



EXPANSÃO PUNITIVISTA, CULPABILIDADE E IMPUTAÇÃO PENAL EMPRESARIAL

Rodrigo Cavalcanti

Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor de Processo Penal da Universidade Potiguar (UnP).

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a problemática da política criminal