, levado a cabo pelo parlamento federal que representa o povo e a Federação Brasileira.

O princípio da proporcionalidade ordena que cada conduta a ser criminalizada seja na medida estritamente necessária para alcançar os fins do Direito Penal, não podendo haver penas extravagantes ou que excedam o limite necessário (TAVARES, 2019).

A proporcionalidade é um princípio que, apesar de não estar explícito na Constituição Federal, pode ser extraído das cláusulas do Estado Democrático de Direito e da Dignidade da Pessoa Humana (MENDES e BRANCO, 2016).

Tecnicamente, o princípio tem origem no direito alemão e é dividido em três subprincípios: *a)* adequação: é a aptidão de a medida eleita pelo poder público atingir os fins previstos; *b)* necessidade: dentre os diversos meios aptos a atingir a finalidade, o eleito tem que ser o menos gravoso para os Direitos Fundamentais; *c)* proporcionalidade em sentido estrito: análise de se o objetivo almejado é proporcionalmente mais desejado que eventual restrição de direitos (MENDES e BRANCO, 2016)

O princípio se desdobra em dois mandamentos: proibição de excesso e proibição de proteção deficiente. A proibição de excesso é a ideia de que não pode o Estado e o poder público em geral lançar medidas que, após a análise dos três subprincípios, sejam consideradas desproporcionais e que não passem o crivo de constitucionalidade por ferir de morte os Direitos Humanos Fundamentais (MENDES e BRANCO, 2016).

Na seara penal essa ideia é muito importante, sobretudo em um Estado midiático, em que a criminalização e penalização é usada de forma simbólica e proporcional (SEMER, 2020). Nesses casos, deve o legislador se conter e não criminalizar, mas, caso assim o faça, incumbe

ao magistrado usar do controle difuso de constitucionalidade para restabelecer a balança constitucional por conta do princípio da proporcionalidade.

A proibição de proteção insuficiente já parte da análise de que, em determinados casos, o Estado deve intervir para proteger os Direitos Humanos Fundamentais, pois, do contrário, feriria também a proporcionalidade por inércia. Esse modo de ver ganhou força com o Estado Social, em que se reconheceu ataques privados aos direitos mais básicos das pessoas, entendendo que, por vezes, o legislador deve criminalizar condutas atentatórias aos bens jurídicos mais básicos (STRECK, 2009).

Como pode se perceber, é a questão de analisar a necessidade de criminalização desde que respeitado o princípio da intervenção mínima. Entretanto, aqui não pode o judiciário se utilizar de dito princípio para tornar proibidas determinadas condutas, pois, do contrário, o princípio da legalidade, coluna de todo o sistema normativo, estaria ferido.

Nesse sentido são as palavras de SEMER (2020, p. 133) que diz que ainda que exista a “ausência indevida, do ponto de vista político-criminal, de determinada figura cuja criminalização vê-se conveniente em determinado momento da vida social, ou ainda que referida na própria Constituição, esta lacuna não poderá ser preenchida pelo Judiciário”.

Ainda assim, STRECK (2009) defende que dita vertente do princípio da proporcionalidade deve ser observada pelo legislador, não podendo por ele ser menoscabada, sob pena de inconstitucionalidade. Nesse caso, inclusive, poder-se-ia pensar que, aceita essa vertente, não poderia o judiciário criminalizar uma conduta, mas reconhecer, mediante controle difuso por Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, a inércia do poder público.

2.3.3 Os princípios de cominação e aplicação das sanções penais

Uma vez analisada se a norma estatal respeita os princípios formadores, bem como os ideais de justiça e equidade, deve-se avaliar se a sanção a ela imposta está apta a ser executada de uma maneira humana e que atenda especificamente ao fato praticado pelo indivíduo. Esta análise deve ser empreendida por meio dos princípios de cominação e aplicação das sanções penais: a humanidade da pena e a individualização da pena (SEMER, 2020).

O princípio da humanidade da pena, decorrente dos incisos III e XLVII do artigo 5º da Constituição Federal, proíbe o tratamento desumano ou degradante, as penas de morte, de caráter perpétuo, cruéis, de banimento e de trabalho forçado. Além do viés proibitivo, o princípio também impõe que ocorra a individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal), o respeito à integridade física e moral dos presos (artigo 5º, inciso XLIX da Constituição Federal), o cumprimento da pena em estabelecimento distinto, conforme

natureza do delito, idade e sexo do condenado (artigo 5º, inciso XLVIII da Constituição Federal) e o respeito ao direito das presidiárias em permanecer com os filhos durante a amamentação (artigo 5º, inciso L da Constituição Federal) (BITENCOURT, 2017).

De um modo mais generalista, o princípio da humanidade da pena, forte na dignidade da Pessoa Humana (artigo 1º, inciso III da Constituição Federal), pode ser entendido como uma ordem de respeito mínimo à humanidade e as condições essenciais das pessoas físicas (SEMER, 2020).

Por fim, o princípio da individualização da pena, expressamente previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLVI, indica a análise de cada delito em suas especificidades, vedando um tratamento único e desproporcional para todos os delitos. É por isso que se diz que há uma tripla análise de individualização da pena: *a)* a primeira análise diz respeito à individualização legislativa, em que o parlamento, ao elaborar a lei penal e a revisar, analisa as especificidades da infração penal e delimita critérios mínimos e máximos de pena; *b)* o segundo momento é a individualização feita pelo juiz quando aplica a pena, devendo considerar as especificidades e as circunstâncias do caso concreto, seguindo o critério trifásico do cálculo de pena previsto no artigo 59 e seguintes do Código Penal, bem como as disposições em leis específicas; e *c)* o terceiro momento da individualização da pena ocorre na execução penal, com a individualização executória, dando a cada condenado a possibilidade de efetiva reinserção social com base em suas peculiaridades subjetivas (BITENCOURT, 2017).

Assim, o Direito Penal deve observar todos os princípios acima elencados para que se possa entender que há uma efetiva limitação do poder de punir (SEMER, 2020). Portanto, é possível diferenciar, assim, o arbítrio punitivista de um real Direito Penal racional e minimamente eficiente, servindo este último como contenção ao punitivismo (ZAFFARONI *et all*, 2010).

Considerando o até aqui exposto, todos os princípios acima são de importância extrema para o Estado Democrático de Direito. Entretanto, por conta de o presente trabalho ter por escopo a análise da validade, ou não, do modelo brasileiro de responsabilidade penal da Pessoa Jurídica no contexto de expansão do Direito Penal na sociedade pós-moderna, como será analisado a seguir, dar-se-á primazia aos princípios formadores do Direito Penal (legalidade, culpabilidade, lesividade e intervenção mínima).

Portanto, a partir da exposição histórica e teórica acima exposta, sobretudo das finalidades do Direito Penal (limitação do poder punitivo e proteção de bens-jurídicos) e dos princípios formadores deste ramo do Direito, passa-se à análise, no próximo capítulo, da

expansão do Direito Penal na sociedade pós-moderna globalizada e se, diante dessa expansão, o minimalismo penal subsiste.

3 A expansão do Direito Penal na pós-modernidade

Antes mesmo de se debater sobre a expansão do Direito Penal na sociedade pós-moderna, cumpre analisar, brevemente, o que se entende por pós-modernidade, sociedade do risco, liquidez e outras afins, para, em seguida, analisar o papel e a legitimidade, ou não, do Direito Penal nesse âmbito¹⁶.

Em um primeiro momento, a pós-modernidade não pode ser somente vista como o período histórico datado que começa após o ano de 1789, com o fim da idade moderna, pois, a isso, chama-se idade contemporânea. A ideia de pós-modernidade é, antes de tudo, a própria percepção da mudança dos paradigmas ocorrido no século XX e XXI (PILEGGI, 2020).

Se a modernidade é fundada na ideia de progresso, razão e solidez do conhecimento, a pós-modernidade é caracterizada, na realidade, pela mudança de paradigmas, o rompimento com os conceitos sólidos que caracterizavam a modernidade. Essa pós-modernidade, como apresenta GIDDENS (1991), é a evaporação de um enredo histórico em que os seres tem um passado definido e um futuro previsível

A sociedade pós-moderna é marcada pela fluidez, ignorando divisões e barreiras, diluindo certezas. É nesse ambiente que se passa de uma economia fundada na produção para uma que visa o consumo e rompe, inclusive, com as certezas laboratoriais e científicas, pois elas não são mais infalíveis (PILEGGI, 2020).

Juntamente com a pós-modernidade, vem as eras do “pós” e, inclusive, a sociedade pós-industrial. O termo foi usado pela primeira vez na França em 1969 e disseminada nos Estados Unidos a partir de 1973, sobretudo por conta dos movimentos capitalistas que começa a surgir em razão da crise mundial do petróleo. Dita crise gerou uma queda na acumulação de capital das empresas das potências capitalistas e abriu caminho a um pensamento neoliberal¹⁷ que propugnava uma expansão das empresas ao redor do globo (COMPARATO, 2013, p. 67 e 69).

¹⁶ Cumpre esclarecer que não fazem parte de um objeto de análise central da pesquisa as outras duas funções apresentadas por KINDHÄUSER (2020), a saber: a função empírica de compreensão e análise de fatos naturais e sociais especificamente considerados dignos de proteção ou modificação; e função de pesquisa dos fundamentos de ordem material ou substancial. Faz-se ressalva somente que, quanto a essa última função (a de pesquisa dos fundamentos de ordem material), passar-se-á brevemente pela ideia de sociedade do risco, mas não como objeto central da pesquisa, e sim como tema voltado à análise teórica das velocidades do Direito Penal e da possibilidade (ou não) de existência de um Direito Penal mínimo nesse contexto. Portanto, essa breve análise se aproxima da função de pesquisa dos fundamentos de ordem material ou substancial, conforme aponta KINDHÄUSER (2020), mas, por ser somente um ponto para a análise posterior da dogmática e da teoria do Direito Penal, não é o ponto central da pesquisa.

¹⁷ Conforme explica COMPARATO (2013, p. 69), pode-se resumir as principais ideias neoliberais em quatro pontos: a) redução dos poderes estatais, assegurando menos ingerência e maior liberdade nas atividades empresariais; b) privatizações em massa; c) desregulação da atividade econômica; d) mudança de política financeira nacional, com reduções de tributos.

Nesse cenário de pós-industrialização, há uma ascensão das corporações empresárias baseadas em novos saberes tecnológicos que, ao invés de investirem, como faziam, em atividade industrial, passam a exercer atividade econômica organizada para prestarem serviços, inclusive aqueles que antes eram prestados pelo Estado.

Essa política de redução da atividade estatal (redução não somente de prestação de serviços públicos, mas também de atividade reguladora da economia) se espalhou pelo mundo, propiciando que corporações e sociedades empresárias transpusessem fronteiras a fim de encontrar o país mais propício (*rectius*, menos regulado) para exercer suas atividades. Nesse cenário surge a globalização.

O termo globalização, inclusive, não apresenta densidade conceitual suficiente que permita seja trabalhado de maneira unívoca em todos os lugares, e, exatamente por isso, é adotada aqui a ideia de ser ela o surgimento de um mercado mundial dominado por empresas de poder econômico gritante e que atuam em âmbito mundial. Desse modo, é adotada aqui a ideia apresentada por COMPARATO (2013, p. 71):

Entendo que a globalização veio reproduzir, no plano internacional, a mesma estrutura ternária das atividades econômicas, existentes no interior de cada país, [...]”. Ou seja, aos dois setores tradicionais – o das transações econômicas no interior de cada país e a área do comércio exterior – a globalização acrescentou um novo setor, constituído pelo grupo de macro-empresas que passou a dominar o mercado mundial.

É nesse meio de pós-modernidade e pós-industrialização que o ser humano, buscando sempre se satisfazer, tenta se sobrepor à própria natureza e tenta dominá-la de forma brutal. “A maneira invasiva como exploramos a natureza revelou não somente um desequilíbrio ambiental e climático, mas também um modo insustentável de se levar a vida, tanto individualmente como o em sociedade” (PILLEGI, 2020, p. 24).

Nesse sentido, é interessante perceber a relação ambígua entre e inovação¹⁸ e sociedade. O ser humano vê a inovação e a ciência como os principais mecanismos de desenvolvimento social, econômico e cultural, alterando a realidade e impulsionando transformações. Se, por um lado, a inovação surge do contexto social, por outro ela molda as relações desse contexto. Diante dessa modulação do contexto social, por vezes imperceptível, e do rápido avanço técnico-científico, é cada vez mais difícil a previsibilidade de riscos, de maneira que as inovações vão desestabilizando os planos social e econômico (LIMA e COSTA, 2019).

¹⁸ Inovação pode ser entendida como uma “ideia que é identificada como nova por um indivíduo ou sistema social, cujo caráter inovador é determinado pela percepção de novo. Para tanto, é imprescindível a efetiva execução dessas ideias, com valor agregado em um determinado contexto” (LIMA e COSTA, 2019, p. 175).

Diante desse cenário, o ser humano tem uma percepção de falta de controle sobre o mundo e as relações de causa e efeito, sendo que mesmo a evolução da ciência trouxe imprevistos e riscos acima do esperado, ao invés de minimizar os danos e trazer estabilização social (CORRERA, 2021).

Aqui, o Capitalismo ganha cada vez mais força e começa a demonstrar, de maneira mais clara, que o ser humano é meio para se atingir o fim do lucro, culminando na instrumentalização da pessoa em favor do capital.

Em síntese, essa era pós-moderna, em que há a globalização e a liquefação das relações, é marcada por um hedonismo extremo, em que os prazeres de cada um se sobrepõem a ideias de solidariedade, ética e às próprias relações humanas (PILLEGI, 2020).

A sociedade atual privilegia, ao invés da segurança, os ganhos materiais e econômicos, bem como a alta exploração de novas tecnologias a fim de cada vez mais perseguir o lucro. O perigo e o risco passam a ser cada vez mais comuns dentro do consumo normal das pessoas, seja em ambiente individual, como um produto que cause uma doença, seja em ambiente regional ou mundial, como os danos ambientais e as poluições. Essas transformações sociais fizeram com que o sociólogo Ulrich BECK (2010) cunhasse a era atual de sociedade do risco.

PILLEGI (2020, p.31) resume a sociedade do risco na seguinte forma:

Esses novos riscos de alta consequência são diferentes de tudo que já enfrentamos no passado, tanto em escala quanto em complexidade. E, por serem diferentes de tudo que conhecemos e por estarem inerentemente conectados a muitos dos aspectos essenciais da modernidade, tais riscos infectam nossa sociedade com um sentimento fundamental de vulnerabilidade. As sociedades modernas são moldadas por novos riscos e incertezas fabricadas. Suas fundações são abaladas pela antecipação da catástrofe global. Os riscos estão cada vez mais permeando a sociedade moderna, afetando nossa cultura, nossa política e nossos espíritos.

Esses riscos podem ser entendidos, de forma primária, como a potência ou iminência de perigo. O perigo, a partir de uma ótica objetiva é um dado da realidade representante da probabilidade fática de ocorrer uma lesão ou um dano que se deseja evitar (ALBUQUERQUE, 2018)¹⁹.

Esses riscos, na atualidade, são marcados pelas decisões humanas, ou seja, afastam-se daqueles que outrora eram oriundos das forças da natureza, como enchentes, terremotos,

¹⁹ Na esteira de ALBUQUERQUE (2018), o perigo pode ser visto a partir de uma perspectiva subjetiva ou objetiva. Inicialmente, era ele visto a partir dos indivíduos, sendo uma construção subjetiva no sentido de a limitação cognitiva do ser humano impedir que ele conhecesse plenamente os sistemas e nexos causais, podendo deles se aproximar tão somente por meio de abstrações e generalizações, ou seja, por conta da restrição humana o risco é decorrente da ausência de conhecimento pleno. Com os avanços tecnológicos, põe-se em perspectiva a ideia de que o conhecimento pleno passível de evitar desdobramentos causais é tangível, passando-se a uma análise objetiva do perigo, que passa a ser entendido como um dado da realidade mensurável e quantificável que qualifica determinada situação.

maremotos, pois, nos novos riscos, há a presença da racionalidade humana (ALBUQUERQUE, 2018).

Na esteira de ALBUQUERQUE (2018), podem ser apontadas sete características para os riscos da atualidade:

- a) Imperceptibilidade: os riscos atuais são, muitas vezes, imperceptíveis às habilidades sensoriais humanas, demandando um criterioso estudo científico para que possam ser, devidamente, calculados.
- b) Acessoriedade: muitos dos riscos que hoje se vê são decorrências secundárias da modernização, aumentando ainda mais o alarme social, pois eram eles sequer perseguidos, sendo somente efeitos indesejáveis da evolução social e tecnológica.
- c) Atemporalidade: os riscos não se limitam a espaços temporais específicos, sendo que os efeitos tendem a se espalhar e se protrair no tempo, alcançando pessoas que não são da geração produtora do risco.
- d) Globalidade: os riscos extrapolam um âmbito local, alcançando uma esfera global, podendo afetar diversas regiões do planeta e, em alguns casos, ele todo.
- e) Seletividade: os riscos não são distribuídos de forma igualitária, pois as relações sociais entre pessoas de classes diversas têm um importante impacto, sendo que se a pessoa tem menos recursos ela será atingida em uma proporção maior do que aquela que os tem. Além da seletividade individual, os impactos entre as nações mais e menos desenvolvidas também é perceptível, sendo que os países menos ricos são mais atingidos que os mais ricos.
- f) Não-compensabilidade: os danos não podem ser compensados, sendo que a ocorrência de um dano representa uma afetação aos indivíduos que será perene.
- g) Incalculabilidade: como é a própria modernização que cria esses riscos, é difícil acreditar nela para que se possa calcular se potencialmente ocorrerão ou não. Os riscos, assim, são cada vez menos passíveis de compreensão.

Assim, é possível extrair do que previamente se apresentou que a inovação tecnológica patente faz com que a sociedade presencie uma série de descobertas e avanços que surgem nos seios das mais diversas corporações ao redor do globo. Corporações essas que podem escolher atuar em países em que o custo de produção e o ordenamento jurídico não estão suficientemente maduros para frear experiências tecnológicas que podem causar lesões a bens jurídicos relevantes, ou seja, no cenário globalizado as corporações atuam em locais em que a legislação pode mais facilmente trabalhada e dobrada (para não dizer rasgada).

É de se perceber, do que foi até aqui exposto, que há um processo em cadeia que levou a essa sociedade do risco. Primeiramente, a primazia da certeza científica e da racionalidade constante presente na modernidade foi desconstruída para, em seguida, construir uma sociedade fulcrada em velocidade e no menosprezo ou desrespeito pelas relações interpessoais. Após, a pós-industrialização fez com que empresas em escala global se aproveitassem desse cenário e implementassem técnicas perigosas que levaram a incontáveis danos que, por sua vez, instauraram um risco constante na sociedade.

Logo, é possível concluir com ALBUQUERQUE (2018, p. 33) que

[..] o cenário de riscos e incertezas que ora intranquiliza o mundo, não está, propriamente, em contradição com a modernidade. Ele é, na realidade, a expressão de seu desenvolvimento para além do projeto da sociedade industrial. O que ocorreu é que, em um determinado momento, o processo de modernização nos moldes planejados pela sociedade industrial acabou sendo surpreendido pela atualização das suas próprias premissas [...].

É por isso que, conforme o penalista SILVA SÁNCHEZ (2001), atualmente se vive em uma sociedade em que o marco econômico é muito volátil e constantemente aparecem avanços tecnológicos que, utilizados da forma como são, apresentam repercussões diretas no bem-estar dos indivíduos. Esses impactos se apresentam como, por exemplo, um risco de procedência humana como fenômeno social estrutural, ou seja, os riscos que atualmente são vivenciados advêm, muitas vezes, da de decisões humanas sobre como manejar os avanços tecnológicos.

A comercialização de produtos e técnicas em escala global permitem que danos catastróficos às pessoas e aos bens supraindividuais que permitem sua existência somente sejam descobertos após anos (SILVA SÁNCHEZ, 2001), ou, ainda, tenham potencialidade para causar danos ambientais, físicos e patrimoniais em níveis gigantescos, como aconteceu com o rompimento das barragens das cidades mineiras de Mariana e Brumadinho.

É nesse cenário pós-modernista, pós-industrial e globalizado que há cada vez mais uma interdependência entre todas as pessoas e na vida social, sendo que cada vez mais a segurança de os bens jurídicos de uma pessoa dependa da realização de condutas positivas de controle por parte de terceiros (SILVA SÁNCHEZ, 2001).

Demanda-se, assim, que o ordenamento jurídico seja mobilizado para frear lesões aos bens jurídicos das pessoas, pois, conforme KINDHÄUSER (2020, p. 43), somente se justifica o Estado deter o monopólio da força “quando ele seja capaz de oferecer um mínimo de segurança como fundamento para o livre desenvolvimento individual de seus cidadãos”.

Dentre os ramos jurídicos chamados a fazer frente a essas novas lesões está o Direito Penal com novos bens-jurídicos e novos espaços de riscos jurídico-penais relevantes, como se percebe pelos reclames populares por mais leis penais in pejus, seja criando tipos penais ou

dando maior rigor aos existentes. Assim, o marco histórico-material, que é a sociedade pós-moderna e seus riscos, traz consigo a demanda social por uma política-criminal expansiva, sendo o inchaço legislativo em matéria de proibições e cominações de penas cada vez maior.

Surge a chamada expansão do Direito Penal que pode ser conceituada como a “criação de novos bens jurídico-penais, a ampliação de espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, a flexibilização das regras de imputação e a relativização dos princípios político-criminais de garantia” (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 20).

Ocorre, entretanto, que o Direito Penal é o ramo jurídico que mais dá ao Estado a possibilidade de ser arbitrariamente violento contra as pessoas e é certo que, se o Estado tem o dever de proteger as pessoas, as pessoas têm o direito de ter seus Direitos Humanos Fundamentais também resguardados face ao Estado. O dever do Estado em garantir segurança não se limita a repelir perigos existenciais, mas também garantir o âmbito da vida pessoal livre de preocupações o que, certamente, inclui a proteção contra a interferência indevida na liberdade de seus cidadãos (KINDHÄUSER, 2020).

Deve-se, então, analisar se há alguma proposta eficaz, constitucional e legítima, que respeite os princípios do Direito Penal, para que possa haver uma intervenção jurídico-penal na liberdade das pessoas a fim de proteger seus bens jurídicos contra esses novos riscos advindos da sociedade pós-moderna globalizada.

3.1 Devem os riscos da sociedade pós-moderna serem tratados pelo Direito Penal?

O fundamento do uso do Direito Penal para regular e frear os riscos, e, destarte, sua expansão se baseia na ideia de que os riscos atuais, conforme apontado, são decorrentes de pessoas e de decisões de seres humanos, sejam individuais ou coletivas, que, teoricamente, passaram por uma análise racional. Assim, em um primeiro momento, poder-se-ia cogitar que uma regulação ou o controle dessa tomada de decisões, bem como a responsabilização pelos danos poderia ocorrer por meio do Direito (ALBUQUERQUE, 2018).

Surge, assim, o Direito Penal do risco, ou seja, aquele de “característica marcadamente preventiva, ou antecipatória, que se amolda ao modelo de sociedade presente, com a finalidade de solucionar, ou ao menos enfrentar, seus problemas estruturais e prevenir suas consequências” (ALBUQUERQUE, 2018, p. 47).

Conforme MACHADO e MOURA (2011), essa expansão do Direito Penal é marcado, sobretudo, por oito características político-criminais brevemente expostas a seguir. A primeira característica é a tutela dos bens jurídicos transindividuais, passando o Direito Penal a tutelar

os direitos difusos e defender bens marcados pela indivisibilidade e abstração de conteúdo, bem como pela massificação e indeterminação dos titulares. A partir do reconhecimento destes novos bens, a ideia de que a teoria do bem jurídico tinha um viés estritamente negativo (limitação ao poder de punir) é colocada em xeque, de modo que ganha força a ideia de que a teoria tem também um viés positivo (fundamento de novas incriminações) a fim de proteger estes bens (MACHADO e MOURA, 2011).

A segunda característica é a utilização em demasia de tipos penais abertos, de normas penais em branco e, conseqüentemente, de uma acessoriedade normativa. O legislador se vale, ultimamente, de tipos penais marcados por um alto grau de indeterminação (tipos penais abertos) ou, ainda, por tipos penais que remetem a outras normas, penais ou não (normas penais em branco), flexibilizando-se o princípio da legalidade penal, sobretudo a ideia de taxatividade e certeza que a norma penal demandaria (MACHADO e MOURA, 2011).

Em um terceiro ponto, o Direito Penal se expande a partir da flexibilização do conceito de causalidade. Atualmente, a ideia de causalidade deixa de estar somente nas teorias clássicas e passa a se valer de teorias de outras ciências (como da física quântica) para tratar da complexidade do mundo atual e superar a dificuldade de acesso imediato à realidade empírica (MACHADO e MOURA, 2011).

O quarto aspecto de alargamento do Direito Penal é a ampla criação de delitos de perigo abstrato a fim de prevenir os riscos derivados da vida moderna e antecipar a intervenção penal. Os crimes de perigo abstrato não aguardam a ocorrência de um dano, pois basta a ocorrência de determinada conduta colocada como abstratamente perigosa para que se possa punir o agente (MACHADO e MOURA, 2011).

A quinta característica é a ampliação dos delitos omissivos, tanto pelo aumento de tipos penais que incriminam um não fazer quanto pela ampliação do conceito de garantidor do bem jurídico que permite punir a conduta omissiva como se comissiva fosse. Isso ocorre porque fatores jurídicos e sociais da sociedade do risco, como a maior aproximação e interdependência de organizações individuais, ampliam os deveres de agir (MACHADO e MOURA, 2011).

A sexta tendência que representa a ampliação do Direito Penal é a ampliação do uso de tipos penais culposos e a normatização do conceito de dolo. Os tipos culposos (que demandam a violação de um dever objetivo de cuidado do agente despido de consciência e vontade de atingir o resultado) passam a ser cada vez mais utilizados pelo legislador penal, invertendo-se a lógica do regime de excepcionalidade dessas condutas. Além disso, o conteúdo do dolo começa a ser questionado, sendo que há uma tendência, ainda não acolhida pela lei brasileira, de substituir a necessidade de conhecimento e vontade de resultado para a simples necessidade

de conhecimento, ou seja, o dolo eventual passaria a ser adotado como regra e a diferença dele culpa consciente seria dissolvida (MACHADO e MOURA, 2011).

O sétimo ponto de expansão é a mudança da ideia de culpabilidade e a adoção da responsabilidade penal das Pessoas jurídicas. A culpabilidade, anteriormente entendida a partir de um conceito ontológico de livre arbítrio, passa a ser questionada e cada vez mais há a defesa de certa normatização do conceito, flexibilizando-se a necessidade de um substrato humano para a reprovação. Essa ideia permite, com maior facilidade, a defesa da responsabilidade penal das Pessoas jurídicas, pois a culpabilidade enquanto reprovação de uma conduta humana injusta (típica e ilícita) é um dos maiores entraves para um sistema autônomo de responsabilidade dos entes coletivos (MACHADO e MOURA, 2011).

Por fim, como oitava característica do expansionismo penal, está a flexibilização dos conceitos de autor e partícipe, pois, no campo dogmático, há uma tendência a substituir o conceito de domínio pela ideia de infração de dever. Além disso, a participação punível e seus limites é motivo para debate, pois, sobretudo com a criminalidade organizada, o critério do domínio do fato não é mais suficiente para explicar os processos de imputação aos responsáveis (MACHADO e MOURA, 2011).

Em síntese, a expansão do Direito Penal traz novos bens-jurídicos e a revalorização de outros, surgem fenômenos que influenciam na teoria do delito e na imputação do resultado delitivo, tal como a expansão do resultado relevante que, na atualidade, não somente é aquele do dano (efetiva lesão ao bem jurídico), mas também é o do perigo; assim também a ideia de autoria de escritório e a possibilidade de denúncias gerais (e não genéricas), atribuindo o resultado a todo corpo diretivo de uma Pessoa Jurídica.

Assim, percebe-se uma série de características que expandem o alcance jurídico-penal e permitem um amplo debate, mas, no presente trabalho, a sétima característica ganha primazia, especificamente na ideia de responsabilidade penal da Pessoa Jurídica.

Nada obstante, cumpre assinalar que os pesquisadores têm controvertido se essa expansão tem um fundamento legítimo e pode ser empreendida ou se, ao revés, é um nefasto produto da perversidade estatal que se usa do Direito Penal como uma solução simplista para os problemas sociais, devendo deixar o tratamento dos riscos da pós-modernidade para outros ramos do Direito.

Poder-se-ia elencar, aqui, três posicionamentos sobre a expansão ou não do Direito Penal: o minimalismo, o expansionismo normativo e o expansionismo descritivo (OLIVEIRA, 2012).

De um lado, o minimalismo traz críticas acirradas a essa expansão do Direito Penal como é o caso, por exemplo, da chamada escola de Frankfurt. Esse posicionamento defende que a expansão afronta os princípios basilares deste ramo jurídico que deveria ser reservado a bens jurídicos individuais, rechaçando a ideia da tutela da ordem econômica e de bens supraindividuais. O Direito Penal deve tratar somente do núcleo clássico, devendo essas novas expressões da atividade regulatória do Estado ser reservadas aos ramos extrapenais, como o Direito Administrativo e o Direito Civil (OLIVEIRA, 2012).

Os expansionistas prescritivos, por sua vez, são partidários de um Direito Penal que atue em áreas que antes não eram tratadas, como o Direito Penal econômico. Logo, entendem que a expansão jurídico-penal deve ocorrer, devendo ser analisada tão somente até onde e até quando (OLIVEIRA, 2012).

Os expansionistas descritivos são aqueles que percebem um prognóstico de “desenvolvimento natural de expansão do Direito penal como realidade incontestável, à qual pesquisadores de viés mais conservador não poderá necessariamente fazer frente. Este prognóstico de expansão estaria relacionado ao fenômeno da globalização [...]” (OLIVEIRA, 2012, p. 19).

Sem dúvidas que essa divisão dos pesquisadores frente ao expansionismo é um reducionismo com cariz metodológico para que, simplificando, possam as ideias ser vistas de uma forma mais homogênea, permitindo tratar de temas complicados de maneira mais simples. Nada obstante, é uma simplificação e, por isso, esconde as nuances que devem ser analisadas, sobretudo diante da constatação de que essa expansão do Direito Penal já ocorre, como na Lei 9.605 de 1998 que traz diversos crimes de perigo, a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica e a tutela do meio ambiente.

Portanto, deve-se analisar, sobretudo, propostas concretas que buscam enfrentar a problemática e analisar se suas proposições, ao menos em tese, são as melhores e se estão ou não sendo aplicadas. É por isso que a seguir se analisa, brevemente, duas propostas de leitura desse fenômeno de expansão do Direito Penal: o direito de intervenção de Hassemer, que pode ser enquadrado na corrente minimalista, e as velocidades do Direito Penal, de Silva Sanchez, que estaria dentro da corrente do expansionismo descritivo.

3.1.1 O modelo de Direito de Intervenção proposto por Hassemer

Winfried Hassemer faz parte da chamada escola de Frankfurt²⁰, assim chamada por partilharem a mesma perspectiva contrária à expansão do Direito Penal, podendo serem considerados como minimalistas. Essa escola possui como ponto comum a ideia de que o Direito Penal contemporâneo afronta os princípios do Direito Penal iluminista, haja vista que dito ramo jurídico somente deveria tratar das condutas que violassem os bens-jurídicos tidos como essenciais ao convívio social (OLIVEIRA, 2012).

Analisando o fenômeno da expansão do Direito Penal, HASSEMER (2008) divide este ramo jurídico em Direito Penal clássico e Direito Penal moderno. Para o autor, o Direito Penal clássico possui um núcleo ideal baseado na Filosofia política do Iluminismo calcada no contrato social que busca estabilizar os ajustes feitos pela sociedade, ou seja, é o Direito da violação da liberdade e de suas consequências (HASSEMER, 2008).

Seguindo essa lógica, HASSEMER (2008) entende que somente a violação das liberdades asseguradas pelo contrato social pode constituir crime e desde que haja uma fronteira absolutamente precisa e densa entre o que é liberdade e o que é renúncia a ela. Os bens jurídicos legítimos, que serviriam tão somente como critério negativo da atividade legislativa, seriam somente os individuais ou, caso se considere inevitável, a proteção e bens coletivos, desde que remetam a bens individuais.

Entretanto, os problemas “modernos” trazem novos desafios, levando o legislador a levar ao Direito Penal questões como o ambiente, a economia, as drogas e o crime organizado. Reclama-se dos déficits de implementação penal e há uma reivindicação por meios de coerção mais efetivos. É dessa problemática que advém o Direito Penal moderno (HASSEMER, 2008).

Esse Direito Penal moderno se distancia de conceitos metafísicos e dá primazia ao empirismo, favorecendo perspectivas teóricas que dão mais valor à prevenção do que à retribuição. Esta prevenção, que antes era acessória para o Direito Penal clássico, converteu-se no paradigma do Direito Penal moderno, como ocorre na defesa de uma função pedagógica, que ensine a população a proteção de bens como o meio ambiente, mas que não questiona a adequação ou a justiça (HASSEMER, 2008).

Além disso, a ideia de proteção de bens jurídicos passa por duas diferenciações: os bem-jurídicos ganham uma nota claramente coletiva ou, até mesmo, institucional e deixam de ser

²⁰ A escola de Frankfurt surgiu na Universidade alemã de Frankfurt em 1923 com a criação do instituto de Pesquisas Sociais. Surgiu o instituto como fomento para estudos fundamentados pela teoria do marxismo e se firmou pela chamada Teoria Crítica (realizava tanto uma crítica social ao desenvolvimento intelectual da sociedade quanto uma leitura do próprio marxismo). Nesse sentido, conferir o texto de MOTTA (2014).

um critério meramente negativo e passa a ser fundamento de atividade legislativa que, por meio de proteção destes bens, acabam por obrigar a criação de novos tipos penais (HASSEMER, 2008).

Conforme o autor:

As áreas que o moderno Direito penal se concentra têm a ver apenas indiretamente com os interesses do cidadão comum. Elas dizem respeito mais diretamente às instituições sociais ou mesmo do estado. A proteção de bens jurídicos converte-se em proteção das instituições no moderno Direito penal.

A essa tendência corresponde a instituição de bens jurídicos universais, cuja proteção é priorizada em detrimento dos bens jurídicos individuais [...]. (HASSEMER, 2008, p. 252 e 253)

Como mecanismos para dar cabo dessa modernização do Direito Penal, o legislador se vale das ferramentas de prevenção geral dos crimes de perigo abstrato e do simbolismo jurídico-penal. O Direito Penal é transformado em uma *soft law*²¹, ou seja, somente mais uma forma de intervenção jurídica, desprezando-se a diferenciação das diversas áreas jurídicas (OLIVEIRA, 2012).

Os problemas apresentados pelo autor para essa nova atuação do Direito Penal, segundo ele, podem ser vistos em duas partes: *a)* o primeiro dos problemas é o déficit de resultados, ou seja, há o aumento de um rigor do Direito penal, mas a capacidade de efetivamente resolver os problemas não está provada; *b)* o segundo problema é o risco de o Direito Penal tentar cumprir sua missão de uma maneira meramente simbólica, não protegendo efetivamente os bens-jurídicos, mas somente torna público que os governantes supostamente levam a sério as crises de sua época (HASSEMER, 2008).

Na esteira de OLIVEIRA (2012, p. 24), as críticas de Hassemer podem ser resumidas no seguinte sentido:

Apesar de toda a sequência de críticas presentes na obra de Hassemer às manifestações do Direito penal atual, o cerne da censura do autor ao modelo “moderno” é a incorporação de bens jurídicos universais, supra-individuais, a ampliação do número de condutas tipificadas e conseqüente vagueza dos termos, a busca de efeitos simbólicos, a fragilidade que acarretam ao mandado de determinação da norma, o uso frequente de estrutura de perigo abstrato, e o afastamento de garantias constitucionais em busca da eficiência.

A solução de HASSEMER (2008) para os problemas acima elencados seria despojar o Direito Penal de sua modernidade, ou seja, reduzi-lo a um Direito Penal nuclear que abarcaria somente as lesões e perigos visíveis (concretos, na linguagem usada no Brasil) a bens-jurídicos

²¹ *Soft law* é um termo surgido no contexto do Direito Internacional que se refere a uma norma flexível negociada pelos Estados como códigos de conduta sem força vinculante. Nesse sentido, conferir: o texto de LOPES, MAZURKIEWICZ e BARBOSA (2019).

individuais ou universais, mas estes últimos somente se definidos com a máxima previsão possível e sejam operacionalizados a partir de bens individuais.

Já para a parte moderna do Direito Penal, em que se dá primazia a bens-jurídicos totalmente universais e à técnica preventiva, o ideal seria adotar um novo ramo do Direito, o Direito de Intervenção ou Direito Interventivo. Busca-se com esse sistema despir o Direito Penal de sua modernidade e passá-la para um ramo que está entre ele e o Direito Administrativo, não sendo um Direito Penal brando, mas sim uma resposta nova e qualitativamente diferente (HASSEMER, 2008).

O Direito de Intervenção seria marcado por um interesse preventivo voltado para situações de grandes riscos e ameaças. “Ele substituiria o Direito penal nas áreas em que este só poderia ser empregado ao preço de renunciar a suas condições vitais: prevenção de danos em tempo hábil em vez de reação tardia à lesão de bens jurídicos” (HASSEMER, 2008, p. 314).

A principal característica do Direito de Prevenção seria a não imposição de penas privativas de liberdade e a dispensa dos critérios rígidos de imputação pessoal de responsabilidade previstos no Direito Penal, o que permitiria sua atuação preventiva e a responsabilização coletiva (OLIVEIRA, 2012).

As ideias de Hassemer, contudo, sofrem críticas de alguns autores e pesquisadores, tanto no que diz respeito a sua crítica ao Direito Penal moderno quanto na formulação do Direito de Intervenção.

SCHÜNEMANN (1998) tece críticas às ideias da Escola de Frankfurt e de Hassemer no que diz respeito especificamente aos problemas do Direito Penal moderno, sobretudo por entender que a finalidade do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos.

Criticando a exaltação aos bens jurídicos individuais (ou universais remetidos ao indivíduo), chamando essa visão de teoria monista-individualista de bem jurídico, o autor concorda com Hassemer em sua visão de contrato social, mas entende que dita teoria deveria levar em conta as diversas gerações e não somente a atual. Portanto, se se concebe a ideia de contrato social desde o ponto de vista do *homo sapiens* em seu conjunto, o Direito, incluindo o Direito Penal, deveria ter um caráter intergeracional e protetor de bens jurídicos tanto individuais quanto aqueles que favoreçam a todas as gerações, como é o caso meio-ambiente (SCHÜNEMANN, 1998).

Entende o autor que, se se tomar por base a ideia de um bem-jurídico vinculado estritamente ao indivíduo e à sua liberdade individual, estar-se-ia elevando a proteção do indivíduo egoísta em detrimento das condições de vida das futuras gerações, o que vem a ser

utilizado, na sociedade pós-moderna, para encobrir uma pseudo individualidade que privilegia aos interesses industriais. (SCHÜNEMANN, 1998).

Quanto ao problema dos crimes de perigo abstrato, será analisada somente a crítica de SCHÜNEMANN (1998) no que diz respeito à sua pertinência à sociedade pós-industrial e ao Direito Penal do risco, sem se adotar aqui postura a favor ou contrária à tal espécie de tipificação, ressaltando-se somente que o tema é polêmico e merece maior aprofundamento, o que não pode ser feito no bojo desta dissertação.

Neste ponto, analisando o papel do Direito Penal na sociedade do risco, o autor entende que o principal problema a ser enfrentado é o incremento das interconexões causais causado por ações coletivas que ocorrem em comportamentos anonimizados. Assim, conforme SCHÜNEMANN (1998), reduzir o Direito Penal aos crimes de resultado é equivalente a negar a função de proteção de bens jurídicos em face da atuação da sociedade moderna. Argumenta especificamente que, para que o Direito Penal não se apresente como um instrumento meramente simbólico e ilusório diante das condições da sociedade e do mercado da atualidade, devem levados em conta os comportamentos coletivos que se encontram fora do âmbito de liberdade permitida.

Além de críticas à ideia de Direito Penal clássico e moderno, há críticas dirigidas a própria ideia de Direito de Intervenção. Considerando que Hassemer defendia a subtração do Direito Penal dos novos crimes, as garantias principiológicas que devem estar presentes em toda e qualquer intervenção penal na esfera de liberdade do indivíduo também seriam retiradas (CORRERA, 2021). É por isso que pesquisadores como MARINUCCI e DOLCINI (1999) entendem que o Direito de Intervenção pode dar vez a uma proposta autoritária, haja vista que o ponto fulcral deste ramo jurídico seria a flexibilização de garantias e procedimentos, sem os princípios de garantia do Direito Penal²².

Já SILVA SÁNCHEZ (2001) entende que, apesar de alguns autores e pesquisadores, como é o caso de Hassemer, defenderem a volta ao Direito Penal liberal voltado para bens pessoais e ao patrimônio, essa volta é impossível, pois esse Direito Penal, em verdade, nunca existiu. Argumenta SILVA SÁNCHEZ (2001) que a verdadeira imagem do Direito Penal do

²² Cumpre observar que dita crítica é rebatida por pesquisadores, como, por exemplo, PEREIRA (2006). Segundo o autor, o Direito de Intervenção renuncia a reprovação pessoal, focando na prevenção e, por isso, seria um novo sistema no mundo jurídico. O autor defende a legitimidade do Direito de Intervenção com uma proposta qualitativamente semelhante à de SILVA SÁNCHEZ (2001), que será mais adiante discutida, defendendo a diminuição de garantias por conta da diminuição da gravidade das sanções. Nada obstante, conforme se defenderá mais a frente, sempre que se diga Direito Penal, com redução ou não de gravidade de sanções, há um núcleo princiológico, conforme visto anteriormente, que não pode ser questionado, o que, todavia, pode não sobreviver na proposta de Direito de Intervenção.

século XIX não é a que se divulga, pois, por um lado, esquece-se que havia uma rígida proteção do Estado e de princípios de organização social e, por outro, porque as garantias formais eram tão somente o contrapeso do rigor extraordinário das sanções impostas.

Para o autor, defender esse Direito Penal clássico que nunca existiu e negar a modernização completa do Direito Penal é criar um Direito Penal de classes em que o praticante de delitos patrimoniais como o furto, por exemplo, seguiria sendo apenado, mas o criminoso econômico ou ecológico estaria à margem da justiça penal (SILVA SÁNCHEZ, 2001).

Ainda questiona o argumento de devolução ao Direito Administrativo sancionador da parte moderna do Direito Penal. SILVA SÁNCHEZ (2001) entende que, de uma perspectiva acadêmica e no plano abstrato-teórico, é possível defender que essa é a medida mais correta, mas, ao levar em conta as referências sociais, espaciais e temporais concretas, não se lograria êxito em obter soluções racionais para minimizar os problemas concretos, pois é tendência na maioria dos países a utilização do Direito Penal e de penas menos graves para fatos “administrativizados”.

Portanto, o pesquisador constrói sua teoria a partir de uma visão mais realista, buscando, a partir do panorama concreto de expansão do Direito Penal, como pode esse ramo jurídico, desde uma perspectiva racionalizadora, acolher os reclames sociais e garantir um sistema justo (SILVA SÁNCHEZ, 2001).

3.1.2 O modelo de velocidades do Direito Penal proposto por Silva Sánchez

A teoria das velocidades de Jesús-Maria SILVA SÁNCHEZ (2001) parte de uma relação direta existente entre garantias patentes em um sistema de imputação e a gravidade das sanções decorrentes da aplicação da norma penal. Defende que dentro de um mesmo ordenamento jurídico-penal pode haver uma gradação entre as garantias com base nas consequências jurídicas a serem impostas, de modo que, quanto mais grave a pena, mais forte e robusto é o acervo de garantias.

O autor pressupõe que o Direito Penal não se limita à aplicação de penas privativas de liberdade, mas que também trabalha com a limitação e a racionalização de penas pecuniárias e de restritivas de direitos. Para estas penas, menos rigorosas quando comparadas com as privativas de liberdade, poderiam algumas garantias ser flexibilizadas. Logo, o problema deixa de estar na expansão do Direito Penal a ramos que antes não lidava e passa a ser a expansão da aplicação da pena privativa de liberdade para essas novas áreas que demandam novas espécies

de soluções. Logo, o que deve ser contido de todo modo é a pena privativa de liberdade (SILVA SÁNCHEZ, 2001).

Apesar de reconhecer um ponto de contato com a ideia de Direito de Intervenção de Hassemer, SILVA SÁNCHEZ (2001) argumenta que manter esses ilícitos na seara penal, desde que com menor intensidade, segue tendo vantagens, a saber: *a)* em comparação com o Direito civil compensatório, o Direito Penal tem a força sancionatória e o mecanismo público de persecução penal – segundo o autor, isso adiciona uma dimensão comunicativa de conexão ético-social de todos os delitos de um ordenamento jurídico; *b)* quando posto frente a frente ao Direito Administrativo, mesmo que em seu âmbito sancionador, o Direito Penal é mais neutro politicamente e o mecanismo jurisdicional traria imparcialidade.

É daí que se defende que o Direito Penal é formado por uma unidade substancial que contém dois grandes blocos, o primeiro de crimes apenados com penas privativas de liberdade, e o segundo de crimes a que se cominam penas pecuniárias e restritivas de direitos. Para além da divisão de bens jurídicos individuais ou universais ou ainda de novos ou antigos delitos, o que caracteriza se um crime estará no primeiro ou no segundo bloco é a qualidade da pena a ser aplicada, se privativa de liberdade ou não (SILVA SÁNCHEZ, 2001).

Assim, o primeiro bloco de delitos de Direito Penal é denominado como os de primeira velocidade, aquele em que se aplica pena privativa de liberdade com todas as rígidas garantias do Direito Penal “clássico” que não podem ser flexibilizadas. Já o segundo bloco seria um Direito Penal de segunda velocidade, em que os crimes são punidos com penas restritivas de direitos ou pecuniárias, podendo as garantias serem flexibilizadas e assim, razoavelmente, expandir o Direito Penal para os problemas oriundos da sociedade do risco (SILVA SÁNCHEZ, 2001).

Nada obstante, caso os ordenamentos jurídicos desvirtuem essa lógica e flexibilizem garantias individuais para aplicar penas privativas de liberdade, aí se estaria entrando em uma seara irrazoável, carecendo a expansão de razoabilidade político-jurídica, conforme defende SILVA SÁNCHEZ (2001).

Entretanto, aduz OLIVEIRA (2012) que a segunda velocidade não seria restrita ao Direito Penal contemporâneo, mas é patente uma característica do Direito Penal de toda a segunda metade do século XX e, apesar de reconhecer similaridades nas propostas de Hassemer e Silva Sánchez, esclarece a diferença entre as propostas dos autores:

Ao contrário de Hassemer, contudo, que visualiza o Direito de intervenção como ramo independente do sistema penal, Sánchez defende a manutenção das condutas do Direito penal de segunda velocidade dentro do mesmo, ou seja, seguindo regras processuais penais, aplicadas por um juiz togado, e inclusive dentro da mesma estrutura física (sala de audiências, aparato policial, presença do Ministério público),

pois acredita que o potencial estigmatizante do processo penal, bem como a força comunicativa do sistema penal, funcionem melhor como estratégia de prevenção geral. A definição de condutas dentro do Direito penal teria o condão de diminuir a tendência à administrativização desta área, em um processo que Sánchez considera um dos grandes problemas político-criminais modernos (OLIVEIRA, 2012, p. 63).

O que Silva Sánchez defende é a fragmentação da parte geral do Direito Penal para ter um núcleo e duas partes específicas a ser aplicado a cada espécie de delito apenado com determinada pena, ao passo que Hassemer, buscando evitar dita fragmentação, busca expurgar do Direito Penal sua parte moderna (OLIVEIRA, 2012).

Conforme OLIVEIRA (2012), a proposta de Silva Sánchez permite que haja uma zona cinzenta entre as matérias passíveis de serem tratadas pelo Direito Penal ou ser deixadas para o Direito Administrativo sancionador. Conforme explica a autora, Silva Sánchez entende que nessas zonas limítrofes o que realmente define é um conteúdo valorativo definido pela decisão política de qual sanção adotar a partir de critérios de conveniência e política criminal.

Apontadas as proposições tanto de Hassemer quanto de Silva Sánchez, bem como algumas críticas dirigidas às ideias de um e de outro, deve-se tomar uma posição a respeito da expansão do Direito Penal, pois a mera citação das correntes dogmáticas não é apta a sustentar o trabalho e a limitação racional do poder punitivo.

3.1.3 Tomada de posição quanto a expansão do Direito Penal no Brasil

A análise a seguir passa por quatro argumentos que farão que, após expostos, seja tomado posicionamento. Os argumentos são: *a)* a completude da proposição teórica dos autores e a possibilidade de frear o poder punitivo; *b)* a análise da realidade e dos rumos que o ordenamento jurídico brasileiro tem seguido, a fim de ver qual proposição tem mais potencialidade de garantir os direitos e liberdades individuais de um ponto de vista de *lege lata*; *c)* a análise da equidade, de maneira a evitar discriminações de ramos jurídicos por classes econômicas; e, por fim, *d)* a possibilidade de se compatibilizar a modernização do Direito Penal com a ideia de *ultima ratio*.

Primeiramente, quanto a completude da construção teórica, apesar dos méritos da proposta de HASSEMER (2008), o próprio autor admite que sua teoria ainda está em formulação e, considerando isso, é possível constatar a difícil aplicação imediata, pois a falta de maturação teórica poderia permitir, no entender do autor desta dissertação, a discursos autoritários.

Nesse jaez, a ideia de ser um novo ramo jurídico qualitativamente distinto do Direito Penal, abriria margens para argumentos de não observância dos princípios penais, o que traria

uma perigosa intervenção administrativo-sancionadora na esfera do indivíduo sem as garantias penais anteriormente tratadas. É nesse sentido também a crítica de MARINUCCI e DOLCINI (1999) que acabam dizendo que é uma proposta autoritária.

Como já se viu neste trabalho, o objetivo primordial do Direito Penal é frear o poder punitivo estatal, diferenciando-se, assim, o puro poder de punir de um ramo jurídico racionalmente orientado à finalidade de proteger o indivíduo em face do Estado. Dessa maneira, entende-se, aqui, que enquanto a proposta do Direito de Intervenção não for melhor desenvolvida, protegendo o cidadão de forma mais contundente em face do Estado e de seu poder punitivo, tirar do Direito Penal alguns fatos seria colocar o cidadão à mercê de discursos punitivistas e autoritários.

Dessa maneira, a proposta de SILVA SÁNCHEZ (2001) apresenta maior potencialidade de, no atual cenário brasileiro, frear os poderes punitivos do Estado, pois o Direito Penal, seja ele de primeira ou segunda velocidade, deve observar os princípios básicos a fim de que se cumpra a primeira finalidade do Direito Penal: frear o poder punitivo do Estado e proteger o indivíduo em face de um ente que detém o monopólio do uso da força.

Em um segundo ponto, SILVA SÁNCHEZ (2001) traz um ponto prático importante, pois o que se observa hoje, inclusive no Brasil, é a expansão do Direito Penal para todas as áreas da sociedade do risco (MACHADO e MOURA, 2011). Percebe-se que, mesmo com as incursões teóricas contra essa expansão, como faz HASSEMER (2008), ela continua a ocorrer de maneira acrítica. Destarte, somente negar a intervenção penal não é o suficiente para freá-la, sendo necessário procurar uma proposta, ao menos momentânea, para que se possa racionalizar a efetiva e cotidiana sanha punitivista. Entretanto, isso não impossibilita que, a longo prazo, é saudável que se pense e defenda a retirada dessa “modernidade” do Direito Penal.

Essa expansão penal no Brasil pode ser exemplificada na esteira do que apontam MACHADO e MOURA (2011) ao indicarem uma série de leis penais aptas a demonstrar que a realidade jurídica no Brasil é de expansão do Direito Penal. Dentre outras, citam eles as seguintes Leis: 6.766/1979 (parcelamento do solo urbano), 7.492/1986 (colarinho branco), 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), 8.078/1990 (relações de consumo), 8.137/1990 (ordem tributária) 8.176/1991 (ordem econômica), 9.034/1995 (crime organizado), 9.279/1996 (propriedade industrial), 9.605/1998 (meio ambiente), 9.613/1998 (lavagem de capitais), 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), 10.826/2003 (Desarmamento), 11.105/2005 (Biossegurança) e 11.343/2006 (nova Lei antidrogas).

Isso demonstra que desde a década de 1970 até depois dos anos 2000 houve uma crescente criminalização de condutas para além daquele núcleo previsto no Código Penal, sendo que muitos dos bens jurídicos que se busca tutelar são transindividuais.

Diante disso, é inegável que a expansão do Direito Penal já é uma realidade no Brasil e o Direito de Intervenção, por mais meritório que seja, é uma construção teórica ainda de *lege ferenda*, devendo haver, para sua adoção, uma real alteração da legislação penal. Por isso, enquanto não há a modificação da legislação, a ideia de Direito Penal de velocidades e a referência aos princípios democrático-penais sugere ser melhor opção para, no Brasil, racionalizar o exercício do *jus puniendi*, pois a expansão penal já ocorreu e negá-la sem racionalizá-la dá margem para que arbitrariedades ocorram cada vez mais corriqueiramente.

Por fim, analisando a equidade e a vedação de um Direito Penal voltado somente para a classe baixa, tem-se a visão democrático-penal de SCHÜNEMANN (2002), que critica a ideia de o Direito Penal clássico ser uma formulação teórica perfeita, argumentando que se retirar a modernidade do Direito Penal é fazer um Direito Penal seletivo que criminaliza somente os menos afortunados da sociedade.

Nessa esteira, o autor argumenta que as normas incriminadoras sempre foram dirigidas às classes sociais mais baixas, o que ocorreu mesmo na época da ilustração, pois, nada obstante a evolução de não se queimar mais “bruxas”, o furto ainda era dirigido a classes baixas da população. A tutela da propriedade individual é o grande motivo para que as classes baixas, desprovidas de recursos e de bens materiais, sejam os alvos do sistema penal. Conforme o pesquisador, não há surpresa nesse ponto porque o Direito Penal liberal, mesmo que tenha trazido diversas garantias, foi a cópia do conceito liberal de propriedade (SCHÜNEMANN, 2002).

SCHÜNEMANN (2002), entretanto, não defende a abolição penal ou a adoção de uma visão marxista, mas sim parte de um pressuposto de igualdade e justiça, considerando que o Direito Penal deve também lutar contra os perigos sociais.

Conforme OLIVEIRA (2012, p. 69), essa ideia de equidade, aqui exposta pelas ideias de SCHÜNEMANN (2002), é a crítica mais contundente contra a proposta do Direito de Intervenção, pois “terá como consequência a crescente separação do objeto de tutela e uma maior seletividade do sistema penal”.

Por fim, quanto a crítica de violação à ideia de subsidiariedade da área penal, SCHÜNEMANN (2002) aponta a insuficiência da área cível, sobretudo do Direito Civil e do Processo Civil que, para ele, não são áreas com perspectivas de exitoso tratamento da sociedade atual. Conforme o autor, o processo civil atual é demasiadamente demorado e custoso para as

próprias partes, o que afetaria o próprio acesso à justiça e aos direitos dos cidadãos. Juntamente a esse déficit do próprio Processo Civil, haveria a questão de os autores de crimes do Direito Penal moderno estarem, normalmente, protegidos por aparatos econômicos e empresariais, podendo enfrentar tranquilamente um processo civil moroso, diferentemente das pessoas menos abastadas.

Diante disso que foi apresentado, entende-se que a melhor maneira de racionalizar o poder punitivo estatal a curto e médio prazo é a adoção de uma perspectiva que reconhece a expansão do Direito Penal como uma realidade, mas que deve vir acompanhada de princípios. Portanto, mesmo que se possa defender, a longo prazo, a superação do Direito Penal em alguns pontos, adotando a ideia do Direito de Intervenção, a morosidade na transição sem o devido tratamento e contenção do *jus puniendi* na atualidade é preocupante e, por isso, neste trabalho, a proposição teórica de SILVA SÁNCHEZ (2001) é vista como a mais consentânea com a atualidade.

Apesar de, factualmente, essa expansão do Direito Penal ser percebida, ela deve ser vista com cautela e criticamente, não devendo ser nem de seu todo acatada, nem de seu todo rejeitada. A legitimidade dos instrumentos expansionistas, como a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica, depende da análise formal e material das garantias penais do cidadão (MACHADO e MOURA, 2011), ou seja, dos princípios penais que devem estar presentes em um Estado Democrático de Direito, verdadeiros caracterizadores de um Direito Penal mínimo protetor do cidadão.

MACHADO e MOURA (2011) defendem que nem toda a expansão do Direito Penal é ilegítima, mas deve-se separar o “joio do trigo” com o fundamento e observância dos princípios penais de garantia. Seguindo essa linha, mas especificando ainda mais o conteúdo dos princípios, para a formação de uma expansão hígida deve se observar, primeiramente, os princípios formadores do Direito Penal, pois, como já se disse no tópico 2, são eles que permitem avaliar se uma intervenção penal é válida ou não, e, se não forem respeitados, será forçoso dizer que a incriminação ou a intervenção penal do estado sobre a liberdade do indivíduo é ilegítima, inválida e não-penal.

Definida a posição aqui adotada quanto à expansão do Direito Penal no Brasil, passe-se à análise do ponto principal deste trabalho, a saber: a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica. Nesse sentido a proposta é avaliar como uma atividade econômica organizada para fins de produção ou circulação de bens ou mercadorias (empresa) é incorporada na lógica do Direito Penal, discorrendo, assim, sobre aspectos conceituais acerca do que é empresa, seu conceito e delimitação, bem como como é concebido o Direito Penal da Empresa.

3.2 *O Direito Penal da Empresa no cenário de expansão punitiva característico das sociedades contemporâneas*

Conforme aludido anteriormente, a Sociedade Pós-Industrial e do risco é marcada, dentre outros, pela imprevisibilidade que a evolução tecnológica, encabeçada sobretudo por Pessoas jurídicas transnacionais, trouxe para o globo. Na atualidade, pensa-se muito mais no lucro e na atividade empresarial do que no cuidado com a pessoa (BAUMAN, 2001).

Mesmo assim, para que o Direito possa assimilar e tratar dessa atividade empresarial, é preciso que empresa seja definida por meio de uma gramática jurídica, pois somente assim o sistema jurídico poderá operar de maneira correta. Assim, empresa, na clássica visão de ASQUINI (1996)²³, pode ser conceituada por meio de quatro prismas, chamados pelo autor de perfis da empresa:

- a- Perfil subjetivo: a empresa se confunde com aquele que exerce profissionalmente a atividade econômica organizada com o fim de produção de troca de bens ou serviços (artigo 2082 do Código Civil italiano), ou seja, empresa é sinônimo de empresário.
- b- Perfil funcional: empresa aqui é sinônimo de atividade, é a força em movimento dirigida a determinada finalidade. Seria o conjunto dos atos dirigidos à organização dos fatores de produção a fim de fazer circular bens e serviços (TOMAZETTE, 2018).
- c- Perfil objetivo ou patrimonial: é o conjunto de bens especialmente destinados ao exercício da atividade empresarial, ou seja, é o conjunto afetado à atividade específica empresarial.
- d- Perfil corporativo: seria o empresário e seus colaboradores formando uma reunião distinta da mera soma de interesses individuais, é um núcleo social organizado em função do fim econômico comum.

Como é possível perceber, os conceitos de empresa trazidos pelo autor italiano são muito diversos, mas não estranhos ao ordenamento jurídico nacional. O perfil objetivo ou patrimonial se aproxima do que se chama, especificamente no Direito Empresarial, de estabelecimento, ou seja, todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária, conforme o artigo 1.142 do Código Civil.

²³ Vale ressaltar que a doutrina empresarial hoje apresenta essa distinção somente para fins históricos e para demonstrar o pluralismo do termo “empresa”, nesse sentido TOMAZETTE (2018).

Já os perfis subjetivo e funcional são tratados no artigo 966 Código Civil que assim diz: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. Portanto, no Brasil, empresário é a pessoa, física ou jurídica, que exerce a empresa, sendo esta última a atividade exercida profissionalmente de natureza econômica e organizada dirigida à produção ou circulação de bens e serviços.

O perfil corporativo, por fim, não apresenta positividade jurídica no Brasil, sendo, antes de mais nada, uma mostra de uma visão populista e fascista que dominou a Itália (TOMAZETTE, 2018).

Portanto, estritamente falando, empresa, empresário e estabelecimento, no ordenamento jurídico brasileiro, não se confundem. Nesse sentido, TOMAZETTE (2018, p. 70) explica:

A empresa, entendida como a atividade econômica organizada, não se confunde nem com o sujeito exercente da atividade, nem com o complexo de bens por meio dos quais se exerce a atividade, que representam outras realidades distintas [...].

A empresa não possui personalidade jurídica, e nem pode possuí-la e, conseqüentemente, não pode ser entendida como sujeito de direito, pois ela é a atividade econômica que se contrapõe ao titular dela, isto é, ao exercente daquela atividade. O titular da empresa é o que se denomina de empresário.

Assim, há uma divisão clara entre empresa e empresário. Quando se lê no noticiário ou em algum texto (jurídico ou não) que a empresa deve ser responsabilizada ou que a atividade exercida por alguma empresa lesa o meio ambiente, ou ainda que a empresa X é responsável pelo rompimento de barragens causando enormes danos ambientais, patrimoniais e físicos, há uma imprecisão terminológica. A empresa é a atividade econômica que, quando exercida, causou esses danos, mas seu responsável é o empresário, é a Pessoa Jurídica ou física que exerce a atividade econômica organizada.

Não obstante, conforme é perceptível ao ver noticiários e ler textos, jurídicos ou não, sobre a responsabilidade de pessoas jurídicas ou o dever de ressarcimento pelos danos decorrentes de suas atividades, a precisa delimitação dos conceitos de empresa e empresário não é utilizada. Empresa, normalmente, é referenciada como a Pessoa Jurídica que exerce a atividade econômica, e empresário os sócios e diretores, ou seja, pessoas físicas que a coordenam.

Considerando isso, mas não sem deixar de fazer as ressalvas acima expostas, optou-se por não usar essa distinção rígida. Logo, no presente trabalho, mesmo incorrendo em sacrilégio aos ensinamentos dos professores do Direito Empresarial, o termo empresa é usado precipuamente para designar a Pessoa Jurídica que exerce a atividade empresarial. Assim se

optou para evitar algumas possíveis confusões de quem lê e não está habituado ao Direito Empresarial.

Uma vez vencido este ponto, passa-se ao conceito e delimitação de Direito Penal da empresa. Na atualidade, a empresa é um centro de profundas tensões econômicas, sociais, políticas e jurídicas, que impõem uma regularização da sua atividade. Os danos causados por ela ganharam ainda mais visibilidade a partir do século XX, momento que começou o debate sobre os limites dos riscos permitidos na realização da atividade empresarial (SOUSA, 2019).

Em busca de frear os riscos e os possíveis danos que surgem decorrente das atividades das empresas, o direito penal e a criminologia, a partir do século XX, começam a tratar a empresa como este centro passível de gerar fatos ilícitos e aqui se começa a debater o direito penal da empresa (SOUZA, 2019).

SCHÜNEMANN (1988), nesse ponto, diferencia dois conceitos, a criminalidade de empresa (*Unternehmenskriminalität*) e a criminalidade na empresa (*Betriebskriminalität*). A criminalidade de empresa é composta pelos delitos econômicos cometidos a partir de uma empresa e que lesam bens jurídicos externos. Já a segunda ideia, a criminalidade na empresa, trata da criminalidade causada pelos colaboradores da empresa a ela ou a outros colaboradores.

Na esteira de SOUSA (2019), estão no Direito Penal da Empresa aqueles delitos relacionados a empresa enquanto unidade de produção, ou seja, agente econômico interveniente no sistema. Nesse sentido são as incriminações relacionadas ao mercado de valores mobiliários, consumidor, meio ambiente, a atividade fiscal do Estado, falências e insolvências empresariais, propriedade industrial e delitos societários.

No ordenamento jurídico brasileiro, há leis que incriminam as condutas acima elencadas, a saber, por exemplo: Lei n.º 6.385 de 1976 elenca crimes contra o mercado de capitais; Lei n. 8.078 de 1990 dispõe sobre a proteção do consumidor, tipificando condutas; a Lei n. 9.605 de 1998 tipifica crimes contra o meio ambiente; a Lei n.º 8.137 de 1990 criminaliza condutas contra a ordem tributária; a Lei n.º 11.101 de 2005 tipifica crimes falimentares.

Essa conceituação é importante na medida em que a criminalidade de empresa foge um pouco da análise e lógica tradicional do Direito Penal no sentido de Tício matou Mévio e, uma vez estabelecido que a ação ou omissão de Tício foi causa do resultado morte, deve-se perquirir a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade.

Conforme SOUSA (2019), é possível perceber algumas dissonâncias no Direito Penal da Empresa e o paradigma clássico do Direito Penal. O paradigma clássico sempre trabalhou com a autoria penal individual, como no homicídio, furto, estelionato, lesões corporais, entre outros, com uma lógica clara de imputação causal de um resultado a um bem jurídico titulado

por um ofendido. Entretanto, a criminalidade de empresa desafia algumas características dessa lógica.

Para a autora, os seguintes exemplos de alteração podem ser elencados: *a)* há a utilização frequente da técnica de leis penais em branco e de conceitos indeterminados; *b)* ocorre a tutela de interesses coletivos e, com isso, há um alargamento do conceito de bem jurídico e em seus contornos; e *c)* há o questionamento sobre os liames de imputação ligadas a um hiato entre a conduta e o resultado, de modo que se trabalha cada vez mais com crimes de perigo abstrato (SOUSA, 2019).

Como é de perceber, as características do Direito Penal da Empresa apontadas por SOUSA (2019) estão dentro daquelas expostas por MACHADO e MOURA (2011) quando discorrem sobre a expansão do Direito Penal. Assim, é possível concluir que o Direito Penal da Empresa é um ramo que está dentro do fenômeno de expansão do Direito Penal, mas tem a especificidade de serem delitos econômicos cometidos a partir de uma empresa e que lesam bens jurídicos externos

Uma questão importante no Direito Penal da Empresa é a questão do sujeito ativo e da autoria criminosa, sobretudo no que diz respeito ao plano de responsabilidade das Pessoas jurídicas (SOUSA, 2019). A responsabilidade penal da Pessoa Jurídica se encontra no conceito de criminalidade de empresa, que, em claras linhas, pode ser conceituada da seguinte forma: “[...] todo o âmbito de delitos econômicos que por meio de uma atuação para a empresa se lesiona bens jurídicos e interesses externos, incluindo os bens jurídicos e interesses próprios dos colaboradores da empresa” (SCHÜNEMANN, 1988, p. 536, *tradução nossa*).

Elucidadas as ideias de expansão do Direito Penal e de ser o Direito Penal da Empresa uma faceta desta expansão e, por isso, deve ser guiada pelos princípios do Direito Penal, analisa-se agora especificamente um dos temas mais nebulosos dessa “nova” ceara criminal, a responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica.

4 A responsabilidade penal da Pessoa Jurídica e as funções do Direito Penal

Conforme dito anteriormente, a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica ganha destaque no marco da sociedade do risco, haja vista que o progresso industrial, tecnológico e de inovação afeta tanto os negócios quanto as condições de vida no mundo, como por causa da poluição e dos problemas ambientais (SALES, 1993).

O problema da responsabilidade penal da Pessoa Jurídica é uma questão do chamado Direito Penal de empresa, pois, conforme acima aludido, está no âmbito daqueles delitos cometidos a partir de uma empresa e que lesionam bens externos a ela (SCHÜNEMANN, 1988), sendo uma clara manifestação da expansão do Direito Penal.

A questão de responsabilização penal de entes coletivos pode ser colocada como a indagação se esses entes coletivos podem executar o fato típico, ou seja, se podem ser sujeitos ativos. Nesse ponto, portanto, deve-se delimitar o que é sujeito ativo. A concepção técnica de sujeito ativo é ser ele um componente técnico do tipo penal inserido no desvalor da ação e, ao mesmo tempo, na estrutura objetiva do tipo penal. O sujeito ativo, dentro da estrutura típica, é aquele que executa a ação ou a omissão descrita no próprio tipo penal e, por isso, deve ser analisado à luz do fato incriminado (SALES, 1993).

Assim, não se deve confundir o conceito de sujeito ativo com o de autor, pois a autoria é uma ideia extraída da apreciação dinâmica de determinado fato histórico e não a apreciação estática de um fato ahistórico, geral e abstrato, ou seja, do tipo penal. A autoria é restrita, ou deveria ser, ao tema do concurso de pessoas e tem de ser analisada posteriormente, pressupondo já a existência de um sujeito ativo. Já o sujeito ativo é parte integrante do tipo penal objetivo, estando sempre presente enquanto agente estático que pode cometer um tipo penal e pode ser ele não somente autor, mas também como coautor, partícipe e demais figuras visíveis no concurso de pessoas (SALES, 1993).

Assim, o problema da responsabilidade penal da Pessoa Jurídica é um problema de se questionar se o ente coletivo pode ser sujeito ativo, se ele pode cometer o fato típico e figurar no desvalor da ação. Essa ideia busca, precipuamente, coibir infrações penais ocorridas nas corporações, pois haveria uma ineficácia dos meios tradicionais de punição das pessoas físicas (BENEDETTI, 2014).

Nada obstante, a ideia de responsabilizar criminalmente a Pessoa Jurídica é um tema complexo, haja vista a que, como o fulcro da teoria do delito é a conduta humana, dever-se-ia

debater uma nova teoria do crime própria para o ente moral²⁴ (IENACO, 2010, p. 19). Nesse sentido, o conceito analítico de crime formulado pela clássica teoria do delito sempre partiu da ideia de ação humana para, a partir daí, analisar os três níveis estruturais do conceito analítico de crime²⁵, a saber, tipicidade, ilicitude e culpabilidade (BITENCOURT, 2017).

Assim, questiona-se se as Pessoas Jurídicas, por não serem seres humanos, poderiam ou não cometer delitos e, para analisar essa questão, deve ser averiguada a própria natureza da Pessoa Jurídica que pode ser visualizada a partir de dois grandes grupos teóricos, o da ficção e o realismo (SALOMÃO FILHO, 2011).

As teorias da ficção postulam que somente as Pessoas Físicas são um centro natural de imputação de direitos e deveres, sendo que a atribuição de direitos e deveres às Pessoas Jurídicas teria um caráter artificial e, conseqüentemente, a capacidade jurídica a elas conferida não é plena, mas sim reduzida à capacidade patrimonial (SALOMÃO FILHO, 2011).

A Pessoa Jurídica é aqui considerada mera criação legal cuja existência decorre tão somente da força normativa das leis e da mente humana, sendo que somente o ser humano é parte do mundo real e, por isso, detém exclusivamente a prerrogativa de ser qualificado como verdadeiro sujeito ad relação jurídica (PEREIRA, 2017).

Essa teoria é a que melhor coaduna com uma ideia de contratualismo do Direito Societário, que pode ser definido como o a coincidência entre o interesse social e o interesse de grupos de sócios, pois o artificialismo decorrente das teorias da ficção nada mais é que uma consequência da ideia de ser a Pessoa Jurídica a capacidade de se atribuir personalidade jurídica aos interesses dos sócios (SALOMÃO FILHO, 2011).

No entanto, na esteira de PEREIRA (2017, p. 254), é possível argumentar que não há realidade somente na matéria física do ser humano ou naquilo que é reconhecido pelos sentidos. Nesse sentido, argumenta o autor que se se considerar como fictícias as Pessoas Jurídicas, logicamente o Estado também o seria e, portanto, todo o ordenamento jurídico que dele emana. Nas palavras do autor:

²⁴ Nesse sentido, BENEDETTI (2014, p. 69) expõe seu posicionamento contrário à responsabilização penal do ente moral no seguinte sentido: “Ao revés da defesa da responsabilidade penal da Pessoa jurídica, o posicionamento contra – majoritário na doutrina brasileira, posição por nós comungada – sustenta precipuamente, o conflito com princípios que regem e embasam nosso ordenamento jurídico, tal qual a pessoalidade da pena e a culpabilidade, pressupostos para a aplicação de pena que foram previstos desde a Constituição do Império de 1824 [...] até a Constituição Federal de 1988 [...]”.

²⁵ Não se descuida de lembrar que a ideia tripartite do conceito analítico, apesar de majoritária na doutrina, não é única. Nesse sentido, forçoso mencionar que autores como MIRABETE E FABBRINI (2016) e JESUS (2017) defendem um conceito bipartido de crime, entendendo o crime como fato típico e antijurídico, restando a culpabilidade como pressuposto de aplicação de pena. Dentre os defensores do conceito tripartido de crime, podem ser citados BITENCOURT (2017), GRECO (2017), NORONHA (2003), TOLEDO (1994). Nada obstante, como o objetivo do presente trabalho não permite maiores delongas sobre o tema, contenta-se com esta nota de rodapé para esclarecer que, apesar de ciente da controvérsia, adota-se a teoria tripartida do conceito analítico do crime.

[...] sendo a lei a expressão soberana do Estado, se este como pessoa jurídica é mera ficção, então a lei que cria a pessoa jurídica como ficção, seria por sua vez a manifestação de um ente fictício, e o direito jamais conseguiria conciliação para esta abstrusa construção (PEREIRA, 2017).

Já as teorias realistas partem da ideia de que a associação e as Pessoas Jurídicas são uma realidade social, explicando a natureza destes entes a partir do reconhecimento de que uma associação ou corporação pode ter vontade própria, mesmo que seja necessária a posituação jurídica para que se atribua personalidade jurídica a essa vontade (SALOMÃO FILHO, 2011).

Realizando os interesses humanos ou as finalidades sociais que propõem, as pessoas jurídicas procedem, no campo do direito, como seres dotados de ostensiva autonomia. É preciso, então, reconhecer-lhes vontade própria, que se manifesta através das emissões volitivas das pessoas naturais, mas que não se confunde com a vontade individual de cada um, porém é a resultante das de todos (PEREIRA, 2017, p. 258).

Essa atribuição de vontade própria à Pessoa Jurídica não se confunde, entretanto, com a ideia de querer dar uma personalização antropomórfica a elas (o que lhes atribuiria uma realidade objetiva), mas sim de reconhecer-lhes uma personalidade e capacidade autônoma que atua socialmente e dentro da ordem jurídica (o que lhes atribui uma realidade técnica (PEREIRA, 2017)).

A teoria da realidade se coaduna com o que, no Direito Societário, chama-se de institucionalismo, que pode ser definido como a ideia de que o interesse social da Pessoa Jurídica é diverso dos interesses contrapostos dos sócios, pressupondo uma vontade autônoma perseguida pelos órgãos sociais (SALOMÃO FILHO, 2011).

As teorias da ficção e da realidade refletem o próprio posicionamento dos autores e de ordenamentos jurídicos sobre a possibilidade de se responsabilizar ou não as Pessoas Jurídicas. Caso se adote a teoria da ficção, a Pessoa Jurídica é somente o conjunto das vontades individuais e, por isso, não seria possível dizer que ela comete crimes, mas, quando muito, dever-se-ia mostrar, na seara penal, o concurso de pessoas físicas que compõem a Pessoa Jurídica (SALOMÃO FILHO, 2011).

Já a teoria da realidade traz a ideia de que Pessoas Jurídicas são realidades independente dos indivíduos que as compõe e, por isso, possui capacidade de agir, podendo fazer mal a terceiros, delinquir e ser castigada (SALES, 1993).

Caso se entenda pela ideia de realidade, a responsabilização penal da Pessoa Jurídica passa por, ao menos, três entraves iniciais, conforme SALES (1993): *a*) a incapacidade de ação desses entes, pois se se concebe a infração penal como injusto pessoal não teria ela dolo, não sendo permitido presunções; *b*) não poderia haver culpabilidade, pois as pessoas jurídicas não teriam consciência da ilicitude de suas ações e, assim, é difícil formar um juízo de reprovabilidade penal; e, por fim, *c*) as penas levam em consideração a culpabilidade, devendo

ser suficiente para a reprovação e prevenção do crime e, não tendo a Pessoa Jurídica culpabilidade, não poderia as penas alcançar esses fins.

De fato, como aponta SALES (1993), a teoria analítica do crime como é concebida pelo Código Penal é incompatível com a ideia de responsabilização penal da Pessoa Jurídica. Nada obstante, cumpre observar que o crime é, antes de tudo, um fato social caracterizado pela ingerência do Estado na liberdade de alguém. Ingerência essa que, apesar de ter sua principal forma a privação de liberdade física dos indivíduos, atualmente, a partir da ideia da segunda velocidade do Direito Penal, é dotada de novas modalidades, como as penas restritivas de direito e multa (SILVA-SANCHEZ, 2001).

O conceito de crime, portanto, deve chegar aonde chega a ingerência extrema do Estado na liberdade de alguém, sendo que a ciência do Direito Penal busca, antes de mais nada, limitar e barrar o arbítrio punitivo²⁶. É para isso que surgem os diversos conceitos, teorizações e abstrações científicas sobre a conduta considerada criminosa (TOLEDO, 1994)

É por isso que, além do conceito analítico de crime, existem diversos outros e, dentre os que são afetos à dogmática penal, quatro deles se destacam: o legal, o formal, o material e o próprio conceito analítico.

Conforme o conceito legal, crime é o que a lei diz ser e, no caso do ordenamento jurídico brasileiro, é o que o Decreto-Lei número 3.914 de 1941 (a “Lei de Introdução ao Código Penal”), em seu artigo 1º define:

Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

O conceito legal, entretanto, pode ser criticado pelo fato de reclusão, detenção, prisão simples e multa serem consequências da infração penal, não podendo serem elas confundidas com sua essência. A pena criminal ou a possibilidade de aplicação da mesma, “não pode ser elemento constitutivo, isto é, estar dentro do conceito do crime. Ao contrário, pressupõe a existência de um crime já aperfeiçoado” (TOLEDO, 1994, p. 81).

A legislação, portanto, não traz um conceito de crime, mas sim um critério para distingui-los das contravenções penais (GRECO, 2017). Portanto, necessário se faz analisar outros conceitos de crime, como o conceito formal.

²⁶ No entender da presente dissertação, a nomenclatura poder punitivo somente pode ser usada quando se está em um Estado que tem um limite à sua ingerência sobre o cidadão, pois, de contrário, a falta de limites e a falta de barreiras é somente arbítrio.

Pelo conceito formal, crime é a afronta à norma penal incriminadora, ou seja, é a ação desconforme à lei posta pelo legislador. Entretanto, o conceito carece de uma complementariedade axiológica e teleológica, pois o Direito, como ciência da pacificação social, não se contenta com a lei ser seguida somente por ser a lei. Há no direito sempre uma “petição de princípio” e, com isso, a pergunta: “Por que essa conduta transgride a lei” (NORONHA, 2003, p. 96).

Por conta de carecer de um conteúdo axiológico, o conceito material de crime foi desenvolvido, conceito este que não contraria o conceito formal, mas o complementa. Para tanto, crime é a ação humana que agride um bem jurídico penalmente tutelado ou o coloca em risco (TOLEDO, 1994).

Os conceitos formal e material, mesmo que combinados, não permitiam uma segurança jurídica suficiente para evitar o arbítrio do poder punitivo e delimitar quando uma conduta era considerada crime. O conceito analítico de crime foi desenvolvido, que é aquele que “oferece às agências judiciais do sistema penal melhores e mais seguros elementos para, mediante um processo legalmente estipulado, decidirem sobre se habilitam ou não a passagem do poder punitivo” (ZAFFARONI *et al*, 2010, p. 21).

Mesmo assim, ainda que o conceito analítico de crime seja o que mais garante operabilidade e segurança jurídica para as pessoas físicas, ele ainda é um conceito desenvolvido pela doutrina, ou seja, não estava *a priori* na natureza. Ele foi paulatinamente desenvolvido, convivendo, superando e sendo complementados pelos demais conceitos de crime, formando um todo harmônico na sempre em evolução história do Direito Penal enquanto dique de contenção do punitivismo e arbítrio estatal.

O conceito analítico de crime desenvolvido até aqui é, assim, um dentre os diversos conceitos do fenômeno criminal que, no que diz respeito especificamente na responsabilidade penal da Pessoa Jurídica, não veda que seja desenvolvido outro conceito ou outra teoria próprios, desde que respeite os Direitos Humanos Fundamentais e os princípios básicos do Direito Penal, sobretudo os princípios formadores (legalidade, culpabilidade, lesividade e intervenção mínima)²⁷.

²⁷ Cumpra observar, mesmo correndo o risco de redundância indesejada, mas necessária, de ideias, que o conceito analítico clássico não deve ser repudiado, não deve ser abandonado para a responsabilidade penal da pessoa natural. Não é isso que se defende. Defende-se sim que ele não é óbice último à responsabilidade penal da Pessoa jurídica, desde que seja formulada teoria garantista dessa nova espécie de responsabilidade penal.

Cumpra observar, entretanto, que a pedra de toque do exercício escoreito do poder punitivo é o respeito aos princípios fundamentais do Direito Penal. É esse o termômetro, ao menos inicial, do abuso de poder estatal, é essa a base que se deve analisar e desenvolver a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica.

4.1 A responsabilidade penal da Pessoa Jurídica e as funções do Direito Penal

Considerando as duas funções básicas do Direito Penal apontadas no início deste trabalho, a saber, a ideia de limitação do poder punitivo e arbitrário do Estado (vedação de excesso) e a necessidade de proteção de Direitos Humanos Fundamentais contra ataques de terceiros, entende-se que pode ser justificado o estudo mais detido sobre a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica e o porquê de se perquirir uma teoria própria neste ponto.

Ao tratar da primeira função do Direito Penal, a limitação do poder punitivo, a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica passa por duas óticas: a da Pessoa Jurídica enquanto sujeito de direitos e das pessoas físicas que estão inseridas no ambiente corporativo (como os sócios e os trabalhadores).

No que diz respeito às Pessoas Jurídicas, é importante ter em mente que são elas essenciais para a efetivação de direitos sociais, pois produzem, empregam e distribuem. Elas são essenciais, na atual ordem constitucional e econômica, pois permitem a consecução de direitos sociais que, sem políticas, não passariam de meras promessas políticas (GODOY e MELLO, 2016).

Nesse sentido, GODOY e MELLO (2016) dizem que para que as Pessoas Jurídicas possam realizar os fins sociais fixados pela Constituição Federal, devem elas ter sua busca de lucro temperada pela colaboração com a sociedade, gerando empregos, produzindo bens e serviços, comprometendo-se com a agenda ambiental, entre outros.

Os autores defendem que as Pessoas Jurídicas, por serem essenciais para a efetivação de direitos sociais, devem ser instrumentalizadas da melhor maneira. Conforme dizem, “[u]ma forma de se efetivar essa instrumentalização é a garantia de titularidade de direitos fundamentais, levando-se em conta, contudo, algumas impossibilidades intrínsecas” (GODOY e MELLO, 2016, p. 94).

Os autores entendem que a raiz dos Direitos Fundamentais são a dignidade da pessoa humana e, apesar de a Pessoa Jurídica não ter essa dignidade, ela existe na medida que permite que os humanos desenvolvam suas atividades. A Pessoa Jurídica, sobretudo a empresária, é um

dos componentes fundamentais da economia atual, não se podendo dissociá-la dos atores econômicos e sociais (GODOY e MELLO, 2016).

Por serem expressões da existência humana e essenciais para ela na atualidade, as Pessoas Jurídicas deveriam gozar de Direitos Fundamentais. Nada obstante, não são todos os Direitos Fundamentais que as Pessoas Jurídicas gozariam, pois alguns são peculiares ao ser humano, enquanto outros podem ser titularizados por ambos. O limite para essa análise é a inexistência biológica das pessoas jurídicas (GODOY e MELLO, 2016).

Entende-se neste trabalho, por exemplo, que as Pessoas Jurídicas têm o Direito Fundamental ao devido processo legal, previsto no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal, mas não ao *habeas corpus* previsto no artigo 5º, inciso LXVIII da Constituição Federal.

Mesmo no caso de um processo penal movido contra a Pessoa Jurídica, ela deve gozar do devido processo legal, mas, por não poder ser presa, haja vista sua inexistência física, não terá seu direito de liberdade em sentido estrito cerceado, motivo pelo qual não se aplicaria o *habeas corpus*. No caso de ilegalidade ou abuso, poderia a Pessoa Jurídica recorrer, ao revés, ao mandado de segurança em esfera penal para proteger direito líquido e certo, nos termos do artigo 5º, inciso LXIX da Constituição Federal.

Nesse sentido, afastar a análise e a teoria penal quando existe, de fato, no ordenamento jurídico brasileiro a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica seria ferir seus direitos fundamentais ao devido processo legal e aos princípios básicos do Direito Penal que, como sujeito de direitos e potencial alvo de sancionamento criminal, merece ser destinatária.

Já quanto a perspectiva das Pessoas Naturais inseridas no ambiente corporativo, percebe-se, junto com GODOY e MELLO (2016), que as Pessoas Jurídicas são essenciais, pois geram trabalho, produção de bens e de serviços e que existem na medida das Pessoas Naturais. Nesse diapasão, punir a Pessoa Jurídica sem que se freie o poder punitivo por meio das amarras do Direito Penal pode ferir os direitos relacionados às pessoas que trabalham em seu meio.

Como exemplo, o caso de, inexistindo teoria do crime para a Pessoa Jurídica ou uma teoria do Direito Processual Penal a ela aplicada, a Pessoa Jurídica empresária é sancionada com uma multa. Essa sanção pode ser completamente arbitrária, mas o poder punitivo estatal foi exercido e, em tese, segundo preceitos que estão presentes em ramos administrativos ou civis do ordenamento jurídico.

Essa multa aplicada, na perspectiva da Pessoa Jurídica, ofende tanto o devido processo legal quanto os princípios básicos do Direito Penal, como a legalidade, prevista no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal. Ao se exercer o poder punitivo contra uma Pessoa, seja ela Jurídica ou Natural, os princípios básicos do Direito Penal devem ser observados para que

se resguarde, no caso de um ser humano, seus Direitos Humanos Fundamentais e, no caso de uma Pessoa Jurídica, seus Direitos Fundamentais.

A mesma multa, vista da perspectiva da Pessoa Natural que labora no seio corporativo pode a afetar de maneira contundente caso aplicada de forma arbitrária e sem respeito aos limites do Poder Punitivo estatal. Como se descreveu acima, a Pessoa Jurídica, na atualidade, emprega, paga tributos e contribui socialmente, de modo que ser sancionada sem os respeitos aos postulados limitadores do Direito Penal ou ao devido processo legal em âmbito criminal acarretaria, também, em atingir a pessoa física, semelhantemente quando se prende uma pessoa que é arrimo de família sem observar os preceitos legais e constitucionais.

Assim, entende-se, no presente trabalho, que, tanto da perspectiva da Pessoa Jurídica quanto da Pessoa Física que labora em seu âmbito, as construções penais, seja de princípio ou teóricas (como o desenvolvimento de uma teoria do crime), são essenciais para se limitar o poder punitivo que, de fato, é exercido contra as Pessoas Jurídicas no ordenamento jurídico brasileiro. Logo, o debate da parte penal da responsabilidade desses entes é justificado com fundamento na primeira finalidade do Direito Penal, a limitação do poder punitivo e o seu exercício de modo racional.

Quanto a segunda finalidade do Direito Penal, a saber, necessidade de proteção de Direitos Humanos Fundamentais contra ataques de terceiros, há apontamentos doutrinários de que as Pessoas Jurídicas tem violado bens jurídicos em razão da globalização e da sociedade do risco.

Nesse sentido BUSATO e GUARAGNI (2012) dizem que, de um ponto de vista criminológico diversos bens jurídicos fundamentais têm sido vilipendiados pelas atividades de pessoas jurídicas, a exemplo de dispersão de resíduos tóxicos na natureza e ameaças nucleares. Inclusive, nesse ponto há uma mudança na perspectiva doutrinária que passa de um ângulo individual para criminalidade em grupo, sobretudo a ofensa a bens jurídicos transindividuais.

Nesse ponto, a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica se justificaria em dois fundamentos: a dificuldade de perseguir e punir pessoas físicas que atuam no meio empresarial e a estrutura própria das Pessoas Jurídicas, geralmente hierarquizada e, por vezes, excessivamente fragmentada (BUSATO e GUARAGNI, 2012).

A proteção dos Direitos Humanos Fundamentais, como bens jurídico-constitucionais que demandam proteção, sobretudo em face da vedação à proteção suficiente (STRECK, 2009), é medida que também deve balizar o Direito Penal. As atividades desenvolvidas pelas Pessoa Jurídicas, sobretudo por conta de sua maior possibilidade de gerência de capital e de força

humana, podem gerar lesões mais graves a interesses juridicamente tutelados (GALVÃO, 2017).

Nesse sentido, GALVÃO (2017, p. 09) defende que “[s]e o edifício teórico-repressivo alcançou seu grau máximo de legitimação na construção que gira em torno da noção da conduta humana, as novas formas de manifestação criminal indicam a necessidade de se ampliar a proteção deferida a determinados bens jurídicos”.

Juntamente a isso, é possível pensar que a pura e simples negação da responsabilidade penal da Pessoa Jurídica, com fundamento em ferir princípios iluministas erigidos em uma era que a produção industrial estava começando realmente a se desenvolver, é desconsiderar a própria evolução dos riscos que a sociedade atual possui.

Portanto, a segunda finalidade do Direito Penal também está presente quando se analisa a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica, pois busca-se proteger contra ataques destes entes os Direitos Humanos Fundamentais, como é o exemplo do meio-ambiente ecologicamente equilibrado, expressamente reconhecido como direito da atual e das futuras gerações pelo artigo 225 da Constituição Federal.

Entende-se, assim, que quando se reduz o debate da responsabilidade penal da Pessoa Jurídica à tese da inconstitucionalidade ou da não aplicabilidade da teoria do delito clássica à responsabilidade penal da Pessoa Jurídica, deixa à sorte de arbítrios, casuísmos e violações à ideia de Direito Penal mínimo, bem como se esquece do viés garantista de bens-jurídicos e de Direitos Humanos Fundamentais.

Vale, nesse ponto, as ideias apresentadas por BUSATO e GUARAGNI (2012, p. 5) que, citando fala de MUÑOZ CONDE em conferência realizada no Programa de Mestrado e Doutorado em Ciências Criminais da PUC de Porto Alegre, dizem:

[...] a decisão político-criminal tomada pelo legislador, em favor da responsabilização penal de pessoas jurídicas, já foi tomada. Cabe aos intérpretes apenas fazer com que a hermenêutica dos dispositivos legais se coadune com as garantias fundamentais e o perfil de um sistema de imputação próprio de um Estado social e democrático de direito.

Necessária, então, a análise da responsabilidade penal da Pessoa Jurídica de forma crítica, não superando o debate de inconstitucionalidade e inaplicabilidade da teoria clássica, mas indo um pouco mais adiante a fim de que o Direito penal tanto freie o poder estatal quanto proteja os Direitos Humanos Fundamentais das inovações inconsequentes da sociedade do risco.

4.2 *As formulações teóricas sobre a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica*

Apresentados os argumentos a favor de se analisar e discutir a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica a partir de um viés dogmático-penal, passa-se a analisar as diversas possibilidades de racionalizar o poder punitivo direcionado a esse ente.

Podem ser analisar, nesse ponto, três possíveis aplicações teóricas que explicariam como se dá o crime cometido por uma Pessoa Jurídica, a saber: a aplicação do modelo clássico da teoria do delito aplicado à pessoa física; a aplicação de teorias de heterorresponsabilidade, em que a responsabilidade de uma pessoa física é passada para a Pessoa Jurídica; e a aplicação de teorias de autorresponsabilidade, onde se cria uma teoria própria para os entes coletivos que explica seu atuar criminoso desvincilhado, ao menos em tese, do atuar criminoso da Pessoa Física (GALVÃO, 2021; IENNACO, 2010).

A seguir serão analisadas as três proposições, suas críticas e seus acertos e se são ou não compatíveis com os princípios formadores do Direito Penal.

4.2.1 A incompatibilidade entre a teoria clássica do delito e a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica

O crime da Pessoa Física, enquanto fato jurídico-criminal, tem uma construção complexa em razão do conceito analítico. É por meio do conceito analítico que o jurista analisa, dentre inúmeros fatos sociais, quais deles são considerados criminosos. Para isso é um fato, sua tipicidade, ilicitude e a culpabilidade do autor Pessoa Física (GALVÃO, 2017).

A concepção do crime para a pessoa física, ao menos no Brasil, é dotada de subjetividade, sobretudo pelo fato de no ordenamento jurídico nacional (considerando aqui inclusive as pesquisas jurídicas como fonte do direito) ainda adotar o conceito finalístico de crime desenvolvido por Welzel (BITENCOURT, 2017).

O conceito finalista conduziu a ação humana ao centro da teoria do delito e eliminou a separação de aspectos objetivos e subjetivos da ação e do injusto, tornando o injusto (fato típico e ilícito) em injusto pessoal (BITENCOURT, 2017).

A teoria de Welzel se baseia no ser humano, nesse sentido o autor diz que que “o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua conduta, e atribuir, conforme um plano, à realização destes fins” (WELZEL, 2004, p. 41, tradução nossa).

A teoria do crime, com base nessa concepção, é formada pelos juízos lógicos de tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Para esse trabalho, dentre os diversos elementos que estão

inseridos nesses juízos, o elemento subjetivo do tipo (dolo e culpa) e a potencial consciência da ilicitude (situada na culpabilidade) (BITENCOURT, 2017) são os pontos chave para se analisar a compatibilidade do conceito analítico com a ideia de Pessoa Jurídica ou não.

Na esteira de GALVÃO (2017), é fato que se se adotar a concepção de que a Pessoa Jurídica é uma ficção, é incompatível a subjetividade do tipo penal e da potencial consciência da ilicitude com as Pessoas Jurídicas. Nada obstante, se se adotasse a teoria da realidade objetiva, poder-se-ia perceber tanto uma capacidade de ação e de vontade, podendo cogitar da aplicação da teoria do crime tradicional aos entes coletivos.

Porém o conceito analítico de crime da teoria do crime tradicional é baseado na própria conduta humana, tendo como referência a Pessoa Física, e faz referência a objetos existentes na natureza. O dolo e a culpa se referem a intenção da Pessoa Natural, a potencial consciência da ilicitude é parte do juízo de reprovabilidade (culpabilidade) que recai sobre a pessoa humana em razão de poder ela realizar um juízo natural sobre os fatos percebidos no mundo objetivo. Assim, entende-se que esses conceitos teóricos são incompatíveis, da maneira como estão, com as Pessoas Jurídicas (GALVÃO, 2017).

René Ariel DOTTI (2010), um dos autores contrários à responsabilidade penal das Pessoas Jurídicas, dentre as diversas críticas que faz a responsabilização penal dos entes coletivos, acentua que o dolo, enquanto consciência e vontade na realização da conduta típica, compreende o elemento cognitivo (conhecimento do fato) e volitivo (vontade de realizar o fato). O autor ressalta que o dolo e, também, o erro de tipo é do cotidiano humano.

O autor ainda diz que a “pretensão de se incriminar as pessoas coletivas esbarra na impossibilidade de se conceber que uma empresa comercial, por exemplo, tenha possibilidade de formar a ‘consciência da ilicitude’ da atividade”, sendo, portanto, impossível formular um juízo de reprovabilidade penal (DOTTI, 2010, p. 179).

No mesmo sentido, IENNACO (2010, p. 63) defende que “os aspectos psíquicos sobre os quais se debruça o juízo de culpabilidade não se reconhecem à Pessoa Jurídica. Ela não tem, realmente, ‘vontade’ própria no sentido de exteriorização de processo mental consciente”.

Sobre a incompatibilidade da teoria tradicional do crime com as Pessoas Jurídicas, é de perceber que o ponto fulcral está no elemento psicológico do ser humano. Nesse sentido, MENTTOVICH e CERF (2014) realizaram um estudo sobre uma perspectiva psicológica de se punir as Pessoas Jurídicas. Para os autores, apesar de as Pessoas Jurídicas serem vistas como pessoas em muitos casos, a ideia de culpa é baseada em qualidades humanas como a intenção.

Os autores começam seu estudo a partir do porquê se deve punir tanto os humanos quanto os entes coletivos, chegando à análise do que, no Brasil, se chama de teorias da pena.

Os autores dizem que há, precipuamente, duas perspectivas para se punir alguém: *a*) uma perspectiva retributiva, em que se deve punir por haver uma violação moral da lei e, nesse ponto, a ideia dos crimes corporativos direcionados às Pessoas Jurídicas estaria justificada, sob pena de se violar a percepção pública de justiça; e *b*) uma perspectiva de dissuasão (*deterrence*) que é muito baseada em uma ideia de custo-benefício e trabalha sob a lógica de que alguém não cometerá um crime se a punição para ele for maior do o benefício auferido (MENTTOVICH e CERF, 2014).

Enquanto a dissuasão teria um papel menor para as pessoas físicas, pois elas não somente seguem a lei por medo, mas também por sentido de certo e errado e de verem a lei e as instituições como legítimas, para as Pessoas Jurídicas teria ela um papel maior, pois as corporações são entidades que não possuiriam o intrínseco senso de certo e errado. No entanto, a dificuldade de punir as Pessoas Jurídicas está relacionada com a relação de psiquismo humano e punição criminal (MENTTOVICH e CERF, 2014).

Os autores apontam que a mente de grupo ou da corporação é possível sim de ser vista, mas depende muito da coesão do grupo. Nesse sentido, é mais simples atribuir a mente de grupo a entidades coletivas que, mesmo operando em um nível randômico, seguem em direção a um objetivo. Porém, mesmo que se possa atribuir essa mente de grupo, o aspecto da intenção é difícil de apresentar e é ele que determina, em muitos casos, a responsabilidade criminal (MENTTOVICH e CERF, 2014).

MENTTOVICH e CERF (2014) entendem que se tanto as pessoas humanas quanto o Direito Penal acham difícil atribuir intenção para as Pessoas Jurídicas usando as teorias aplicadas para os humanos, um novo modelo teórico para a responsabilidade penal das Pessoas Jurídicas deveria ser procurado. Apontam eles três possíveis soluções: *a*) substituir o requisito da intenção (que pode ser visto no Brasil como requisitos do dolo e, em medida, da culpa) pela ideia de violação a standards legais; *b*) a lei especificar como se verá a intenção das Pessoas Jurídicas; e *c*) basear a responsabilidade penal e a intenção das Pessoas Jurídicas nas políticas e ações ao invés de um estado mental.

A partir dessa visão, entende-se que, como a teoria tradicional do crime se baseia no ser humano e em seu estado mental (sobretudo na análise do elemento subjetivo do tipo e da potencial consciência da ilicitude), não pode ela servir como teoria para a responsabilidade penal das Pessoas Jurídicas. É nesse sentido que conclui GALVÃO (2017, p. 62) ao dizer que: “O fato é que, não se pode utilizar as noções do Direito Penal clássico e sua teoria do crime para responsabilizar a Pessoa Jurídica. As adaptações que se pretende fazer constroem, verdadeiramente, um novo Direito Penal”.

A responsabilização penal da Pessoa Jurídica pressupõe algumas superações das teorias clássicas, sobretudo o paradigma da culpabilidade psicológica, de modo a buscar uma responsabilidade social (IENNACO, 2010).

Assim, passa-se a análise de novas construções teóricas para a responsabilidade penal das Pessoas Jurídicas, sem se abandonar, para as Pessoas Físicas, o conceito analítico de crime até agora conquistado e que é marco fundamental de proteção de Direitos Humanos Fundamentais dos seres humanos, pois limita o próprio poder punitivo do Estado.

4.2.2 A heteroresponsabilidade penal da Pessoa Jurídica

Os modelos de hererresponsabilidade, responsabilidade derivada, responsabilidade por empréstimo ou modelos vicariais são assim chamados por responsabilizar a Pessoa Jurídica pela conduta ilícita de seus dirigentes ou empregados no exercício de atividades. Referidos modelos se baseiam na ideia de uma responsabilidade objetiva do ente coletivo, haja vista ser ele composto por pessoas físicas que dirigem as atividades do grupo (GALVÃO, 2021).

O fundamento do crime das Pessoas Jurídicas é o crime da Pessoa Física, sendo aquele derivado deste. O modelo é caracterizado como antropomórfico, pois a responsabilidade individual se iguala com a coletiva. Há aqui a necessidade de se identificar a conduta individual, o que passa a ser difícil quando a complexidade corporativa aumenta, pois fica difícil detectar a responsabilidade das Pessoas Naturais (VERÍSSIMO, 2017).

A atribuição de responsabilidade, nos modelos de heteroresponsabilidade, requer três condições, a saber: *a)* uma infração ser cometida por parte de um empregado da Pessoa Jurídica; *b)* a infração ser relacionada às funções que foram atribuídas a esse empregado; e *c)* tenha sido praticada com a intenção de obter vantagem ou benefício para a empresa ou, ainda, infringindo obrigação que a ela corresponde (MARTÍN, 2018).

Apesar de se poder reconhecer essas três características em comum, mesmo na ideia de heteroresponsabilidade pode haver algumas diferenças entre os modelos, originando teorias distintas dentro deste sistema de responsabilização que diferem, principalmente, pelo círculo de pessoas cujo comportamento pode ser atribuído à Pessoa Jurídica (MARTÍN, 2018). Pode ser visualizado, assim, dois principais modelos de heteroresponsabilidade, o vicarial e o de responsabilidade por identificação (GALVÃO, 2021; VERÍSSIMO, 2017).

A teoria da identificação, também chamada de *alter ego theory*, de origem inglesa, entende que para a responsabilização há a necessidade de se que um órgão que seja a mente e a vontade dirigentes da Pessoa Jurídica tenha intenção ou conhecimento da prática infracional.

Para se chegar a essa construção, o modelo se baseia na ideia de que a corporação é um ente antropomórfico composto de cérebro e sistema nervoso central (órgãos diretivos) e demais membros do corpo (os empregados e colaboradores), sendo que somente poderia ser imputado o fato criminoso à Pessoa Jurídica quando seu cérebro dirigisse a atividade para a realização do ato ilícito (VERÍSSIMO, 2017; GALVÃO, 2021).

O infrator, neste modelo, pode ou não atuar isoladamente, mas deve atuar como parte do cérebro da Pessoa Jurídica e ser sua atuação entendida como da própria Pessoa Jurídica, de modo que a busca pelo benefício da empresa, nesse modelo, pode ser presumida (GALVÃO, 2021).

Já a teoria da responsabilidade vicarial, de origem estadunidense, responsabiliza uma parte pela conduta de outra cujas atividades a primeira dirige. A teoria pode ser dividida em um submodelo objetivo e outro objetivo. O modelo objetivo é aquele em que a corporação será responsabilizada pelo crime cometido pelo empregado que tenha agido dentro de suas atribuições e com intenção de beneficiá-la. O modelo subjetivo exige que o empregado, em razão de sua posição, tivesse a possibilidade de evitar o ato criminoso ou que pudesse corrigi-lo (VERÍSSIMO, 2017).

Esse modelo se baseia no Direito Civil, na chamada teoria *respondeat superior*, que pugna que a Pessoa Jurídica é responsável pelo ato de seus empregados. Como se pode extrair, o modelo difere da teoria da identificação sobretudo pelo fato de que a responsabilidade corporativa decorre de qualquer de seus integrantes, mesmo que não dirigentes, mas que atuem dentro de suas atribuições para beneficiar a Pessoa Jurídica (GALVÃO, 2021).

Como se extrai, tanto da teoria da identificação quanto da teoria vicarial a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica é decorrente do ato de uma Pessoa Física que, por ricochete, passa-se à Pessoa Jurídica.

A construção teórica é de base objetiva de responsabilização, pois a Pessoa Jurídica tem sua responsabilização baseada em fato realizado por outrem, não considerando o próprio responsável, a saber, a Pessoa Jurídica. É essa uma das críticas que JARA-DIÉZ (2015, p. 3) faz à heterorresponsabilidade quando diz que “se não responde uma pessoa física, tampouco responde uma Pessoa Jurídica – o que contradiz o teor da lei –, e com maior ênfase, porque o Direito Penal brasileiro proíbe a responsabilidade penal objetiva.

GALVÃO (2021) rebate a crítica dizendo que seria ela fundamentada em uma premissa das pessoas físicas, mas a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica, por não ter ela elemento subjetivo, não pode exigir a constatação de um elemento subjetivo.

Nada obstante, entende-se, neste trabalho, que para uma responsabilidade ser chamada de Penal e estar em conformidade com os postulados dessa disciplina jurídica, devem os princípios formadores do Direito Penal serem respeitados. Nesse sentido, com a heterorresponsabilidade há a violação do princípio formador da culpabilidade que, conforme aludido anteriormente, trata da ideia de que somente pode ser responsabilizado alguém pessoal e subjetivamente (com dolo ou culpa), sendo vedada a responsabilização penal de terceiros (SEMER, 2020). Ora, se se pune a Pessoa Jurídica em razão de a ação típica ter sido praticada por uma pessoa a ela subordinada, seja integrante de sua mente ou não, não há como negar que a responsabilidade não é pessoal, mas sim de terceiro e que o Direito Penal é subvertido como instrumento funcionalista e desrespeitando um de seus princípios formadores.

Nesse sentido, independentemente de a Pessoa Jurídica ter adotado dinâmicas para prevenir delitos, como os institutos de *compliance*, ou de políticas vigentes e efetivas que apoiam o bem jurídico desrespeitado pela Pessoa Física, será ela responsabilizada de forma objetiva e absoluta (ALBUQUERQUE, 2018).

Quanto ao princípio da legalidade, ele preceitua que uma conduta somente pode ser transformada em crime por meio de previsão legal, de modo que nada poderá transformá-la em criminosa (TAVARES, 2019). Analisando-se em relação ao modelo de heterorresponsabilidade, há a exigência de que haja norma jurídica específica incriminando as condutas desses entes.

A questão que se coloca é se estaria satisfeito o princípio se uma Pessoa Física realizasse uma figura típica e existisse uma norma de extensão estaria satisfeito. Entende-se, neste trabalho, pela impossibilidade, no modelo de heterorresponsabilidade, da criação de tipos autônomos para as Pessoas Jurídicas, dependendo de normas de extensão para que se possa incriminá-las. A primeira hipótese seria questionar se poderia existir concurso de pessoas entre a Pessoa Jurídica e, como se tem como base precípua, no presente trabalho, o ordenamento jurídico brasileiro, é ele o ponto de análise.

No Brasil, o concurso de pessoas se encontra previsto no artigo 29 do Código Penal que preceitua que “[q]uem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”. A questão é que a interpretação corriqueira ao pronome “quem” se refere à Pessoa Natural, pois se refere a alguém (GALVÃO, 2021). Elastecer o pronome para fazer com que se coloque a Pessoa Jurídica, sem mudança legislativa, seria aplicar o instituto a uma hipótese nele não prevista, ocorrendo assim a analogia *in malam partem*, vedada pelo Direito Penal brasileiro (BITENCOURT, 2017).

Assim, não se poderia utilizar o concurso de pessoas como norma de extensão a fim de passar, por ricochete, a responsabilidade penal da Pessoa Física para a Pessoa Jurídica. Há, entretanto, previsão legal na Lei 9.605 de 1998 que diz expressamente a responsabilidade penal das Pessoas Jurídicas, como será analisado mais a frente. Referida norma é entendida, no presente trabalho, como outra norma de extensão que não a de concurso de pessoas e que poderia servir à legalidade penal.

No que diz respeito ao princípio formador da ofensividade ou lesividade, BATISTA (2007) e PRADO (2020) dão a ele quatro funções relevantes: proibição de conduta interna, proibição de incriminação de conduta que não exceda o âmbito do autor, proibição de incriminação de simples estados ou condições existenciais e proibição de condutas que, mesmo desviadas, não atinjam bens jurídicos.

Logo, o princípio da ofensividade está intimamente ligado à ideia de que uma ação da pessoa atinja bens jurídicos, de modo que não se pode punir uma Pessoa por seu simples estado existencial. Portanto, incriminar a Pessoa Jurídica, tomando como base um fato de terceiro, é incriminá-la sem ela ter cometido um ato ou fato que causou o perigo, e o simples critério de a ela atribuir um crime pelo fato de ter contratado uma Pessoa Física que, visando seu benefício, cometeu um delito, é o mesmo que dizer que ela deve ser punida por ter praticado uma conduta desviada (contratar uma pessoa inidônea para as funções) mas sem ter, ela mesmo, atingido um bem jurídico.

Quanto ao princípio da intervenção mínima, somente os bens jurídicos mais relevantes (fragmentariedade) podem ser tutelados pelo Direito Penal e, mesmo assim, somente quando os demais ramos jurídicos não sejam capazes de tutelar as mais drásticas lesões (subsidiariedade (SEMER, 2020)). Nesse ponto, a política criminal é quem mais sofre interferência do princípio, sendo que pode ser dito que, na atualidade, as Pessoas Jurídicas dão azo a catástrofes ambientais de largas proporções, atingindo bens jurídicos relevantes como o meio ambiente. É nesse sentido que GALVÃO (2017, p. 9) diz que:

[...] as atividades desenvolvidas por essas pessoas morais violam, com mais eficiência, bens e interesses juridicamente tutelados. [...] A necessidade de desestimular essas práticas indica que o Direito Penal deve ampliar sua esfera de proteção para também punir as entidades morais que atuam ilicitamente.

Nada obstante a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica poder ser compatível com esse princípio formador, o modelo de heterorresponsabilidade parece violá-lo, isso porque o fundamento da responsabilidade da Pessoa Jurídica é exatamente o mesmo do da Pessoa Física, qual seja, o crime desta última. Além de violar o princípio do *ne bis in idem*, sendo incompatível com o Direito Constitucional, como aponta ALBUQUERQUE (2017), a punição da Pessoa

Jurídica seria desnecessária, pois a Pessoa Física já estaria sendo punida, a não ser que ela tivesse cometido um ato/fato que indicassem uma responsabilidade autônoma, com fundamento distinto.

Assim, entende-se que, tomando como base os princípios formadores do Direito Penal, os modelos de heterorresponsabilidade, se bem construídos, podem respeitar a legalidade, mas acabam violando a culpabilidade, a lesividade e a intervenção mínima, de modo que, mesmo que se violassem somente um destes princípios, os modelos já não estariam compatíveis com os elementos básicos de Direito Penal.

Portanto, adotada a heterorresponsabilidade, pode haver outras espécies de responsabilização das Pessoas Jurídicas (como a administrativa e a civil), mas não a criminal. Assim, deve-se perquirir novas construções teóricas que apontem para modelos de responsabilização próprios, que sejam compatíveis com os princípios formadores do Direito Penal.

4.2.3 As teorias da autorresponsabilidade da Pessoa Jurídica

As teorias da autorresponsabilidade da Pessoa Jurídica surgem como forma de superar as incompatibilidades das teorias de heterorresponsabilidade e o Direito Penal. Estas teorias se fundamentam na atuação da própria corporação e em suas características, de modo a buscar, assim, a criação de modelos de responsabilização por ato próprio da Pessoa Jurídica que possam tratar de sua culpabilidade própria e de um injusto peculiar a sua natureza (ALBUQUERQUE, 2017; GALVÃO, 2021). Conforme MARTÍN (2018), essas teorias se baseiam em algum defeito organizativo ou culpa própria da Pessoa Jurídica.

Nesse ponto, GALVÃO (2021) diferencia os modelos teóricos de responsabilidade penal da Pessoa Jurídica dos referenciais argumentativos. Os últimos seriam ideias centrais utilizadas pelos autores para fundamentar a responsabilidade própria desses entes. O autor elenca cinco referenciais que podem ser resumidos da seguinte maneira:

- a) A teoria do crime vista como imputação de responsabilidade: a teoria do crime contemporânea passa, cada vez mais, por um processo de normatização que se afastam de bases ontológicas. Nesse sentido, a teoria das normas entende que nos tipos penais há uma norma primária que é violada pelo infrator e uma norma secundária, dirigida ao juiz para aplicar as penas.
- b) O defeito da organização da Pessoa Jurídica: uma culpabilidade própria das Pessoas Jurídicas poderia ser sustentada, haja vista a existência de falhas na organização

destes entes que permitiriam ou incentivariam a ocorrência da violação ao bem-jurídico.

- c) Os atos de conexão: busca explicar a realização material da ofensa ao bem-jurídico. O ato de conexão se caracteriza pela ocorrência material do ato pela Pessoa Física, mas é conexo à Pessoa Jurídica. Normativamente se estabelece o ato da própria Pessoa Jurídica sem se transferir o ato da Pessoa Física para ela ou de fazer uma equivalência entre as duas pessoas.
- d) Domínio da organização: a Pessoa Jurídica seria garantidora dos riscos inerentes à sua atividade, sendo o critério de imputação a realização culpável de atividade de risco não permitida. A culpa da Pessoa Jurídica resta no fato de ter ela adotado medidas inadequadas para prevenir o crime (atuação proativa) ou ainda não dar resposta suficiente para o crime que ocorreu (atuação reativa).
- e) Dupla imputação: o ato de conexão seria um meio de cooperação entre Pessoa Física e Jurídica, de modo que se deveria imputar às duas a ocorrência do ato.

No entanto, as teorias da autorresponsabilidade são bem variadas entre si, adotando cada qual um modelo de responsabilização para a Pessoa Jurídica, sendo que algumas lançam mão dos referenciais acima aludidos e outras não. Diferentemente da heterorresponsabilidade que, em suas vertentes, variam sobretudo no âmbito das Pessoas Físicas que servem como suporte para a responsabilização da Pessoa Jurídica, os modelos de autorresponsabilidade apresentam características de natureza conceitual, como se verá a seguir.

Assim, analisa-se, por amostragem, três teorias da autorresponsabilidade da Pessoa Jurídica (ação significativa, ação institucional e construtivista) e sua compatibilidade, ou não, com os princípios formadores do Direito Penal para se perquirir se, ao menos algum deles, é compatível e pode ser, a princípio, estudado como possível modelo de responsabilidade. Cumpre observar que se adota os modelos a seguir com fins de analisar dita compatibilidade, não se pretendendo esgotar os temas ou apresentar todas as teorias.

4.2.3.1 Teoria da ação significativa

A teoria da ação significativa foi desenvolvida por VIVES ANTÓN (2011) tomando por base a teoria filosofia da linguagem e uma construção normativa da teoria do crime. O professor espanhol desenvolveu seu modelo com referência à pessoa física, mas outros autores, dentre eles Paulo César BUSATO (2019), aplicou-o à teoria do crime da Pessoa Jurídica.

VIVES ANTÓN (2011), ao construir seu modelo, entende que a ação não é um processo ontológico, mas sim um processo simbólico regido por normas, dentre as quais o significado social da conduta que é expresso linguisticamente. Nas palavras do próprio autor:

Me proponho, por conseguinte, conceber as ações como interpretações que, segundo os distintos tipos de regras sociais, podem ser dados ao comportamento humano. Definirei, portanto, ação como substrato de conduta suscetível de receber um sentido, senão como sentido que, conforme um sistema de normas, pode atribuir-se a determinados comportamentos humanos. Se opera, assim, um giro copérnico na teoria da ação: ela não é mais o substrato de um sentido, senão o inverso, o sentido de um substrato (VIVES ANTÓN, 2011, P. 221, tradução nossa).

Assim, pode ser diferenciado um fato de uma ação. O fato é aquilo que acontece, pode ser descrito e se explica mediante leis naturais (físicas, químicas e biológicas), ao passo que ação é algo que tem sentido, podem ser entendidas e se interpretam com regras gramaticais (VIVES ANTÓN, 2011).

A partir da própria ideia de ação, o espanhol reordena a teoria do crime sem renunciar a seus conceitos-chave, mas os colocando em enfoque a partir de sua premissa teórica. O autor estabelece seu conceito analítico a partir de três pretensões: de relevância (correspondente ao tipo penal), de ilicitude e de reprovação (correspondente à culpabilidade), o que dá origem ao modelo de sistema significativo de imputação (VIVES ANTÓN, 2011; GALVÃO, 2021).

O sistema significativo tem sua base na ação e na relação entre esta e a norma. Haveria aqui uma liberdade de ação que não está restrita pelo causalismo²⁸, haja vista que ação é um significado. Essa liberdade de ação é o eixo central da teoria. Isso reflete em todas as categorias do crime, tal qual a pretensão de relevância que tem como fundamento o tipo de ação, a realização de algo de interesse ao Direito Penal, e a pretensão de reprovação, subtraindo dela a possibilidade de agir diversamente, pois a liberdade, enquanto pressuposto da ação, pode ser tão somente percebida, mas não afirmada ou negada (BUSATO, 2018).

A pretensão de relevância corresponde ao tipo de ação. O tipo de ação equivale a uma adequada compreensão linguística da definição do tipo penal (semelhante à tipicidade formal) e uma ofensividade danosa ou perigosa ao bem jurídico (semelhante à antijuridicidade material ou tipicidade material). Aqui, entretanto, estão excluídos os elementos ontológicos como a intenção, haja vista que o tipo de ação é o reconhecimento de um significado, somente podendo ter conotação normativa (BUSATO, 2018).

²⁸ O causalismo no Direito Penal surgiu no século XIX com fulcro no paradigma universalista das ciências da natureza e que tinha como fundamento a chamada lei da causalidade, ou seja, a relação de causa e efeito. Transposta para o Direito Penal, pensou-se que a ação é a modificação do mundo exterior como feito volitivo de uma pessoa a partir de um movimento corpóreo voluntário (BRANDÃO, 2000).

A pretensão de ilicitude, por sua vez, é composta tanto pela ilicitude formal quanto pelos elementos subjetivos do injusto (antes situados no tipo penal para o finalismo ou na culpabilidade para o causalismo). O modelo significativo propõe que aqui seja analisada a intenção de violar a norma e de realizar uma ação ofensiva aos bens jurídicos. Os elementos subjetivos aqui não comporiam a ação, mas sim permitiriam a persecução da conduta. Verifica-se, em verdade, “o compromisso de atuar por parte do autor, caso em que haverá dolo, ou se há uma dupla ausência de compromisso: com o resultado típico e com a possibilidade de evita-lo, caso em que está presente a falta de dever de cuidado” (BUSATO, 2018, p. 245).

Por fim, há a pretensão de reprovação consistente em imputabilidade e consciência de ilicitude. Essa análise se baseia na ideia de que a ação é o sentido dado a um atuar incondicionado (BUSATO, 2018).

A partir desse substrato teórico, a responsabilidade penal das Pessoas Jurídicas tenta ser adequada a uma teoria do delito própria, buscando desenvolver uma teoria de autorresponsabilidade que respeite as bases do Direito Penal. Cumpre analisar se a teoria pode ser transportada aos entes morais e, se sim, se atende aos princípios formadores desse campo do Direito.

A respeito da capacidade de ação por Pessoas Jurídicas, a teoria da ação significativa se distancia de meros causalismos. A ação é identificada pela característica de seguir uma norma da qual se extrai sua expressão. Portanto, a ação somente existe quando interpretada conjuntamente de seu entorno. Nesse sentido, BUSATO (2019) diz que, mesmo que a teoria da ação se refere precipuamente ao ser humano, ele entende que o que é necessário é que tanto a ação da Pessoa Jurídica quanto da Pessoa Física tenha sentido, mas não que necessariamente tenham o mesmo sentido.

Conclui o autor que o que qualifica ou não uma ação é ter ela sentido comunicativo e linguístico e, se hoje se pode usar, com sentido também jurídico, a expressão de que uma companhia falsificou seus balanços comerciais, é porque há um contexto que há um uso compartilhado dessa expressão por práticas estáveis (BUSATO, 2019).

Assim, a teoria significativa da ação permite verificar uma capacidade de ação das Pessoas Jurídicas, pois ação penal é a atribuição de sentido conforme um código de normas (não somente jurídicas), podendo as Pessoas Jurídicas desenvolver uma ação segundo o uso comum da linguagem (GALVÃO, 2021).

Se se aplica a teoria à capacidade de ação, e ao desvalor dela, também seria ela aplicada ao desvalor do resultado. A partir da linguagem comum, é corrente a atribuição às Pessoas Jurídicas de resultados como sendo seus. Argumenta BUSATO (2019) que se se atribui sentido

à expressão “a companhia petrolífera contaminou a baía de Guanabara”, não é razoável que o direito simplesmente diga não ser possível atribuir o resultado à Pessoa Jurídica sob uma pretensão de veracidade científica.

Portanto, o resultado de uma ação poderia ser atribuído a Pessoas Jurídicas, respeitando, a princípio, o princípio da culpabilidade, sempre que ele pudesse ser atribuído linguisticamente a esses entes e, para isso ocorrer, dever-se-ia perquirir a possibilidade de atribuição quando fosse o resultado oriundo da vontade dos entes. Não se pode, simplesmente, desconsiderar o resultado, mas tampouco se pode desconsiderar a contribuição subjetiva para o delito. Deve analisar, assim, a compatibilidade da pretensão de ilicitude da teoria significativa do delito com as Pessoas Jurídicas (BUSATO, 2019).

Os elementos subjetivos do injusto, a saber, o dolo e a culpa, são, para a teoria significativa do delito, de ordem atributivo-normativa. A culpa é entendida como a falta de compromisso com a produção do resultado e com o cumprimento dos deveres objetivos de cuidado. O dolo é a manifestação de um compromisso com a produção do resultado, atribuindo-se uma intenção (BUSATO, 2018 e 2019).

Nesse modelo, os elementos subjetivos não são vistos como simples manifestação psicológico-naturalística, mas sim como um processo normativo que é constatado a partir de exteriorizações das ações. Nesse sentido, possível seria atribuir dolo ou culpa à Pessoa Jurídica quando das decisões corporativas se estabeleça orientações positivas para que os agentes fungíveis realizem condutas (GALVÃO, 2021).

Por fim, deve ser analisado se a pretensão de reprovação é ou não compatível com as Pessoas Jurídicas. Se a Pessoa Jurídica é concebida como sujeito de direitos, a ela pode ser atribuído um significado do que é juridicamente possível exigir de suas ações, de modo que pode ser reprovada caso descumpra uma norma que era obrigatório seu cumprimento (GALVÃO, 2021).

Diante disso, a princípio a teoria da ação significativa e o modelo significativo de crime são compatíveis com a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica, mas deve-se avaliar se essas explicações teóricas são compatíveis com os princípios formadores do Direito Penal.

No que diz respeito à culpabilidade, tanto a capacidade de ação própria da Pessoa Jurídica quanto a possibilidade de se atribuir a ela subjetivamente (com dolo ou culpa) o resultado estão presentes. Assim, a partir de uma construção linguística e de uma atribuição normativa, há a prática pessoal de ações com dolo ou culpa, de modo que pode ser entendido que o princípio da culpabilidade está satisfeito, pois não haveria uma responsabilidade objetiva e tampouco uma responsabilidade por fato de terceiro.

A lesividade, enquanto princípio formador que postula a ocorrência de uma ofensa a um bem-jurídico de terceiro, pode também ser satisfeita no passo que é possível a atribuição, também normativa e linguística, de um resultado desvalioso e ofensivo a bens jurídicos à Pessoa Jurídica.

A intervenção mínima também estaria satisfeita, no entender deste trabalho, pois a Pessoa Jurídica passa a cometer delitos independentemente da Pessoa Física, de modo que a punição desta não é reprovação daquela, não havendo, aqui, *bis in idem*.

Por fim, cumpre analisar a legalidade. Conforme feito anteriormente, a conformação com o ordenamento jurídico nacional é tomada como ponto de referência principal de todo o trabalho até aqui empreendido. No caso brasileiro, a responsabilidade foi tratada pela Lei 9.605 de 1998, não prevendo ela quaisquer das construções teóricas acima aludidas, de modo que, em respeito ao princípio previsto no inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal, não pode ser aplicado o modelo por se tratar de incriminação de condutas. Portanto, o princípio da legalidade resta ferido.

Nada obstante, a opção é legislativa e estabelecida por meio de lei em sentido formal. Assim, pode o legislador, em posterior reforma de lei, adotar o modelo para a Pessoa Jurídica, o que viria a satisfazer o princípio da legalidade penal, desde que devidamente tratado e com leis claras, a fim de obedecer também a taxatividade. Porém o ordenamento brasileiro ainda não dá vez a tal construção teórica (GALVÃO, 2021).

4.2.3.2 Teoria da ação institucional

David BAIGÚN (2000) se propõe a analisar a possibilidade de construir um modelo *ad hoc* da teoria do delito para as Pessoas Jurídicas, pois, para ele, a responsabilidade penal desses entes faz parte da estratégia dirigida a neutralização dos fenômenos da criminalidade contemporânea. O autor, ao analisar o tema, entende que não se deve somente transportar a teoria do Direito penal tradicional para as Pessoas Jurídicas, mas sim construir um novo sistema teórico de responsabilização.

BAIGÚN (2000) defende a existência de um duplo sistema de imputações diferentes, um para os seres humanos, baseado na teoria do delito tradicional, e outro para os entes coletivos, que merece uma nova teoria do delito, pois os seres morais e os naturais têm natureza qualitativamente distinta. Partindo da natureza distinta, entende o autor que as Pessoas Jurídicas realizam ações institucionais, daí o nome de sua teoria.

Apesar de o sistema de responsabilização das Pessoas Jurídicas ser distinto, ele ainda manteria referência ao sistema do delito tradicional no que diz respeito às categorias do delito, que seriam adequadas ou modificadas. Conforme o autor, deve ser reconhecido que as Pessoas Jurídicas são desprovidas das notas de subjetividade das Pessoas Físicas e, nesse sentido, ele sugere que: *a)* na tipicidade, um novo modelo de elemento subjetivo do tipo deve ser analisado; *b)* na ilicitude, o juízo de desvalor entre a contradição de um comportamento e do ordenamento se manteria o mesmo, mas as justificantes não poderiam gozar de ingredientes subjetivos; e *c)* a culpabilidade deveria ser substituída por uma nova categoria, a responsabilidade (BAIGÚN, 2000).

A ação institucional seria consequência de um fenômeno interrelacional em que se atua tanto o aparato psíquico de cada uma das Pessoas Físicas integrantes dos órgãos da Pessoa Jurídica e, também, o interesse objetivo e qualitativamente diferente da Pessoa Jurídica de cada um dos indivíduos. O atuar humano na Pessoa Jurídica seria somente um dos vetores interrelacionais que se ligaria com outras características reais, como a regulação normativa, a regulação organizacional do ente coletivo e o interesse econômico (BAIGÚN, 2000)²⁹.

Essa ação institucional começaria desde o momento em que o órgão forma sua decisão e o acordo, antes mesmo dos atos concretos que ponham em execução essa medida, entendendo BAIGÚN (2000) que se se pode, no Direito Penal tradicional, retroceder a imputação a atos preparatórios, os chamados crimes de obstáculo, poderia também entender o Direito Penal das Pessoas Jurídicas que a ação institucional começa antes do início da execução.

Quanto a tipicidade, BAIGÚN (2000) entende que pode ser adotado o modelo da teoria clássica do Direito Penal desde que modificado e adaptado para a realidade das Pessoas Jurídicas. Partindo de um modelo welzeliano, o autor entende que os elementos objetivos do tipo penal são a descrição de uma ação sem levar em consideração os elementos anímicos. Assim, nessa análise deveria ser tomada como base o produto da decisão institucional, podendo existir uma ou mais atividades ou atos posteriores que são consequências dessa decisão. Deve-se analisar como base o produto da decisão da Pessoa Jurídica, prescindindo de outros componentes e, portanto, atividades que estejam fora dessa decisão não devem ser entendidas como pertencentes à ação institucional.

²⁹ As Pessoas Jurídicas poderiam realizar essas ações a partir de três modelos: a) poderia a Pessoa Jurídica realizar, por meio da ação institucional, uma situação ou um processo que gera um resultado, o que seria o paralelo dos delitos comissivos dolosos; b) poderia a Pessoa Jurídica ser indiferente a certas normas jurídicas, sobretudo as de cuidado, produzindo resultados desaprovados socialmente, o que seria o paralelo dos delitos comissivos culposos; e c) poderia ser direcionado ordens de ação à Pessoa Jurídica que se manteria inerte, o que seria o paralelo dos delitos omissivos (BAIGÚN, 2000).

Quanto ao elemento subjetivo do tipo penal, BAIGÚN (2000) adverte que é opinião corrente que no Direito Penal a subjetividade é sinônimo da pessoa humana e de seu aparato psíquico, motivo pelo qual deve haver uma nova interpretação para as Pessoas Jurídicas.

Quanto ao dolo, o autor entende ser ele composto de conhecimento e vontade. Nas Pessoas Jurídicas, a vontade seria aquela vontade social dolosa, já o conhecimento partiria do que o autor chama de informação construída que não se confunde com a mera soma dos conhecimentos das Pessoas Físicas, mas sim está presente em um nível diferente que gera o resultado da tomada da ação institucional (BAIGÚN, 2000).

Quanto à culpa, propõe BAIGÚN (2000) seja ela vista não tanto pela correspondência exata com a culpa da Pessoa Física, mas sim com base nas notas que a caracterizariam a partir da ação institucional. A ação institucional poderia estar dirigida não a um resultado, mas a outros fins e, ainda assim, violando regras de cuidado previstas no ordenamento jurídico e provocando resultados sociais intoleráveis.

A ilicitude também está presente no modelo de ação institucional. Mesmo que se entenda a tipicidade de modo qualitativamente diverso, a Pessoa Jurídica somente poderá ser punida se a ação institucional estiver em contradição com o ordenamento jurídico e esse juízo, conforme BAIGÚN (2000), não se modifica por conta da natureza da Pessoa Jurídica³⁰.

Por fim, a culpabilidade é substituída pela categoria da responsabilidade social. Em paralelo com a ilicitude, esta seria um juízo de coincidência ou conflito com os deveres do ordenamento jurídico, ao passo que a responsabilidade social seria o afastamento ou desvio das exigências do ordenamento (BAIGÚN, 2000).

A responsabilidade social é composta por dois elementos, a atributividade e a exigibilidade. Na atributividade, haveria a separação dos atos atribuídos às Pessoas Jurídicas e às Pessoas Físicas e, para tanto, devem identificar aqueles riscos oriundos das ações institucionais da Pessoa Jurídica e de seus papéis sociais ser identificados. Caso se atribua o injusto à Pessoa Jurídica, a exigibilidade é analisada, pressupondo alternativas de ação do ente. Todavia, deve-se presumir que a ação institucional e o conhecimento da Pessoa Jurídica sejam oriundos de técnicas adequadas a suas atividades (BAIGÚN, 2000; GALVÃO, 2021).

São essas as linhas gerais do modelo desenvolvido por BAIGÚN (2000) e chamado de modelo institucional, cumpre agora analisar se o modelo atende aos princípios formadores do Direito Penal.

³⁰ O modelo de ação institucional não altera a natureza da ilicitude enquanto segundo substrato do crime, mas impacta nas causas de justificação. Entretanto, por fugir um pouco do escopo do presente trabalho, de apresentar teorias e avalia-las com base nos princípios formadores do Direito Penal, não será tratada profundamente. Nesse ponto, conferir a obra de BAIGÚN (2000), sobretudo nas páginas 100 e seguintes.

Assim como dito anteriormente no modelo da ação significativa, a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica com base no modelo de ação institucional fere, a princípio, a legalidade no ordenamento jurídico brasileiro, pois o modelo previsto na Lei n.º 9.605/98, pois não há sequer o início de previsão legal de um modelo nesse sentido.

O modelo trabalha com alternativas à teoria do delito tradicional, seja modificando conceitos existentes (como no caso da tipicidade), seja substituindo uma categoria por outra nova (como no caso de culpabilidade passar a ser vista como responsabilidade social). Violaria a sua aplicação, sem a devida conformidade legislativa, o princípio da legalidade previsto no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal brasileira (GALVÃO, 2021). Entende-se, entretanto, que o óbice poderia ser superado caso o legislador se atentasse à conformação da responsabilidade penal da Pessoa Jurídica ao modelo institucional, criando assim quase que uma parte geral para a teoria crime dos entes morais, o que não foi feito ainda.

A questão da culpabilidade pode ser bem avaliada pelo modelo da ação institucional. Cumpre observar que a culpabilidade aqui não está relacionada à existência do terceiro substrato do crime que, na teoria de BAIGÚN (2000), foi substituída pela responsabilidade social. A culpabilidade, enquanto princípio formador, é a de a capacidade de ação própria da Pessoa Jurídica quanto a possibilidade de se atribuir a ela subjetivamente (com dolo ou culpa) o resultado.

No que diz respeito à possibilidade de atribuir o resultado subjetivamente à Pessoa Jurídica, BAIGÚN (2000) desenvolveu a ideia de dolo enquanto formação institucional, analisando tanto o elemento da vontade quanto do conhecimento. No que diz ao elemento culposo, o autor entende que é uma construção apartada que, apesar de não corresponder simetricamente à culpa da Pessoa Física, trata de violação do dever com base no conhecimento institucional da Pessoa Jurídica. Nesse sentido, as ideias do autor permitem que seja atribuída o resultado à Pessoa Jurídica a partir de elementos subjetivos próprios.

Quanto à capacidade de ação própria, surge a ideia de ação institucional enquanto fenômeno interrelacional que tem como integrante as ações humanas, mas com elas não se confunde e tampouco nelas se esgotam. A ideia de capacidade de ação própria poderia ser bem tratada pelo modelo criado, pois seria uma ação apartada da Pessoa Física.

A questão da lesividade, entretanto, incorre em um problema ao se entender que a ação institucional começa desde o momento em que o órgão forma sua decisão. Mesmo que se entenda que há, no Direito Penal tradicional, crimes autônomos que punem atos preparatórios, todas as funções do princípio formador ora em questão devem ser respeitadas e, dentre elas, a

proibição de incriminação de condutas internas ou que não excedam o âmbito do próprio autor, o que veda, especificamente, os atos preparatórios (BATISTA, 2007 e PRADO, 2020).

Assim, ao não se entender a ação para além da mera decisão institucional, sem se avaliar qual seria a ação da própria Pessoa Jurídica, o modelo viola, a princípio, o princípio formador da lesividade. Nada obstante, o modelo do autor poderia ser ainda mais desenvolvido para que seja vista a ação institucional enquanto tomada de vontade da Pessoa Jurídica acrescida de uma ação exterior que poderia ser a ela atribuída, porém essa construção foge dos limites do presente trabalho.

Por fim, a intervenção mínima enquanto subsidiariedade (atuação do Direito Penal somente quando os demais ramos jurídicos não lograrem êxito) e fragmentariedade (proteção dos bens jurídicos mais valiosos para o ordenamento jurídico) poderia ser justificada, assim como dito anteriormente, caso se perceba que uma das funções do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, pois, conforme o próprio BAIGÚN (2000, p. 2, tradução nossa):

Esta concepção de direito penal [a concepção tradicional], apta para o começo da sociedade de mercado, exhibe seus desajustes; a aparição de *holdings*, *trusts*, monopólios, fusões e suas formas jurídicas não se adequava com uma lei penal que apontava fundamentalmente a tutelar o sujeito-proprietário e seus objetos quando em realidade emergiam o dano macrossocial e os agentes supraindividuais. É certo que o esquema seguia sendo útil para solidificar o princípio da seletividade – marginalização da área de proteção dos sujeitos não proprietários – e fortalecer a impunidade das corporações que apareciam visível protagonismo, mas, ao mesmo tempo, lesionava as regras do intrasistema capitalista, que exigia o livre jogo da competência nas variantes do mercado.

Assim, apesar de o sistema de BAIGÚN (2000) ser um início de uma autorresponsabilidade compatível com os princípios formadores, acaba por violar, ao menos na formulação atual, o princípio da lesividade e da legalidade (no Brasil), de modo que não pode ser adotado enquanto modelo teórico a ser perseguido.

4.2.3.3 Teoria construtivista

A teoria construtivista foi desenvolvida por Carlos Gómez-Jara Díez (2015). Como diz o autor, a introdução de organizações empresariais no Direito Penal traz atritos conceituais, pois há de se considerar que as categorias clássicas desse ramo do Direito estão formadas por e para indivíduos. A fim de superar esse obstáculo o autor parte de dois fundamentos teóricos, a teoria dos sistemas sociais autopoieticos e a cidadania empresarial.

A teoria dos sistemas sociais autopoieticos trata de sistemas sociais com autorreferencialidade autopoietica, ou seja, a capacidade de se reproduzir por meio de seus próprios produtos. Díez (2015) entende que tanto a Pessoa Física quanto a Pessoa Jurídica,

bem como o Direito, gozam dessa autorreferencialidade autopoietica, mesmo que de forma diferente para cada um. O ser humano teria um sistema autopoietico psiquico ao passo que as corporações teriam um sistema autopoietico organizativo. Nada obstante, a complexidade organizacional das corporações deveria chegar a um nível de complexidade interna para poder ser alvo de imputações jurídico-penais (DÍEZ, 2015).

Além disso, a teoria da autorresponsabilidade de DÍEZ (2015) toma como base a ideia de cidadania empresarial cuja essência está na percepção de que as Pessoas Jurídicas, atualmente, exercem influência decisiva na configuração social. No que diz respeito à responsabilidade penal da Pessoa Jurídica, a ideia de cidadania empresarial é o fulcro do conceito de cidadão corporativo fiel ao Direito.

O cidadão corporativo fiel ao direito é a Pessoa Jurídica que tem o dever de institucionalizar uma cultura empresarial de fidelidade do direito. O conceito é relacionado tanto a uma dimensão material, em que a Pessoa Jurídica participa de assuntos públicos, quanto a uma dimensão formal de cumprimento do direito e de ter a Pessoa Jurídica participado da produção da vigência da norma social ou jurídica (DÍEZ, 2015).

O primeiro ponto trabalhado pela teoria construtivista é a capacidade de ação da Pessoa Jurídica. Parte da ideia de que, como o modelo tradicional da teoria do delito entende que somente a Pessoa Física é capaz de ação, deve-se perquirir um denominador comum para as Pessoas Físicas e Jurídicas, a saber: a competência organizativa. Com base na ideia de autopoiese da teoria dos sistemas, DÍEZ (2015) entende que com o passar do tempo as Pessoas Jurídicas conseguem alcançar um nível de complexidade suficiente que lhes gera uma capacidade autônoma de auto-organização, autodeterminação e autocondução.

Como explica GALVÃO (2021), o modelo construtivista entende que o injusto empresarial decorre de uma configuração organizativa defeituosa, inexistente ou inadequada. Esse defeito de organização faria com que a Pessoa Jurídica fosse uma garantidora de tudo o que ocorre em sua corporação. Essa falha prescindiria da identificação de uma Pessoa Física que realizou, concretamente, a violação da norma.

A questão é que, mesmo que se veja uma dificuldade de a Pessoa Jurídica agir por si mesma, a complexidade angariada ao longo do tempo geraria a própria capacidade de se organizar, de modo que poderia ser visto essa capacidade autonomamente e apartadamente das Pessoas Físicas. O autor substitui assim a capacidade de ação por capacidade de autorganização (DÍEZ, 2015).

A questão da complexidade empresarial também atinge o ponto da culpabilidade da Pessoa Jurídica, pois permite avaliar quais entes podem ser considerados imputáveis e quais

podem ser considerados inimputáveis. O autor busca superar as dificuldades que surgem da suposta ausência de autoconsciência das Pessoas Jurídicas a partir da ideia de construtivismo operativo que entende que comunicação e consciência mostram as mesmas características de autorreferencialidade, recursividade e reflexão (DÍEZ, 2015).

A autorreferencialidade no sistema jurídico trata da ideia de que é impossível que o direito tenha acesso direto tanto à consciência humana quanto à organização empresarial, mas sim somente a indícios dessa autorreferencialidade. Para tanto, deve-se distinguir nos dois sistemas, o psíquico humano e o organizativo empresarial, a possibilidade de imputabilidade e serem considerados pessoas de Direito penal (DÍEZ, 2015).

O autor, citando Gunter Theubner, argumenta que para que a Pessoa Jurídica seja imputável (fazendo o autor alegoria a sair de uma minoridade), deve ela atingir a complexidade a ponto de existir uma acumulação de circuitos autorreferenciais no âmbito corporativo ao ponto de chegar a um encadeamento deles. É somente a partir dessa etapa que a Pessoa Jurídica realmente surge como ator corporativo (DÍEZ, 2015).

O dolo, inclusive, parte da própria possibilidade de a pessoa ter essa autorreferencialidade. Baseando-se na ideia de que o dolo é uma construção normativa, constrói DIEZ (2015) o raciocínio de que as Pessoas Jurídicas detêm um conhecimento organizativo com independência das Pessoas Físicas e, assim, conhecem também o risco empresarial – conhecem o perigo que se realiza em um resultado típico (GALVÃO, 2021).

Quanto à culpabilidade, DÍEZ (2015) reconhece que é ela uma das questões mais difíceis de se vencer na responsabilidade penal da Pessoa Jurídica, motivo pelo qual busca desenvolver um conceito que não é igual, mas sim funcionalmente equivalente com base em três equivalentes funcionais, a saber, a fidelidade ao Direito como condição vigente para a norma, o sinalagma básico do Direito Penal e a capacidade de questionar a vigência da norma.

No que diz respeito à fidelidade ao Direito como condição vigente para a norma, a criação e manutenção de uma cultura empresarial de fidelidade ao Direito seria o ponto fulcral para a vigência de determinadas normas na sociedade hodierna. Sobretudo a partir do século XX foi reconhecida a ideia de que o Estado não consegue controlar de modo efetivo algumas Pessoas Jurídicas, sendo importante que fossem criadas normas que garantiriam uma autorregulação e a criação da obrigação primordial de uma cultura empresarial fiel ao Direito. Quando a Pessoa Jurídica, capaz de se auto-organizar e autorregular, não cumpre o papel de cidadão fiel ao Direito a culpabilidade jurídico-penal empresarial se manifesta (DÍEZ, 2015).

É a partir disso que surge o segundo equivalente funcional, o sinalagma básico de Direito Penal: a liberdade de auto-organização empresarial implica na responsabilidade pelas

consequências da atividade empresarial. O autor extrai dessa ideia o próprio mandamento de não lesionar outrem (*neminem laedere*) dirigido para as Pessoas Jurídicas, pois elas devem se comportar e se organizar de maneira que ninguém seja prejudicado, sendo não somente um ator econômico, mas também um alvo de direitos e deveres, ou seja, uma pessoa de Direito Penal (DÍEZ, 2015).

É nesse ponto, por ser pessoa de Direito penal e cidadão fiel ao Direito, destinatária de normas, que as Pessoas Jurídicas podem ter a capacidade de questionar a vigência da norma (terceiro equivalente funcional). Aqui o autor traz a ideia de aspecto material de culpabilidade enquanto o destinatário da norma penal é competente para intervir em assuntos públicos e, assim, participar na produção de sentido para a norma (DÍEZ, 2015).

O modelo de DÍEZ (2015), entretanto, deve ainda ser analisado sob o prisma dos princípios formadores do Direito Penal para que se possa avaliar, em um momento muito inicial, a compatibilidade da responsabilidade da Pessoa Jurídica com o Direito Penal.

Inicia-se a análise com o princípio da legalidade. Logo na introdução de sua obra, DÍEZ (2015) afirma que busca proporcionar uma explicação teórica para a Lei brasileira de n.º 9.605 de 1998, que tratou da responsabilidade penal das Pessoas Jurídicas em crimes ambientais. Mesmo dizendo que seria interessante se o legislador realizasse reformas e adequações no diploma legal, entende ele que não é isso óbice à aplicação das ideias tratadas por ele ou para a aplicação de um modelo objetivo-civilista. A lei brasileira teria, para ele, os requisitos que permitem a aplicação dos princípios básicos do Direito Penal para a Pessoas Jurídica.

Em posição contrária GALVÃO (2021) aponta que não há dispositivo legal que trate da capacidade de organização, de seu defeito, do possível conhecimento organizativo sobre o risco empresarial ou da cultura de fiel cumprimento ao Direito.

De fato, quando DÍEZ (2015) diz em seu texto que ainda que um Código Penal não trate sobre culpabilidade ou defina ação ou dolo, peca pelo fato de, o Código Penal brasileiro, tratar, mesmo que indiretamente, dessas categorias. Para exemplificar o modelo baseado no princípio da legalidade, o Código Penal brasileiro: *a)* trata do dolo e da culpa, definindo-os no artigo 18; *b)* trata da ação, mesmo que minimamente, no artigo 13, quando trata da relação de causalidade; e *c)* trata da culpabilidade, mesmo que indiretamente, quando trata do erro de proibição (artigo 21) ou da coação moral irresistível (artigo 22, primeira parte).

Desse modo, devido ao princípio da legalidade postular que somente pode haver incriminação ou cominação de penas com lei prévia, o modelo de DÍEZ (2015) é, atualmente, incompatível com a lei brasileira, pois esta não traz os elementos mínimos para que se possa, sequer, extrair uma interpretação conforme a teoria.

O princípio formador da culpabilidade deve ser analisado, conforme foi anteriormente, sob o duplo prisma da capacidade de ação própria e da possibilidade de se atribuir subjetivamente o resultado à Pessoa Jurídica. O modelo construtivista parte da ideia de capacidade de auto-organização das Pessoas Jurídicas, sendo elas consideradas responsáveis por ato próprio quando sua organização for deficiente, inexistente ou inapropriada. Desse modo, a Pessoa Jurídica teria uma capacidade de ação específica que seria se organizar e evitar o resultado lesivo, sendo que o modelo construtivista consegue responder, razoavelmente, ao primeiro requisito do princípio formador da culpabilidade.

No que diz respeito à possibilidade de se atribuir subjetivamente o resultado aos entes morais, DÍEZ (2015) parte da ideia de sistemas autopoieticos para atribuir à Pessoa Jurídica um conhecimento próprio de sua organização e de sua complexidade, englobando os riscos e tendo conhecimento de que estes riscos se realizam nos resultados tipificados. Assim, ele trata de um dolo próprio das Pessoas Jurídicas, de modo que se poderia atribuir subjetivamente os resultados à Pessoa Jurídica. Nada obstante, como aponta GALVÃO (2021), o autor não examina os requisitos necessários para os crimes culposos.

Portanto, o princípio formador da culpabilidade estaria, ao menos no que diz respeito aos crimes dolosos e à capacidade de ação, respeitado, mas poderia ser mais desenvolvido no que diz respeito ao elemento subjetivo culposo.

No que diz respeito à lesividade, o modelo construtivista se baseia na ideia de uma auto-organização defeituosa que não consegue impedir um resultado lesivo, como apontado anteriormente. Nesse sentido, a ação atinge o âmbito de terceiros, pois se a Pessoa Jurídica tivesse se organizado de maneira idônea, não teria violado bens jurídicos de terceiros, ultrapassando, assim, o âmbito do próprio ente moral.

Apesar de a base ser o defeito da organização, a incriminação mesma seria de resultados tipificados em crimes, como, por exemplo, os da Lei 9.605, ou seja, a incriminação não seria da própria falha na organização, o que violaria a lesividade na proibição de estados ou condições existenciais. O que ocorre é que a auto-organização é o equivalente, no sistema construtivista, à ação que se exterioriza e viola os bens jurídicos.

Analisando especificamente a crítica de o modelo construtivista ser um Direito Penal empresarial de autor, DÍEZ (2015, p. 91 e 92) diz que:

[...]. O fato – pare respeitar a culpabilidade pelo fato – consiste na configuração de um âmbito de organização próprio – sempre, é claro, respeitando os limites da tentativa e da consumação – e conseqüentemente a liberdade a partir deste posicionamento teórico não é entendida como uma liberdade de vontade, liberdade de decisão em um momento concreto, mas liberdade de (auto-)organização, liberdade de autoadministração. Concluindo-se, o fato, tanto no Direito Penal individual como no

Direito penal empresarial, define-se como a configuração de um âmbito organizacional determinado e esta configuração é efetivada, no caso da organização empresarial, graças à sua capacidade de auto-organização que fundamenta precisamente sua competência organizacional.

Portanto, entende-se, no presente trabalho, que o princípio da lesividade também é compatível com o modelo construtivista de responsabilidade penal da Pessoa Jurídica.

Quanto a intervenção mínima, como já foi demonstrado anteriormente, as funções do Direito Penal são precipuamente duas: a limitação do poder punitivo e a proteção de bens jurídicos. No que diz respeito à limitação do poder punitivo, o modelo construtivista busca criar categorias para que se possa imputar ou não o ato às Pessoas Jurídicas, inclusive criando categorias para que se busque a inimputabilidade de determinadas corporações que não atingiram o grau de complexidade suficiente, restringindo, assim, o poder punitivo do Estado. Além disso, ao desenvolver um modelo de autorresponsabilidade, é possível dizer que se defende os bens jurídicos que são atingidos pela própria Pessoa Jurídica, de modo que o Direito Penal exerce também sua segunda função.

Analisados os três modelos propostos e sua (in)compatibilidade com os princípios formadores, passa-se, a seguir, à análise da responsabilidade penal da Pessoa Jurídica no ordenamento nacional a partir da previsão constitucional, legal e da jurisprudência. Busca-se, uma vez mais, averiguar se o modelo brasileiro é compatível com os princípios formadores.

5 Aferição do modelo de responsabilidade penal da Pessoa Jurídica no ordenamento jurídico brasileiro frente aos princípios formadores do Direito Penal (legalidade, culpabilidade, lesividade e intervenção mínima)

No que diz respeito à responsabilidade penal da Pessoa Jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, os autores tomam como base de análise as disposições constitucionais (artigos 173, §5º e 225, §3º, ambos da Constituição Federal) e a Lei n.º 9.605/98 (IENNACO, 2010; GALVÃO, 2021).

IENNACO (2010) entende que, mesmo que tradicionalmente, os autores e a jurisprudência repeliam a possibilidade de ser a Pessoa Jurídica sujeita ativa do crime, as disposições constitucionais acima aludidas dispuseram que poderia ela, em tese, ser autora de crimes. O autor entende que é a partir daí que, no Brasil, ocorreu uma revolução no Direito Penal que ainda está em processo.

Começa a análise pelas disposições previstas na Constituição Federal. O artigo 173 da Constituição Federal, inserido no Título VII que trata sobre a ordem econômica e financeira, prevê que a exploração direta de atividade Econômica pelo Estado somente é admitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. O §5º do dito artigo prevê que a lei, “sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da Pessoa Jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”.

Analisando o artigo 173, é perceptível que o Legislador Constituinte se limitou a dizer que seria a Pessoa Jurídica punida com sanções compatíveis com sua natureza, mas não especificou, claramente, se se trata de uma responsabilidade de natureza penal, administrativa ou civil. GALVÃO (2021) entende ser uma responsabilidade de natureza penal, sendo que a previsão de compatibilidade das sanções com a natureza demonstra a preocupação do Legislador Constituinte com a adaptação das punições à natureza dos entes morais.

Juarez Cirino dos SANTOS (2010), interpretando o §5º do artigo 173, aponta que o Legislador Constituinte não adjetivou a responsabilidade da Pessoa Jurídica, de modo que o conceito de responsabilidade é genérico, não sendo necessariamente penal. Diz o autor que o Constituinte não aboliria, de maneira enigmática, o princípio da responsabilidade penal pessoal, mas teria usado linguagem clara e inequívoca se assim desejasse. Assim, por não ser a norma constitucional clara, uma dubiedade em sua interpretação pode ser reconhecida, de modo que os autores não a interpretam de modo pacífico.

Já o artigo 225 da Constituição Federal, incluído no Título VIII que trata da ordem social, especificamente no Capítulo VI que busca tutelar o meio ambiente, prevê, em seu *caput*, que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, sendo dever do Poder Público e da coletividade defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Especificamente no que diz respeito à responsabilidade penal da Pessoa Jurídica, o tema seria tratado pelo §3º que diz que as “condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Novamente há um dilema sobre se o dispositivo constitucional traz ou não a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica. SANTOS (2010), apesar de reconhecer que alguns autores dizem prever a ruptura da responsabilidade pessoal, entende que o texto constitucional parece demonstrar que a responsabilidade penal continua pessoal. A tese da responsabilidade penal da Pessoa Jurídica se fundaria em uma leitura apressada do artigo ou seria um simples fenômeno psíquico de projeção de vontade.

GALVÃO (2021), entretanto, mais uma vez apresenta posicionamento no sentido de que a norma traz a responsabilidade penal. Para o referido autor, a disposição do §3º do artigo 225 é clara no sentido de que a Pessoa Jurídica é considerada infratora da norma jurídica de proteção ambiental. Analisando a interpretação dada por alguns de que o texto separa a responsabilidade da Pessoa Física (penal) e da Pessoa Jurídica (administrativa), diz ele ser uma interpretação manifestamente equivocada, pois a estrutura do dispositivo deixa claro que os infratores estarão sujeitos tanto a sanções penais quanto administrativas, havendo uma cumulação e não alternatividade (GALVÃO, 2017).

Cumprindo observar que ambas as interpretações são passíveis e ambos os autores trazem seus argumentos de maneira racional, exercendo a hermenêutica da norma, buscando alcançar seu verdadeiro significado e alcance. Essas interpretações variáveis, no Direito, são comuns e a interpretação é sempre necessária, pois a linguagem jurídica é ambígua e imprecisa, sendo que a interpretação e aplicação do direito é uma. É lição corrente de hermenêutica que o texto normativo é tão somente uma das frações norma, a dimensão da linguagem jurídica, mas a norma em si ainda compreende elementos e situações do mundo da vida e do momento de sua aplicação (GRAU, 2017).

A interpretação que se enfrenta, entretanto, é de normas constitucionais e, por isso, com peculiaridades próprias que não se limitam ao Direito (seja constitucional, seja penal), mas também levam em conta as relações políticas de partilha e exercício de poder. A interpretação

de uma Constituição democrática depreende tanto o limite do governo da maioria, mediante valores e direitos fundamentais, e de propiciar esse mesmo governo, mediante procedimentos adequados de participação e legitimação (BARROSO, 2018).

Dentre os métodos de interpretação clássicos e que devem ser considerados de modo a extrair ou a chegar mais próximo do conteúdo da norma está a interpretação sistemática. Esse método se pauta na ideia de que a ordem jurídica funciona como um sistema, devendo ter unidade e harmonia (BARROSO, 2018).

Nesse sentido, dentre as interpretações possíveis é aquela dada pelo próprio legislador, representante do povo, quando produz uma lei. Assim, pode ser entendido que foi acolhida, ao menos a princípio, no direito positivo, a interpretação de que o dispositivo do artigo 225, §3º prevê a possibilidade de responsabilidade penal da Pessoa Jurídica, pois a lei n.º 9.605/98 previu, em seu artigo 3º, a responsabilidade dos entes coletivos. Nesse sentido:

Regulamentando o parágrafo 3º do artigo 225, a Lei nº 9.605/98 materializou o entendimento de que a disposição constitucional não tratou de consequências respectivas para a lesão ambiental, mas cumulativas, de modo que a Pessoa Jurídica pode ser responsabilizada penal e administrativamente, independentemente de obrigação de reparar os danos causados (GALVÃO, 2017, p. 18).

Assim, a princípio o legislador, enquanto delineador de política criminal, entendeu que a Constituição Federal permite que haja a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica. Isso, entretanto, não quer dizer que qualquer conformação legislativa é válida. Uma vez delineada um problema de mandamento constitucional (se as normas constitucionais autorizam ou não a responsabilização da Pessoa Jurídica em matéria criminal), deve-se analisar o modo como será regulamentada, por via legislativa, essa responsabilização. Nesse aspecto, deve ser avaliada, precipuamente, a compatibilidade do modelo legislativo com os princípios formadores do Direito Penal (legalidade, culpabilidade, lesividade e intervenção mínima).

Além disso, em interpretação teleológica, buscando a razão de ser da norma constitucional, Fábio André Garagni entende que se busca proteger o meio ambiente em sua integralidade, de modo que decide utilizar dois setores do direito (penal e administrativo) para punir dois grupos de infratores (Pessoas Física e Jurídica), acrescentando ainda a reparação do dano. Assim, a norma diz, teleologicamente, que devem ser somados os campos de exercício de poder punitivo para todos os infratores (BUSATO e GUARAGNI, 2012).

A lei 9.605/98 dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, bem como dá outras providências. Nesta lei, o artigo 3º é disposição normativa específica que trata da responsabilidade penal (além da civil e administrativa) da Pessoa Jurídica. Prescreve o artigo que:

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

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

A partir do artigo da lei, é possível perceber que o modelo brasileiro é um exemplo de modelo de heterorresponsabilidade ou de responsabilidade pelo fato alheio, como aponta ALBUQUERQUE (2018), pois a Pessoa Jurídica é punida única e exclusivamente com base nas ações de representantes legais, contratuais e órgãos colegiados.

Ocorre, no Brasil, um modelo de responsabilidade por ricochete em que é necessária a comprovação da prática de infração por Pessoa Física ligada ao ente coletivo e que a infração seja praticada no interesse ou em benefício do ente coletivo (CORRERA, 2021).

Alguns requisitos para que a Pessoa Jurídica seja responsabilizada criminalmente no ordenamento jurídico brasileiro podem ser extraídos do dispositivo legal, sejam eles explícitos ou implícitos. Os requisitos explícitos são a deliberação do ente coletivo, a execução material da conduta por uma pessoa física vinculada à Pessoa Jurídica e que a infração tenha sido cometida no interesse ou benefício desta. Os requisitos implícitos seriam ser uma Pessoa Jurídica de direito privado, a execução da Pessoa Física esteja amparada pelo ente coletivo e a atuação ocorresse nas atividades desenvolvidas pela Pessoa Jurídica ou a ela estivessem vinculadas (GALVÃO, 2017).

Entretanto, a lei não traz um sistema específico de imputação e tampouco normas processuais e procedimentais que respeitem a peculiaridade das Pessoa Jurídicas. Como aponta IENNACO (2010), sem essas previsões a disposição legal de responsabilizar penalmente a Pessoa Jurídica pode se tornar letra morta, salvo raras exceções.

Para além da questão pragmática, ocorre a indagação sobre a compatibilidade do modelo adotado com a Constituição Federal ou se, ao revés, o texto constitucional o reprime. O texto constitucional, apesar de prever, possivelmente, a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica, não autoriza transferências de responsabilidade penal, seja entre as Pessoas Físicas, entre as Pessoas Jurídicas ou entre umas e outras (CORRERA, 2021).

Além disso, considerando ser o modelo legal, à primeira vista, um modelo de heterorresponsabilidade, há a violação dos princípios formadores do Direito Penal, pois, conforme se disse acima: *a)* o princípio da legalidade poderia ser respeitado, pois haveria uma previsão legal que funcionaria como norma de extensão que transportaria o crime da Pessoa Física para a Pessoa Jurídica; *b)* o princípio da ofensividade restaria violado expressamente,

pois incriminar a Pessoa Jurídica com base em fato de terceiro, sem ela, *per si*, teria causado perigo ou dano ao bem jurídico, mas tão somente por ter sido em seu benefício ou interesse, é o mesmo que dizer que deve ela ser punida por ter praticado uma conduta desviada, mas não criminosa; c) quanto a intervenção mínima, seria tanto a Pessoa Jurídica quanto a Pessoa Física punidas por ato desta, de modo que seria desnecessária punir o ente coletivo, pois a Pessoa Física, que foi quem cometeu o crime, já teria sido punida; e d) viola o princípio da culpabilidade, pois é uma responsabilidade penal objetiva e por fato de terceiro.

Portanto, a responsabilidade penal prevista na Lei n.º 9.605/98 viola três dos quatro princípios formadores do Direito Penal, de modo que é entendido que não é um modelo apto a regular o tema, sendo, no momento, violador ao próprio Direito penal. Analisar-se-á, agora, se o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça assim entendem ou tentam dar interpretação conforme a essa normativa legal.

5.1 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça sobre a Responsabilidade Penal da Pessoas Jurídica

Será analisada agora a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça entre o período de 1998 até 2022 que fazem menção à responsabilidade penal da Pessoa Jurídica. Estes tribunais são analisados pelo fato de serem os responsáveis, respectivamente, por uniformizar os entendimentos judiciais sobre matéria constitucional e legal. Além disso, o lapso de tempo foi delimitado pelo fato de que a lei 9.605 é de 1998.

O acesso aos julgados será realizado por meio de acesso aos sítios eletrônicos do Supremo Tribunal Federal (<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>) e do Superior Tribunal de Justiça (<https://scon.stj.jus.br/SCON/>) em que será realizada pesquisa na parte de jurisprudência com o parâmetro “responsabilidade penal da Pessoa Jurídica” e filtro temporal de 1998 até 2022. As pesquisas nos sítios eletrônicos resultaram, no Supremo Tribunal Federal, três acórdãos³¹, ao passo que no Superior Tribunal de Justiça resultaram 23 acórdãos. Analisa-se tão somente acórdãos e não decisões monocráticas pelo fato de que, por serem órgãos colegiados, ambos tribunais somente formam uma opinião robusta quando há mais de um julgador no caso, sendo que as decisões monocráticas, apesar de emendas do tribunal, têm um peso menor para a formação de jurisprudência.

³¹ Apesar da existência de três acórdãos, um deles é o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 548.181. O Agravo Regimental limitou-se a dar prosseguimento ao Recurso Extraordinário aludido, motivo pelo qual não será analisado, mas tão somente o Recurso Extraordinário em si (BRASIL, 2013).

Iniciando-se pelos julgados do Supremo Tribunal Federal, em ordem cronológica, há o acórdão do Habeas Corpus 92.921 (BRASIL, 2008). O caso julgado pela suprema corte tratava de um Habeas Corpus que visava trancar a ação penal proposta pelo Ministério Público, haja vista, dentre outras alegações, que a Pessoa Jurídica já teria cumprido o Termo de Ajustamento de Conduta, havendo *bis in idem* em proceder com o processo penal em razão de dupla responsabilização (administrativa e penal).

Na ementa, constou que a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica demanda um alargamento de conceitos tradicionais do Direito Penal, como é o caso da culpabilidade. No caso, o ministro Ricardo Lewandowski, relator, afirma que apesar de existir a previsão constitucional do artigo 225, §3º da Constituição Federal, inexistem instrumentos legislativos, doutrinários ou jurisprudenciais aptos a colocar a responsabilidade penal em prática de acordo com as garantias do processo penal. O relator analisou a responsabilidade penal do ente coletivo a partir da ideia da dupla imputação, ou seja, é necessária a presença conjunta, no polo passivo da ação penal, as Pessoas Jurídicas e Físicas, sendo que nestes casos seria viável a aplicação do Habeas Corpus enquanto remédio constitucional (BRASIL, 2008).

No inteiro teor, os Ministros Marco Aurélio e Carlos Brito ainda realçaram que pode haver atribuição de pena às Pessoas Jurídicas com interdição da atividade, multa ou perda de bens. O Ministro Marco Aurélio ressaltou que não entendia cabível o Habeas Corpus, pois a Pessoa Jurídica não teria cerceado seu direito de ir e vir. Nesse mesmo sentido, o Ministro Menezes Direito apontou que, ao abandonar a doutrina do Habeas Corpus, o remédio constitucional cabível como sucedâneo recursal seria o Mandado de Segurança. Nesse mesmo sentido entendeu a Ministra Carmen Lúcia, ao dizer que a liberdade, defendida pelo Habeas Corpus, é somente humana (BRASIL, 2008).

A despeito da relevante discussão sobre a possibilidade ou não de se impetrar Habeas Corpus em favor de Pessoa Jurídica que figura como polo passivo de ação penal, a Suprema Corte se limitou, no âmbito do Direito Penal material, a reconhecer que a Pessoa Jurídica teria a possibilidade de cometer delitos, não tendo enfrentado, neste acórdão, a compatibilidade ou não da previsão da Lei n.º 9.605/98 com os princípios do Direito Penal (BRASIL, 2008).

Já no Recurso Extraordinário de n.º 548.181, julgado pela primeira turma da Suprema Corte e que teve como relatora a Ministra Rosa Weber, a suprema corte julgou recurso em que o Ministério Público alegou que o condicionamento da persecução penal da Pessoa Jurídica à simultânea persecução da Pessoa Física seria uma negativa à norma vigente no artigo 225, §3º da Constituição Federal (BRASIL, 2013).

No caso, a Suprema Corte evoluiu um pouco em seu posicionamento sobre a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica. Como consta na ementa do acórdão, o Pretório Excelso entendeu que o artigo 225, §3º da Constituição Federal não condiciona a responsabilização do ente coletivo à simultânea persecução penal da Pessoa Física, abandonando, assim, a tese da dupla imputação (BRASIL, 2013).

A relatora, utilizando de análises de direito comparado e reconhecendo o caráter polêmico da responsabilidade penal da Pessoa Jurídica, apresentou um panorama histórico da responsabilidade penal dos entes coletivos e analisou a constitucionalidade da responsabilidade penal dos entes coletivos. Entendeu a Ministra Rosa Weber que a Constituição Federal não traz reservas para criminalização de condutas ou definição de sujeito ativo da prática delitiva, salvo no §3º do artigo 225 que previu a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica como meio de reforçar o meio ambiente (BRASIL, 2013).

Reconhecendo uma das finalidades aqui tratadas do Direito Penal, a proteção de Direitos Humanos Fundamentais, a relatora disse que a norma visa tutelar o meio ambiente enquanto direito fundamental de terceira geração, de titularidade difusa e, nesse ínterim, surgiu a Lei n.º 9.605/98 (BRASIL, 2013).

No que diz respeito à culpabilidade, a Ministra Rosa Weber ventila algumas possibilidades de se reconhecer a culpabilidade dos entes morais, a saber: *a)* pela doutrina da identificação, a culpabilidade da Pessoa Jurídica decorre da culpabilidade de seus dirigentes; *b)* pela doutrina da responsabilização vicarial, a culpabilidade decorreria de quando os dirigentes ou empregados cometem o crime no interesse e em nome da entidade; e *c)* pela doutrina da agregação, a culpabilidade do ente coletivo decorreria da avaliação da conduta e do elemento subjetivo do corpo funcional como um todo (BRASIL, 2013).

Em seguida, a relatora discute o tema da possibilidade de se responsabilizar tão somente a Pessoa Jurídica, sem se responsabilizar a Pessoa Física executora do ato. Entende a Ministra que a responsabilidade penal do ente coletivo decorre da dificuldade de se responsabilizar a Pessoa Física e, com isso, prevenir a prática de crimes, de modo que disse ela que as discussões de cunho teórico e dogmático contra a responsabilização penal destes entes não foram suficientes para refutar a escolha do Legislador Constitucional Originário, sendo insuficientes para que se afirme a ilegitimidade da opção feita (BRASIL, 2013).

Dessa maneira, a relatora do acórdão entendeu que sustentar que não pode a Pessoa Jurídica figurar isoladamente por incapacidade de ação é querer transportar a dogmática clássica do Direito Penal individual à responsabilização penal dos entes coletivos. Essa interpretação

esvaziaria a redação do §3º do artigo 225 da Constituição Federal, restringindo a eficácia do dispositivo (BRASIL, 2013).

Ressalta a ministra, entretanto, que não é irrelevante o conhecimento das pessoas e organismos internos ou seções da Pessoa Jurídica, mas sim que essa identificação do procedimento de decisão e produção de um fato em benefício ou interesse do ente coletivo não é o mesmo que atribuir à equipe de trabalho a responsabilidade penal (BRASIL, 2013).

Reconhece a relatora que cumpre à jurisprudência e à doutrina desenvolver os critérios de responsabilização da Pessoa Jurídica, caso não tenha o legislador assim feito. Em um primeiro momento, entende que como a Lei n.º 9.605/98 diz que a infração deve ser cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de órgão colegiado, haveria a pertinência do ato à Pessoa Jurídica. Dever-se-ia verificar se o ato foi praticado conforme a normal deliberação na Pessoa Jurídica (BRASIL, 2013).

O Ministro Luiz Roberto Barroso, acompanhando a Ministra relatora Rosa Weber, entendeu que a Constituição Federal, ao não fazer menção específica à exclusividade da Pessoa Jurídica ou a possibilidade de esta ser estabelecida sem objetivar a culpabilidade, aceita qualquer tipo de responsabilidade penal da Pessoa Jurídica (BRASIL, 2013).

O Ministro Dias Toffoli também acompanhou a relatora do acórdão. Já o Ministro Marco Aurélio votou em posição diferente, entendendo que não pode a Pessoa Jurídica figurar no polo passivo sem uma Pessoa Física e, juntamente com ele, o Ministro Luiz Fux indica entendimento de que não haveria, no ordenamento, a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica, pois o artigo 225, §3º da Constituição Federal traria para esses entes a responsabilidade administrativa e civil (BRASIL, 2013).

Nada obstante, a maioria formada no acórdão apontou pela responsabilização penal da Pessoa Jurídica e a possibilidade de sê-la denunciada independentemente da Pessoa Física. Ocorre que há alguns pontos que merecem ser apontados, como foram anteriormente, e que o Supremo Tribunal Federal não os trouxe à baila.

Primeiramente, a colocação do Ministro Barroso, ao dizer que a Constituição Federal aceita qualquer responsabilidade penal da Pessoa Jurídica, parece não se coadunar com os fins deste ramo do Direito e com os princípios neles reconhecidos. Conforme tratado no início deste trabalho, o Direito Penal serve tanto como proteção de Direitos Humanos Fundamentais (como é o caso do meio ambiente, conforme apontado pela Ministra Rosa Weber) quanto a limitação do poder punitivo estatal e de seu arbítrio.

Assim, o entendimento de que a Constituição Federal aceita quaisquer espécies de responsabilidade penal da Pessoa Jurídica é desconsiderar que a própria Constituição traz

princípios do Direito Penal e que este ramo do Direito deve sempre ser interpretado conforme seus postulados. Se se quer chamar a responsabilidade da Pessoa Jurídica de Penal, deve ela ser balizada pelos princípios deste ramo, sobretudo os formadores.

Além disso, quando a Ministra Rosa Weber traz possibilidades de verificar a culpabilidade da Pessoa Jurídica por meio das teorias da identificação e vicarial, teorias estas que fazem parte do grupo de modelos de heterorresponsabilidade, acaba por violar a ideia do princípio da culpabilidade de que se deve punir alguém subjetivamente e por atos próprios (SEMER, 2020; BATISTA, 2007).

Assim sendo, o modelo apresentado pelo Supremo Tribunal Federal não condiz com os princípios formadores do Direito Penal, pois acaba por aceitar o modelo de heterorresponsabilidade previsto na Lei n.º 9.605/98. Nada obstante, o entendimento do Pretório Excelso trazido no Recurso Extraordinário n.º 548181 (BRASIL, 2013) pode ser considerado como o primeiro passo para que se pense em um modelo de autorresponsabilidade das Pessoas Jurídicas que respeite os princípios formadores deste ramo do Direito.

Analisa-se agora os julgados do Superior Tribunal de Justiça, começando pelo Recurso Especial 622724. A corte julgou recurso em que ocorreu a cisão de julgamentos entre a conduta da Pessoa Física e da Pessoa Jurídica, pois esta última seria desprovida de vontade própria, sendo mero instrumento dos sócios, não podendo figurar como sujeito ativo de crime (BRASIL, 2004)

Na ementa do acórdão consta a ideia de que a dogmática penal pressupõe, para que exista a responsabilidade, as ações das Pessoas Físicas, de modo que as Pessoas Jurídicas carecem de ação e culpabilidade, sendo inviável praticar um injusto penal. Por unanimidade, a turma do Tribunal da Cidadania, composta pelos Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e José Arnaldo da Fonseca acompanharam o relator Felix Fischer e entenderam que não poderia a Pessoa Jurídica praticar um injusto penal (BRASIL, 2004).

No Recurso Especial n.º 564960, julgado em 2005, o Superior Tribunal de Justiça julgou recurso em que o juízo de primeira instância não recebeu a denúncia do Ministério Público em face da Pessoa Jurídica em razão de entender que não poderia o ente figurar como sujeito ativo de crime. O tribunal de segunda instância manteve o entendimento, mas o Ministério Público impetrou recurso especial (BRASIL, 2005).

No caso, a corte entendeu que a Lei n.º 9.605/98 trouxe a escolha política de se responsabilizar criminalmente as Pessoas Jurídicas, entendendo, conforme consta na ementa, que se a Pessoa Jurídica tem existência própria e pratica atos no meio social, poderia ela praticar condutas típicas. No que diz respeito à culpabilidade, entendeu ser responsabilidade social,

limitando-se a culpabilidade da Pessoa Jurídica à vontade de seu administrador ao agir em seu nome e proveito. Pressupôs também a necessidade de uma Pessoa Física praticar os atos (BRASIL, 2005).

No caso, o relator Ministro Gilson Dipp entendeu que a Constituição Federal, no artigo 225, §3º da Constituição Federal, previu a criminalização das condutas lesivas ao meio ambiente praticadas tanto por Pessoas Físicas quanto Jurídicas e que a Lei n.º 9.605/98 regulamentou a escolha política. Fundamentou o relator que a escolha política se deu em razão de os maiores responsáveis por danos ambientais serem as Pessoas Jurídicas por meio de exploração industrial e comercial (BRASIL, 2005).

Gilson Dipp, em seu voto, reconheceu a necessidade de se mudar a teoria do delito tradicional, por ser ela incabível à Pessoa Jurídica, pois isso não poderia ser óbice à responsabilização dos entes morais, haja vista ser o Direito uma ciência dinâmica. Exemplificando, o Ministro diz que a culpabilidade deve transcender à dogmática clássica, de modo que é mais uma responsabilidade social, limitando-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito (BRASIL, 2005).

O relator entendeu ainda que é necessária a participação de uma Pessoa Física, que age com elemento subjetivo próprio, elencando como critérios explícitos que a violação ao ordenamento decorra de deliberação do ente coletivo, bem como que o autor material esteja vinculado à Pessoa Jurídica e que a infração seja em seu benefício ou interesse. Como critérios implícitos, citou a necessidade de ser a Pessoa Jurídica de natureza de direito privado, que o autor (Pessoa Física) tenha agido com o amparo do ente coletivo e que a atuação ocorra nas atividades deste ente (BRASIL, 2005).

A turma, composta pelos Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves de Lima e José Arnaldo da Fonseca, votaram com o relator, sendo que o Ministro Felix Fischer estava ausente (BRASIL, 2005). Assim, é possível perceber que de um ano para o outro o Superior Tribunal de Justiça mudou seu posicionamento quanto a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica. Nada obstante, o tribunal se limitou a cancelar a Lei n.º 9.605/98, acolhendo a teoria da heterorresponsabilidade e, assim, não considerando a violação aos princípios formadores da culpabilidade (por ser necessário o ato ser próprio da Pessoa Jurídica e com seu elemento subjetivo) e lesividade, conforme anteriormente comentado neste trabalho.

Nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n.º 622724 o Ministério Público argumentou que no caso de 2004 o Superior Tribunal de Justiça teria entendido pela inconstitucionalidade e violou o artigo 97 da Constituição Federal. O relator Felix Fischer

entendeu que no caso não foi declarada inconstitucional a norma prevista na Lei nº 9.605, mas tão somente entendeu pela inexequibilidade da norma. Os embargos foram então rejeitados.

Em novembro de 2005, o Superior Tribunal de Justiça julgou o Recurso Especial nº 610114 que versava também de entendimento do juiz da primeira instância que rejeitou a denúncia ante o entendimento de que não era cabível a responsabilização penal do ente coletivo sem a concomitante persecução penal das Pessoas Físicas. No caso, o tribunal entendeu, novamente, pela responsabilidade penal da Pessoa Jurídica nos mesmos moldes do Recurso Especial nº 564960 (BRASIL, 2005).

Já em junho de 2006, o Tribunal, no Recurso em Habeas Corpus nº 19119, julgou o caso em que o recorrente defendeu a impossibilidade de responsabilização penal das Pessoas Jurídicas e a ausência de justa causa da ação penal em razão de atipicidade de conduta. Entendeu o Superior Tribunal de Justiça que é admitida a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica, desde que ocorra a imputação simultânea do ente coletivo e do ente natural que atua em seu benefício ou em seu nome. Entendeu o relator Felix Fischer que não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma Pessoa Física, sendo acompanhado em unanimidade pela turma (BRASIL, 2006).

O entendimento do Tribunal permaneceu o mesmo nos seguintes precedentes: Recurso em Mandado de Segurança nº 20601 (BRASIL, 2006); Recurso Especial nº 889528 (BRASIL, 2007); Recurso Especial nº 847476 (BRASIL, 2008); Habeas Corpus nº (BRASIL, 2008); Recurso Especial nº 969160 (BRASIL, 2009); Recurso Especial nº 989089 (BRASIL, 2009); Recurso em Habeas Corpus nº 24055 (BRASIL, 2010); Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 865864 (BRASIL, 2011).

No Recurso em Habeas Corpus nº 20558 o Superior Tribunal de Justiça enfrentou as razões de que a denúncia impetrada pelo ministério público seria inepta em razão de a Pessoa Jurídica ser responsável penalmente pelo inadimplemento fiscal, pois teria sido ela que inadimpliu e não a Pessoa Física (BRASIL, 2009). No caso, a corte rechaçou a tese de que a Pessoa Jurídica poderia ser autora de crimes econômicos no Brasil, afirmando que somente há previsão legal para responsabilização em crimes contra o meio ambiente (BRASIL, 2009). No mesmo sentido, o tribunal se posicionou no Recurso em Mandado de Segurança nº 25848, afirmando, novamente, que a responsabilidade penal do ente coletivo se restringe aos casos previstos na Constituição Federal, sendo inviável atribuí-la crimes licitatórios (BRASIL, 2013).

No Recurso em Habeas Corpus nº 43354, o recorrente argumentou que não teria sido demonstrado, pelo Ministério Público, o vínculo físico e psicológico entre o recorrente e o crime ambiental previsto no artigo 69-A, §1º da Lei 9.605/98, ocorrendo imputação objetiva. No caso,

o Ministro Rogerio Schietti Cruz manifestou posicionamento no sentido de que não se deveria condicionar a responsabilização da Pessoa Jurídica à da Pessoa Física, ressaltando que o Supremo Tribunal Federal já havia alterado seu posicionamento quanto ao tema. O Ministro justificou seu posicionamento em razão de entender que do contrário seria inútil a previsão constitucional e legal sobre o tema. No mesmo sentido foi o entendimento dos Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão e Maria Thereza de Assis Moura (BRASIL, 2015).

O Ministro relator Sebastião Reis Junior, entretanto, votou no sentido de que somente se poderia responsabilizar as Pessoas Jurídicas se, juntamente, as Pessoas Físicas fossem responsabilizadas, mas ficou vencido neste ponto (BRASIL, 2015).

A partir de então, passou o Superior Tribunal de Justiça a entender, juntamente com o Supremo Tribunal Federal, que a Pessoa Jurídica pode cometer crime sem que seja, concomitantemente, imputado o crime à Pessoa Física. Nesse sentido, no Recurso em Mandado de Segurança nº 39173, o Ministro relator Reynaldo Doares da Fonseca reconheceu que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça mudou, a fim de se adequar ao entendimento do Pretório Excelso, e reconhecer a possibilidade de se imputar crimes isoladamente à Pessoa Jurídica (BRASIL, 2015).

Nesse sentido são os acórdãos produzidos no Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso em Mandado de Segurança nº 43817 (BRASIL, 2015); Recurso em Mandado de Segurança nº 56073 (BRASIL, 2018). No Recurso Especial nº 1329834, o Ministro Sebastião Reis Júnior entendeu que a transação penal ofertada ao motorista de caminhão, Pessoa Física, não elide a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica (BRASIL, 2015).

No Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1580693, o Superior Tribunal de Justiça o recorrente argumentou que, em contrariedade aos artigos 13 do Código Penal e 41 do Código Processual Penal, a denúncia, a sentença e o acórdão de segundo grau não descreveram suficientemente as condutas imputadas. Argumentou também que a condenação da Pessoa Jurídica ocorreu fora das hipóteses previstas no artigo 3º da Lei nº 9.605/98.

A Ministra Maria Thereza de Assis Moura, relatora no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1580693, entendeu que para que se satisfaça o artigo 3º da Lei nº 9.605/98 não é necessário que a Pessoa Física integre o quadro societário formal da Pessoa Jurídica, desde que esteja evidenciado o domínio dos atos praticados no âmbito da atividade empresarial ilícita (BRASIL, 2016).

Percebe-se, assim, o imbróglio das decisões até então proferidas, haja vista que não há a necessidade de imputar simultaneamente à Pessoa Jurídica e à Pessoa Física o crime ambiental praticado, mas a referência a esta última é sempre feita, pelo fato de o sistema brasileiro adotar

a heterorresponsabilidade da Pessoa Jurídica. Cumpre indicar, assim, que a justificativa de que a necessidade de se conhecer a Pessoa Física obstará a persecução da Pessoa Jurídica é utilitária, pois o próprio modelo reconhecido pelas cortes demanda a existência da Pessoa Física.

No Recurso em Habeas Corpus nº 71923 (BRASIL, 2016), que versava de recurso em que o recorrente argumentou que não foi ele atribuída conduta criminosa, essa questão se mostra aparente, pois consta na ementa que a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica não representa, automaticamente, a de seus sócios, sob pena de se esvaziar a regra básica e civilizatória da intranscendência subjetiva das sanções.

De fato, o princípio da intranscendência da pena quanto à Pessoa Física e a Pessoa Jurídica deve sempre ser respeitado, haja vista que o artigo 5º, inciso XLV da Constituição Federal claramente assim o determina. Para isso, entretanto, deve ser aplicado um modelo de responsabilidade penal da Pessoa Jurídica que se adeque aos princípios do Direito Penal, sobretudo os formadores, pois, do contrário, mesmo que se entenda que a Constituição Federal permite essa responsabilização, a escolha político-legislativa da Lei nº 9.605/98 não pode fazer tábula rasa da base deste ramo do Direito.

Em 2022, no Recurso Especial 1977172, o Superior Tribunal de Justiça voltou a debater sobre o tema da responsabilidade penal da Pessoa Jurídica. No caso, Seara Alimentos LTDA havia impetrado mandado de segurança argumentando que a punibilidade estaria extinta, pois a ré originária, a Pessoa Jurídica Agrícola Jandelle S.A. fora incorporada pela Seara Alimentos LTDA. O argumento convenceu a corte local e, em razão disso, o Ministério Público recorreu ao Superior Tribunal de Justiça, onde se discutiu se a possibilidade de haver ou não a sucessão da responsabilidade penal da Pessoa Jurídica, reconhecendo que o tema merece a insuperável e desafiadora superação dos dogmas de imputação referentes à Pessoa Natural (BRASIL, 2022).

O tribunal, entretanto, não enfrentou o tema de como a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica pode se conformar com a dogmática do Direito Penal, a teoria do crime e os princípios formadores deste ramo do Direito, nada obstante a relevância da controvérsia.

Assim, é possível concluir que os julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça admitem a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica, inclusive reconhecendo a guarida constitucional, mas se limitam a dizer, atualmente, que: *a)* é um modelo de heterorresponsabilidade, haja vista que entendem por aplicar *ipsis literis* o artigo 3º da Lei nº 9.605/98; e *b)* não é necessária a imputação simultânea à Pessoa Física e à Pessoa Jurídica. Não enfrentam, assim, o tema da compatibilidade, ou não, do texto de lei com os próprios princípios formadores do Direito Penal.

Portanto, entende-se, no presente trabalho, que tanto a Lei nº 9.605/98 fere alguns dos princípios formadores do Direito Penal quanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça não tratam do tema, motivo pelo qual parece ser interessante apontar, a seguir, alguns critérios mínimos para que se possa considerar compatível a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica e os princípios formadores do Direito Penal.

5.2 Critérios mínimos para que se possa considerar compatível a responsabilização penal da Pessoa Jurídica e os princípios formadores do Direito Penal no Estado Democrático de Direito

Parte-se aqui do pressuposto que o Supremo Tribunal Federal, na sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo dos dispositivos constitucionais, é o tribunal responsável pela interpretação jurisprudencial do texto constitucional, importando inclusive no reconhecimento de que o Recurso Extraordinário é o instrumento processual-constitucional destinado a verificar eventual afronta ao texto constitucional (MENDES e BRANCO, 2016).

O Recurso Extraordinário, inclusive, tem sido visto a partir de uma ótica objetiva de proteção à ordem constitucional objetiva, de modo que a eficácia de suas decisões se equipara, cada vez mais, àquelas do controle de constitucionalidade concentrado, de caráter eminentemente vinculante (MENDES e BRANCO, 2016).

Nesse sentido, há de se considerar que a interpretação dada ao artigo 225, §3º da Constituição Federal no bojo do Recurso Extraordinário de nº 548.181 pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2013) deve ser, a princípio, acolhida como interpretação objetiva da Constituição Federal, de modo que o intérprete e guardião da Constituição reconheceu que ela adotou a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica.

Considerando também o pressuposto constitucional de que normas constitucionais originárias (aquelas que nasceram com a própria Constituição e são fruto do Poder Constituinte Originário), tal como é o artigo 225, §3º da Constituição Federal, não podem ser consideradas inconstitucionais (MENDES e BRANCO, 2016), deve-se reconhecer, a princípio, a escolha política de que a responsabilidade penal das Pessoas Jurídicas é constitucional.

Nada obstante, deve essa responsabilidade ser pensada a partir da ótica do próprio Direito Penal e de uma construção que faça com que as Pessoas Jurídicas tenham uma responsabilidade compatível também com a proteção de Direitos Fundamentais, mas, antes de tudo, com o escopo de limitação do Poder Punitivo, como aludido no início deste trabalho.

Assim sendo, a formulação de uma responsabilidade penal dos entes coletivos deve respeitar os princípios do Direito Penal, dentre os quais os formadores, ou seja, a legalidade, a culpabilidade, a lesividade e a intervenção mínima (SEMER, 2020). Nesse sentido, e considerando que a Lei nº 9.605/98 e a jurisprudência dos Tribunais Superiores não tratam do tema, são apontados a seguir, e sem pretensão de esgotar o tema, alguns critérios mínimos para que a responsabilidade penal destes entes seja compatível, especificamente, com os princípios formadores do Direito Penal.

Começa-se pelo princípio da legalidade, previsto no inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal e que tem como ideia de que somente a lei, em sentido formal, pode tornar uma conduta criminosa. Se não for a lei, sequer a vontade de governantes ou as decisões judiciais podem incriminar algo que não passou pelo processo legislativo formal e idôneo (TAVARES, 2019).

Nesse sentido, a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica, para além da previsão constitucional, deve ser tratada por lei em sentido formal, de maneira a trazer os preceitos legais necessários para a aplicação de dita imputação penal. Cumpre ressaltar que, apesar de existir lei formal que trata do tema, a Lei n.º 9.605/98, ela retrata um modelo de heterorresponsabilidade (CORRERA, 2021; GALVÃO, 2021) que, apesar de respeitar a legalidade, viola os demais princípios formadores, como acima aludido.

Uma vez respeitado o princípio da legalidade, espinha dorsal do Direito Penal (PRADO, 2020), devem os outros três princípios formadores serem objetos de análise. No que diz respeito à intervenção mínima, é o princípio que pugna que somente pode haver intervenção penal caso os demais ramos do Direito (como o civil e o administrativo) não sejam suficientes (SEMER, 2020) e pode ser dividido em dois planos: *a)* fragmentariedade, ou seja, o Direito Penal, somente pode sancionar as lesões mais graves dos bens jurídicos mais importantes; e *b)* subsidiariedade, ou seja, deve ser instrumentalizado da maneira menos invasiva possível e somente quando os demais meios de coação forem insuficientes (SEMER, 2020).

Nesse sentido, há de se perceber que muitas das violações a bens jurídicos e a Direitos Humanos Fundamentais, hoje, ocorrem por meio de atividades de Pessoas Jurídicas (CORRERA, 2021; GALVÃO, 2021; BUSATO e GUARAGNI, 2012), como, por exemplo, desastres ambientais, como ocorreu nas cidades de Mariana e Brumadinho, situadas no Estado brasileiro de Minas Gerais, nos anos de 2015 e 2019 e crises econômicas, como ocorreu a partir dos Estados Unidos em 1929.

No Brasil, entretanto, somente se reconhece, a princípio, a possibilidade de responsabilização penal das Pessoas Jurídicas nos casos de crimes ambientais, protegendo

assim Direito Humano Fundamental de terceira geração, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2013). Assim, a princípio referida responsabilização penal atende à fragmentariedade e está de acordo com o escopo do Direito Penal de proteção de Direitos Humanos Fundamentais.

No que diz respeito à subsidiariedade, o Direito Penal somente pode atuar no caso que os demais ramos do direito se mostrarem insuficientes (BITENCOURT, 2017). No que diz respeito à lesão ao meio ambiente, os casos de Mariana e Brumadinho são bem elucidadores.

Em 05 de novembro de 2015 ocorreu a tragédia socioambiental em Mariana, município situado no Estado de Minas Gerais, Brasil. Na ocasião, ocorreu o rompimento da barragem de fundão da Empresa Samarco, vitimando 19 pessoas e comprometendo comunidades ao longo da bacia do Rio Doce. Nada obstante, a Pessoa Jurídica não teve comprometimento econômico, mas, ao contrário, cresceu no mercado, atingindo, em 2016, o valor de R\$ 323,3 bilhões (trezentos e vinte e três bilhões de reais), sendo que até 2020 sequer a reconstrução de Bento Rodrigues e Paracatu de Baixo, em Minas Gerais, tinham sido concluídas (ROCHA, 2021).

Em seguida, em janeiro de 2019, menos de quatro anos da tragédia de Mariana, ocorreu um novo rompimento da barragem do córrego do Feijão, também da Empresa Vale S.A. Nas duas ocasiões ocorreram a morte de centenas de pessoas e impactos ambientais e sociais (ROCHA, 2021). Entende-se, assim, que o Direito Penal, neste caso, poderia atuar em razão da magnitude dos danos causados, pois as outras áreas do Direito, seja civil seja administrativo, não foram suficientes para tutelar os Direitos Humanos Fundamentais das vítimas de Brumadinho, mesmo após o desastre de Mariana.

Nada obstante, a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2013) é de que o artigo 225 §3º tutela o meio ambiente, havendo, a princípio, uma limitação à atuação do Direito Penal nas demais áreas que as Pessoas Jurídicas atuam. Assim, o próprio legislador constitucional delimitou a área de atuação do Direito Penal para crimes ambientais, respeitando, assim, o princípio formador da intervenção mínima.

Até o presente ponto, é relativamente simples de se comportar a responsabilidade penal dos entes coletivos com os princípios da legalidade e da intervenção mínima, mas, ao revés, merecem mais atenção os princípios da lesividade e da culpabilidade.

A lesividade é o princípio formador que aponta para a proibição da criação de um crime ou contravenção senão quando o fato for ofensivo a um bem jurídico, danificando-o ou colocando-o em perigo (SEMER, 2020). Nada obstante, devem ser percebidas quatro funções desse princípio, conforme aludido anteriormente: a) proibir a incriminação de uma conduta interna, não se podendo criminalizar ideias, convicções, aspirações e sentimentos; b) proibir a

incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, vendando, assim, a incriminação de atos preparatórios e somente podendo punir, ao menos a título de tentativa (artigo 14, inciso II do Código Penal), quando a fase executiva do *iter criminis* é iniciada; *c*) proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais, como ocorreu com os judeus na Alemanha nazista; e *d*) proibir a incriminação de condutas que, mesmo consideradas desviadas, não afetem quaisquer bens jurídicos (BATISTA, 2007; PRADO, 2020).

Conforme já se disse anteriormente, a heterorresponsabilidade não atende completamente este princípio, mas algumas das teorias da autorresponsabilidade são compatíveis com ele.

O primeiro ponto que se deve reconhecer é que incriminar a Pessoa Jurídica, tomando como base a ação da Pessoa Física, é incriminar uma pessoa, pois é isto que as Pessoas Jurídicas são, sem ela ter cometido um ato ou fato que causou o perigo. Assim, respostas teóricas que reconheçam ação à própria Pessoa Jurídica devem ser pensadas, como o faz, por exemplo, a adequação da teoria da ação significativa que diz que ação penal é a atribuição de sentido conforme um código de normas (não somente jurídicas), podendo, assim, as Pessoas Jurídicas desenvolver uma ação segundo o uso comum da linguagem (GALVÃO, 2021; BUSATO, 2019).

Além disso, o simples critério de atribuir à Pessoa Jurídica um crime pelo fato de ter contratado uma Pessoa Física que, visando seu benefício, cometeu um delito, é o mesmo que dizer que ela deve ser punida por ter praticado uma conduta desviada (contratar uma pessoa inidônea para as funções) mas sem ter, ela mesmo, atingido um bem jurídico (o que viola as letras *c* e *d* do princípio da lesividade, conforme apontado acima).

Logo, a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica, para ser compatível com o princípio da lesividade deve tanto prestigiar a capacidade de ação da Pessoa Jurídica quanto a independência da Pessoa Física, conforme propugnam as terias da ação significativa (BUSATO, 2019), ação institucional (BAIGÚN, 2000) e construtivista (DIÉZ, 2015).

Por fim, deve ser analisado o princípio da culpabilidade, reconhecido como o principal obstáculo à responsabilidade penal da Pessoa Jurídica (DIÉZ, 2015).

A culpabilidade é o princípio formador que define que a responsabilização deve tanto ser pessoal quanto subjetiva, de modo que somente a pessoa que cometeu o fato com dolo ou culpa pode ser punida (SEMER, 2020).

Destarte, a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica, se quiser respeitar este princípio, não pode ser objetiva e tampouco pode ser oriunda de fato de terceiro, o que ocorre com a heterorresponsabilidade (GALVÃO, 2021; DIÉZ, 2015). Portanto, as teorias que tratam da

responsabilidade penal da Pessoa Jurídica devem buscar formas para que o ente coletivo possa ser responsabilizado levando em conta elemento subjetivo e uma atuação pessoal.

Neste sentido, as teorias da autorresponsabilidade aqui tratadas. A teoria da ação significativa (BUSATO, 2019), por exemplo, entende os elementos subjetivos a partir de exteriorizações das ações e, por isso, pode tanto a culpa quanto o dolo serem atribuídos às Pessoas Jurídicas. Além disso, as ações das Pessoas Jurídicas, enquanto atribuídas normativamente, pertencem à própria Pessoa Jurídica (BUSATO, 2019).

A teoria da ação institucional preceitua que o dolo das Pessoas Jurídicas é composto por conhecimento e vontade, aquele oriundo das informações construídas no seio das Pessoas Jurídicas; esta composta pela vontade social dolosa. Além disso, a teoria defende que a Pessoa Jurídica tem ação institucional própria, que começaria desde o momento de formação de decisão do órgão diretivo (BAIGÚN, 2000).

A teoria construtivista, por sua vez, apresenta ao dolo da Pessoa Jurídica fundada na autorreferencialidade, pois a Pessoa Jurídica tem o conhecimento organizativo e independente das Pessoas Jurídicas. O injusto também seria da própria Pessoa Jurídica, pois teria ela uma capacidade organizativa defeituosa que deu vez ao crime (DÍEZ, 2015).

As referidas teorias se aproximam melhor de explicar o princípio da culpabilidade, não enquanto terceiro substrato do crime, mas sim enquanto atribuição de um injusto pessoal e com elementos subjetivo (dolo ou culpa). Não se pretende aqui, entretanto, propor um modelo específico de responsabilidade penal da Pessoa Jurídica, tampouco se almeja analisar a fundo as teorias da autorresponsabilidade e qual delas é melhor compatível com o sistema do Direito Penal e dos Direitos Humanos Fundamentais. O que se buscou, até aqui, é demonstrar que a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica, uma vez reconhecida, deve ser compatibilizada com os princípios do Direito Penal, sobretudo os formadores.

Assim, sem quaisquer pretensões de esgotar o tema, são extraídos os seguintes critérios mínimos para que a responsabilidade penal destes entes possa ser compatível, inicialmente, com os princípios fundamentais do Direito Penal: *a)* quanto a legalidade, a responsabilidade destes entes devem estar previstas em lei formal, de forma minudente e completa; *b)* quanto a intervenção mínima, somente pode ela ser prevista para proteger os bens-jurídicos mais importante, como os Direitos Humanos Fundamentais, como é o caso do meio ambiente, e desde que os demais ramos do Direito se mostrem inapropriados para tal tutela; *c)* quanto a lesividade, não se pode incriminar a Pessoa Jurídica por ações das Pessoas Físicas, pois isso seria criminalizar o ente coletivo por ter realizado uma simples conduta desviada de contratar alguém que não respeita o ordenamento jurídico e também criminalizar uma Pessoa sem uma

ação que extrapolou seu âmbito e lesionou ou perigou um bem-jurídico; e *d)* quanto a culpabilidade, deve-se reconhecer, a partir de algum pressuposto teórico, a capacidade própria de ação da Pessoa Jurídica e elementos subjetivos desta ação, não podendo ser transposto estes elementos da Pessoa Física.

A partir disso, é possível começar a pensar teorias do delito próprias para as Pessoas Jurídicas que respeitem tanto a função protetora do Direito Penal, tutelando Direitos Humanos Fundamentais vulnerados por estes entes, mas também a função limitadora do Direito Penal, garantindo os próprios Direitos Fundamentais das Pessoas Jurídicas e limitando o arbítrio punitivo estatal.

6 Conclusão

O presente trabalho buscou tratar do tema da compatibilidade, ou não, do atual modelo de responsabilidade penal da Pessoa Jurídica com os princípios formadores do Direito Penal. Assim, apresentou como questão problema a indagação sobre a compatibilidade, ou não, do atual modelo de responsabilidade penal da Pessoa Jurídica no Brasil com os princípios formadores do Direito Penal.

A fim de responder a tal indagação, o presente trabalho inicialmente apresentou o Direito Penal enquanto ramo jurídico, bem como sua relação com os Direitos Humanos Fundamentais, perquirindo, para tanto, as funções, o minimalismo e a principiologia penais. Concluiu-se, a partir de breve síntese histórica, que o Direito Penal possui duas funções precípuas, a saber: a limitação do poder punitivo e a defesa dos Direitos Humanos Fundamentais por meio de tipificação de condutas que atentem contra bens jurídicos, os quais, por sua vez, defluem desses mesmos direitos humanos insculpidos nas constituições características dos Estados Democráticos de Direito.

Nesse sentido, foi delimitado que o Direito Penal apto a garantir ambas as finalidades é aquele chamado Direito Penal mínimo, ou seja, o que garante a racionalidade de uma intervenção estatal a partir de princípios que delimitam a área de atuação do poder punitivo estatal. Esses princípios podem ser de três ordens: *a*) os princípios formadores (aqueles que permitem avaliar se a intervenção penal é válida ou não); *b*) os princípios de modulação (aqueles que permitem avaliar se ocorreu um tratamento isonômico dentro dos limites da equidade e proporcionalidade); e *c*) os princípios de cominação e aplicação de sanções (aqueles que trazem a humanidade da pena e sua individualização).

O presente trabalho focou nos princípios formadores do Direito Penal, pois, como são eles que permitem avaliar se uma intervenção penal é válida ou não, são os mais importantes para averiguar a possibilidade de eventual responsabilidade penal da Pessoa Jurídica, pois toda intervenção que se diga penal deve respeitá-los. Dentre esta classe de princípios, estão presentes a legalidade, a culpabilidade, a lesividade e a intervenção mínima.

Em seguida, foi analisado o fenômeno da expansão do Direito Penal na sociedade pós-moderna globalizada, constatando que, no cenário em que o ser humano tanto inova cientificamente, perde ele o controle sobre o mundo e as relações de causa e efeito e, para buscar segurança, lança mão de diversos artifícios, dentre eles o Direito Penal. Surge assim a chamada expansão do Direito Penal, com a criação de novos bens jurídicos, ampliação de espaços de riscos penalmente relevantes e flexibilização de princípios penais.

Analisando se estes novos riscos da sociedade pós-moderna devem ou não serem tratados pelo Direito Penal, percebeu-se a contraposição teórica de dois principais modelos, o Direito de Intervenção e o Direito Penal de velocidades. A partir da análise de quatro fatores (a completude das proposições teóricas, a realidade e os rumos do ordenamento jurídico brasileiro, a equidade e discriminações de classes econômicas e a possibilidade de se compatibilizar a modernização do Direito Penal como *ultima ratio*), foi firmado posicionamento, no presente trabalho, que a melhor maneira de racionalizar o poder punitivo a curto e médio prazo é reconhecer a realidade de expansão do Direito Penal.

Nada obstante, essa expansão deve sempre ser filtrada pelos princípios acima tratados deste ramo do direito, de modo que deve ser visto com cautela e crítica, não devendo ser nem seu todo atacado nem seu todo rejeitado. Nesse cenário está incluída a ideia de responsabilidade penal da Pessoa Jurídica.

A partir da ideia de expansão do Direito Penal, foi analisada como a Pessoa Jurídica e a empresa entram na lógica do Direito Penal. Considerando que a empresa é um centro de profundas tensões econômicas, sociais, políticas e jurídicas, a realização desta atividade economicamente organizada pode gerar danos e riscos não permitidos, surgindo daí a ideia de expandir o Direito Penal para atingir a criminalidade de empresa (os delitos cometidos a partir de uma empresa que lesam bens jurídicos internos).

Entram na dinâmica do Direito Penal, assim, aqueles delitos relacionados à empresa enquanto unidade de produção e ao empresário como agente econômico interveniente, tais como incriminações relacionadas ao consumo, aos valores mobiliários e ao meio ambiente. Uma das marcas deste ramo jurídico é a questão do sujeito ativo da infração penal, ocorrendo aqui o debate sobre a possibilidade de se responsabilizar criminalmente as Pessoas Jurídicas por serem elas, muitas vezes, o empresário.

A partir desse ponto, foi analisada a ideia da responsabilização penal da Pessoa Jurídica, sua compatibilidade com as funções do Direito Penal e com os princípios deste ramo jurídico. O presente trabalho tratou do tema a partir das duas funções básicas do Direito Penal (limitação do poder punitivo e necessidade de proteção de Direitos Humanos Fundamentais), entendendo que no contexto de expansão deste ramo jurídico, a responsabilização dos entes coletivos pode ser justificada, desde que compatível com os princípios formadores.

Para referida análise, as formulações teóricas sobre a responsabilidade penal das Pessoas Jurídicas e os princípios formadores foram colocados frente a frente. Inicialmente, analisando a teoria clássica do delito, foi percebido que ela é incompatível com a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica, pois se baseia no ser humano e em seu estado de liberdade e consciência,

não podendo servir como amparo teórico para a ideia de responsabilidade penal da Pessoa Jurídica. Outrossim, o chamado modelo de heterorresponsabilidade da Pessoa Jurídica, também pode ser tomado incompatível com a teoria do delito, pois viola, cabalmente, determinados princípios, quais sejam: *a)* da culpabilidade (a responsabilidade da Pessoa Jurídica se firmaria com base em uma imputação objetiva, não havendo análise de eventual elemento subjetivo); *b)* da ofensividade (o critério de atribuir à Pessoa Jurídica fato que foi primeiramente atribuído à Pessoa Física por ter ela auferido lucro é a mesma coisa que dizer que será punida por uma conduta desviada, mas sem ela mesma ter atingido o bem-jurídico); e *c)* da intervenção mínima (se o fundamento da responsabilidade da Pessoa Jurídica é o mesmo da Pessoa Física, não haveria o porquê punir a primeira).

Já o modelo de autorresponsabilidade construído a partir da ideia de ação significativa permite uma compatibilidade da responsabilidade penal da Pessoa Jurídica com o constructo teórico sobre o qual repousa a teoria do delito bem como com os princípios formadores do Direito Penal, pois: *a)* no que diz respeito à legalidade, caso fosse formulada norma legal que tratasse da responsabilidade penal da Pessoa Jurídica nos moldes aqui tratados, atendido estaria o princípio; *b)* no que diz respeito à culpabilidade, os elementos subjetivos poderiam ser atribuídos à Pessoa Jurídica, pois neste modelo não são vistos a partir de um ponto de vista psicológico-naturalista, mas sim normativo e de exteriorização de ações; *c)* no que diz respeito à ofensividade, a ação da Pessoa Jurídica é vista a partir de um prisma normativo e linguístico, sendo possível perceber, no mundo, ações destes entes que violam os bens jurídicos; e *d)* no que diz respeito à intervenção mínima, esta estaria satisfeita pelo fato de o fundamento da punição da Pessoa Jurídica não é o mesmo do da Pessoa Física.

O modelo de autorresponsabilidade fundado na ação institucional, entretanto, não é ao todo compatível com os princípios formadores do Direito Penal, pois, a lesividade restaria vulnerada, haja vista que não delimita a ação da Pessoa Jurídica, mas somente coloca que ela iniciaria a partir do momento que o órgão deliberativo toma sua decisão. Isso, sem dúvidas, violaria o postulado da ofensividade na vertente de não punir condutas internas ou que não excedam o âmbito do próprio autor. Nada obstante, o modelo traz construções que podem respeitar *a)* a legalidade, caso promulgada lei que trate da matéria; *b)* a culpabilidade, pois é desenvolvida a ideia de dolo enquanto formação institucional; e *c)* a intervenção mínima, pois atenderia a subsidiariedade e a fragmentariedade e não se puniria a Pessoa Jurídica com os mesmos fundamentos e pelos mesmos fatos da Pessoa Física.

O modelo de autorresponsabilidade fundado na teoria construtivista poderia ser utilizado, também, para explicar a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica. Nesse sentido: *a)*

a legalidade, assim como nos outros modelos, poderia ser satisfeita se devidamente elaborada lei que trate da matéria; *b*) culpabilidade estaria, a princípio, satisfeita, pois a teoria traz a ideia de que a própria Pessoa Jurídica teria conhecimento de sua organização, englobando os riscos e tendo conhecimento de que os riscos se realizam nos resultados típicos; *c*) a ofensividade é trabalhada, neste modelo, a partir da ideia de auto-organização defeituosa que não é apta a impedir um resultado lesivo; e *d*) intervenção mínima estaria também satisfeita no sentido de que haveria a limitação do poder punitivo e a própria fundamentação da punibilidade da Pessoa Jurídica seria diversa das da Pessoa Física.

Nesse sentido, no que diz respeito à compatibilidade dos modelos de responsabilidade penal das Pessoas Jurídicas com os princípios formadores do Direito Penal, tanto o modelo baseado na teoria da ação significativa, quanto no modelo da teoria construtivista seriam adequados. Nada obstante, nenhum dos modelos foi adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, carecendo, assim, ambas as teorias de amparo legal, jurisprudencial e/ou outra forma de legitimação.

A par desses entendimentos, a pesquisa refletiu sobre se o modelo adotado pelo Brasil é ou não compatível com os princípios formadores do Direito Penal. O modelo brasileiro é estampado no artigo 3º da Lei 9.099/95 que trouxe, claramente, um modelo de heterorresponsabilidade ou responsabilidade por fato alheio. Como apontado previamente, o modelo legal não é compatível com os princípios formadores do Direito Penal, pois: *a*) fere a ofensividade por imputar à Pessoa Jurídica fato criminoso praticado por terceira pessoa, punindo-a simplesmente por uma conduta desviada (ter em seus quadros uma Pessoa Física que cometeu um crime); *b*) fere a culpabilidade, pois se trata de responsabilidade penal objetiva; e *c*) fere a intervenção mínima, pois a Pessoa Jurídica e a Pessoa Física são punidas por um mesmo fato, sendo que somente a punição da Pessoa Física já seria suficiente para atender a subsidiariedade penal. Somente o princípio da legalidade estaria satisfeito, pois haveria, de fato, uma expressa previsão normativa tratando do tema. As próprias cortes superiores, a saber, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, não analisaram o tema de modo a avaliar a compatibilidade do modelo brasileiro com os princípios do Direito Penal, somente chancelando a norma legal sem maiores considerações críticas.

Nesse sentido, a presente pesquisa resultou na conclusão de o atual modelo de responsabilidade penal da Pessoa Jurídica no Brasil não é compatível com os princípios formadores do Direito Penal, apesar de existir proposições teóricas que, se bem trabalhadas, poderiam ser manejadas em casos concretos sem macular tal arcabouço principiológico. Entrementes, cumpre agora ao legislador, aos pesquisadores do Direito e à jurisprudência, em

trabalho conjunto, formular possibilidades de aplicação dessas teorias que ao responsabilizar as Pessoas Jurídicas respeitem, sobretudo, os princípios formadores deste ramo do Direito a fim de que, assim, possa existir um modelo que, sem se furtar à compreensão e observação das transformações e contingências sociais que marcam a contemporaneidade, respeite a legalidade, a culpabilidade, a lesividade e a intervenção mínima imprescindíveis à aplicação do Direito Penal no Estado Democrático de Direito.

Referências

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- ALBUQUERQUE, Eduardo Lemos Lins de. **Compliance e crime corporativo**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 35, n. 104, out/dez/96. São Paulo: RT, 1996.
- BAIGÚN, David. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ensayo de un nuevo modelo teórico**. Buenos Aires: Depalma, 2000.
- BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2016.
- _____. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.
- BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2001.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3ª edição. CL Edijur: São Paulo, 2015.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 1ª edição. São Paulo: Editora 34, 2010.
- BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal compliance: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral 1**. 23ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BRANDÃO, Cláudio. Teorias da conduta no direito penal. **Revista de informação legislativa**, [s. l.], v. 37, ed. 148, p. 89-95, out./dez. 2000. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/631>. Acesso em: 13 jul. 2022.
- BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso em Mandado de Segurança nº 43817 – SP**. Relator: Gurgel de Faria. Brasília, 01 de novembro de 2015. Acessado em 28 de fev. de 2023. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201303249361&dt_publicacao=18/09/2015>.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1580693 – RS**. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 05 de abril de 2016. Acessado em 28 de fev. de 2023. Disponível em: <

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600349754&dt_publicacao=15/04/2016>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 622724 – SC**. Relator: Felix Fischer. Brasília, 02 de agosto de 2005. Acessado em 27 de fev. de 2023. Disponível em: <

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200400123188&dt_publicacao=29/08/2005>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 865.864 – PR**. Relator: Adilson Vieira Macabu (desembargador convocado). Brasília, 20 de outubro de 2011. Acessado em 27 de fev. de 2023. Disponível em: <

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200602306076&dt_publicacao=01/02/2012>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 93867 – GO**. Relator: Felix Fischer. Brasília, 08 de abril de 2008. Acessado em 27 de fev. de 2023. Disponível em: <

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200702596066&dt_publicacao=12/05/2008>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 19119 – MG**. Relator: Felix Fischer. Brasília, 12 de junho de 2006. Acessado em: 27 de fev. de 2023. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200600426901&dt_publicacao=04/09/2006>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 20558 – SP**. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 24 de novembro de 2009. Acessado em: 27 de fev. de 2023. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200602667813&dt_publicacao=14/12/2009>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 24055 – RS**. Relatora: Laurita Vaz. Brasília, 09 de fevereiro de 2010. Acessado em: 27 de fev. de 2023. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200801524193&dt_publicacao=19/04/2010>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 43354 – PA**. Relator: Sebastião Reis Júnior, 04 de agosto de 2015. Acessado em: 28 de fev. de 2023. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201304039278&dt_publicacao=14/10/2015>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 71923 – PA**. Relator: Reynaldo Soares da Fonseca, 20 de setembro de 2016. Acessado em: 28 de fev. de 2023. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201601495231&dt_publicacao=26/09/2016>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança nº 20601 – SP**. Relator: Felix Fischer. Brasília, 29 de junho de 2006. Acessado em: 27 de fev. de 2023. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200501439687&dt_publicacao=14/08/2006>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança nº 25848 – RJ**. Relator: Moura Ribeiro. Brasília, 17 de dezembro de 2013. Acessado em: 28 de fev. de 2023. Disponível em:
<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200702897670&dt_publicacao=03/02/2014>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança nº 39173 – BA**. Relator: Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 06 de agosto de 2015. Acessado em: 28 de fev. de 2023. Disponível em:
<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201202031379&dt_publicacao=13/08/2015>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança nº 56073 – ES**. Relator: Ribeiro Dantas. Brasília, 25 de setembro de 2018. Acessado em: 28 de fev. de 2023. Disponível em:
<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201703217470&dt_publicacao=03/10/2018>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 564960 – SC**. Relator: Gilson Dipp. Brasília, 02 de junho de 2005. Acessado em 27 de fev. de 2023. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200301073684&dt_publicacao=13/06/2005>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 610114 – RN**. Relator: Gilson Dipp. Brasília, 17 de novembro de 2005. Acessado em 27 de fev. de 2023. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200302100870&dt_publicacao=19/12/2005>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 622724 – SC**. Relator: Felix Fischer. Brasília, 17 de abril de 2007. Acessado em 27 de fev. de 2023. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200602003302&dt_publicacao=18/06/2007>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 847476 – SC**. Relator: Paulo Galloti. Brasília, 08 de abril de 2008. Acessado em 27 de fev. de 2023. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200600891451&dt_publicacao=05/05/2008>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 889528 – SC**. Relator: Felix Fischer. Brasília, 18 de novembro de 2004. Acessado em 27 de fev. de 2023. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200400123188&dt_publicacao=17/12/2004>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 969160 – RJ**. Relator: Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 06 de agosto de 2009. Acessado em 27 de fev. de 2023. Disponível em:
<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200701599748&dt_publicacao=31/08/2009>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 989089 – SC**. Relator: Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 18 de agosto de 2009. Acessado em 27 de fev. de 2023. Disponível em:
<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200702310357&dt_publicacao=28/09/2009>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1329837 – MT**. Relator: Sebastião Reis Junior. Brasília, 08 de setembro de 2015. Acessado em 28 de fev. de 2023. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201260255&dt_publicacao=29/09/2015>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1977172 – PR**. Relator: Ribeiro Dantas. Brasília, 24 de agosto de 2022. Acessado em 28 de fev. de 2023. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103792243&dt_publicacao=20/09/2022>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 92921 – BA**. Relator: Ricardo Lewandowsky. Brasília, 19 de agosto de 2008. Acessado em: 20 de dez. de 2022. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur87205/false>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 548181 – PR**. Relatora: Rosa Weber. Brasília, 06 de agosto de 2013. Acessado em: 20 de dez. de 2022. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur282384/false>>.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral – volume 1. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2018.

_____. **Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

BUSATO, Paulo César; GUARAGNI, Fábio André. **Responsabilidade penal da** : fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisitos legais do interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal. Curitiba: Juruá, 2012.

CORRERA, Marcelo Carita. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: a teoria do delito em face da autorresponsabilidade do ente coletivo. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**: a teoria do Crime para Pessoas Jurídicas. São Paulo: Atlas, 2015.

DONINI, Massimo. **El Derecho Penal frente a los desafíos de la modernidade**: estudos de derecho penal. Lima: ARA Editores, 2010.

DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (Uma perspectiva do direito brasileiro). *In*: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 157-194.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

FINCATO, Denise Pires; GILLET, Sérgio Augusto da Costa. **A pesquisa Jurídica sem Mistérios**: do Projeto de Pesquisa à Banca. Porto Alegre: Editora Fi, 2018.

FLORES, Joaquín Herrera. **A reinvenção dos direitos humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FREITAS, Ricardo. Quando os caminhos de Temis e Clio se encontram: o Direito Penal e as possibilidades do conhecimento histórico das ideias penais. *In*: BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (Coord.). **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 459-484.

GALVÃO, Fernando. **Responsabilidade Penal da Pessoa jurídica**. 4ª edição. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

_____. **Teoria do crime da pessoa jurídica**. 2ª edição. Belo Horizonte, São Paulo: Editora D'Plácido, 2021.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes; MELLO, Patrícia Perrone Campos. A titularidade dos direitos fundamentais por parte de pessoas jurídicas: A empresa como agente de efetivação dos direitos sociais. Notas introdutórias ao Direito Empresarial Constitucional.. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 6, p. 100-120, 2016. Disponível em: <<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4414>>. Acesso em: 30 jun. 2022

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo de juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I**. 19ª edição. Niterói: Impetus, 2017.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. REFLEXÕES ACERCA DO CONTROLE SOCIAL FORMAL: REDISCUTINDO OS FUNDAMENTOS DO DIREITO DE PUNIR. **RFD-Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, [S.l.], n. 23, jul. 2013. ISSN 2236-3475. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/4894>>. Acesso em: 30 jun. 2022. doi:<https://doi.org/10.12957/rfd.2013.4894>.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal: fundamentos, estrutura e política**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.

IENNACO, Rodrigo. **Responsabilidade penal da Pessoa jurídica**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2010.

JHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. 25ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

JESUS, Damásio de. **Direito penal, volume 1: parte geral**. 36ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de Afonso Bertagnoli. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017.

KINDHÄUSER, Urs. **Dogmática penal no estado democrático de direito**. São Paulo: Marcial, 2020.

LÉPORE, Paulo; PRETI, Bruno del. **Manual de Direitos Humanos**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

LIMA, Manuela Ithamar; COSTA, Sebastião Mendes da. Direito, inovação e ciência: possibilidades e desafios da sociedade do conhecimento. **Revista Arquivo Jurídico**, vol. 6, 2019, p. 173-199. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/10142>. Acesso em: 06 de dez. de 2022.

LOPES, Juliana; MAZURKIEVWICZ, Ligia Zotini; BARBOSA, Ruth. Soft law como Novo Paradigma Jurídico. **Coluna Práxis**, [s. l.], 30 ago. 2019. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/soft-law-como-novo-paradigma-juridico>. Acesso em: 25 maio 2023.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula; MOURA, Bruno. Perspectivas político-criminais e dogmáticas do Direito Penal no contexto da sociedade dos riscos. **Revista Ciências Penais**, vol. 15, 2011, p. 357-393.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Diritto Penale ‘Mínimo’ e Nuevo Forme di Criminalità. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, 1999.

MARTÍN, Adán Nieto (Coord.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal de pessoa jurídica**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. Malheiros: São Paulo, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENTOVICH, Avital; CERF, Moran. A Psychological Perspective on Punishing Corporate Entities. *In*: BRODOWSKI, Dominik; PARRA, Manuel Espinoza de los Monteros de la; TIEDEMANN, Klaus (Edit.). **Regulating Corporate Criminal Liability**. Londres: Springer, 2014, p. 33-46.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal, volume 1**: parte geral, arts. 1º ao 120 do CP. São Paulo: Atlas, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

MOTTA, Ana Paula Pinheiro. A Escola de Frankfurt: Fundação da Teoria Crítica à Indústria Cultural. *In*: Matheus Felipe de Castro; Lidia Patricia Castillo Amaya. (Org.). **Teoria Crítica do Direito**. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. , p. 111-125..

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**: volume 1 – introdução e parte geral. 37ª edição. Revista e atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIBEIRO, Josuel Stenio da Paixão. Os Contratualistas em questão: Hobbes, Locke e Rousseau. **Revista prisma jurídico**. São Paulo. v. 16, n. 1, pp. 3-24, 2017. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/6863>

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Direito de intervenção e direito administrativo sancionador**: o pensamento de Hassemer e o Direito Penal Brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – v. I**. 30ª edição. Atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Cláudio José. **Proteção Jurídica Penal, Estado Democrático de Direito e Bens Jurídicos Universais**. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito. São Paulo, 2006.

PRADO, Rodrigo Murad do. **Fundamentos do direito penal mínimo**: uma abordagem criminológica. 4ª edição. São Paulo: Tirant lo blanch, 2020.

PILEGGI, Bruno Vinciprova. **Metamorfose do risco**: uma mudança paradigmática da pós-modernidade. 2020. 92 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 62, p. 09-55, 2006.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Leonardo Cristian. As Tragédias de Mariana e Brumadinho: É Prejuízo? Para Quem? **Caderno de geografia**, v. 31, número especial 1, p. 184-195, 2021. Acesso em: 05 de março de 2023. Disponível em: <
<http://periodicos.pucminas.br/index.php/geografia/article/view/25541/17777>>.

RODRIGUES, Ellen Cristina do Carmo. Liberalismo e Pena: Montesquieu, Beccaria, Marat, Romagnosi, Feuerbach e Carrara. *In: DISCURSOS SEDICIOSOS*, Rio de Janeiro, Revan, v. 21/22, p. 307-331, 2015.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

_____. **Estudos de direito penal**. 2ª edição. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SALES, Sheila Jorge Selim de. **Do sujeito ativo na parte especial do código penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

SANTOS, Juarez Cirino. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. *In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coord.). Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 265-282.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e Direitos Fundamentais: o Direito Penal entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, Fortaleza, v. 4, n. 7, p. 160-209, jun. 2006. ISSN 2447-6641. Disponível em: <<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2134>>. Acesso em: 29 jun. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12662/2447-6641oj.v4i7.p160-209.2006>.

SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciência jurídico-penal alemana. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

_____. Cuestiones basicas de dogmatica juridico-penal y de politica criminal acerca de la criminalidad de empresa. Tradução realizada por Daniela Bruckner e Juan Antonio Lascurain Sanchez. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, tomo XLI, fase. I, P 529-58, janeiro/abril, 1988.

_____. Del derecho penal de la classe baja al derecho penal de la classe alta: ¿un cambio de paradigma como exigencia moral?. *In: SCHÜNEMANN, Bernd. Temas actuales y permanentes del derecho penal Después del milênio*. Madrid: Imprenta, Editorial Tecnos, 2002, p. 147-174.

SEMER, Marcelo. **Princípios penais no estado democrático de direito: anotado com alterações da LEI 13.964/2019**. 1ª edição. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

SILVA, Odair Vieira. As grandes revoluções do século XVIII e o iluminismo. *In: Revista científica eletrônica da pedagogia*, Garça/SP, 30ª edição, janeiro de 2018. Disponível em: <http://faef.revista.inf.br/site/e/pedagogia-30-edicao-20181.html#tab1319>

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la Política Criminal em las sociedades postindustriales. 2ª edição. Madri: Civitas, 2001.
- SOUSA, Susana Aires de. **Questões fundamentais de direito penal da empresa**. Coimbra: Almedina, 2019.
- STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito penal e Constituição**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994.
- TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: teoria e direito societário. Volume 1. 9ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- TULKENS, Françoise. The paradoxical relationship between criminal law and human rights. **Journal of International Criminal Justice**, vol. 9, no. 3, July 2011, p. 577-595.
- VIANA, Eduardo. **Criminologia**. 7ª edição. Salvador: JusPODIVM, 2019.
- VERÍSSIMO, Carla. **Compliance**: incentivo à adoção de medidas anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2017.
- VIVES ANTÓN, Tomás S; **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2ª edición. València: Tirant lo Blanch, 2011.
- WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**: Uma introducción a la doctrina de la acción finalista. Buenos Aires: Julio César Faira, 2004.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro, segundo volume**: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- WEBER, Max. A objetividade do conhecimento nas ciências sociais. In: COHN, Gabriel (Org.). FERNANDES, Florestan (Coord.). **Weber – Sociologia**. Coleção Grandes Cientistas Sociais, 13. São Paulo: Ática, 1999, p. 79-127.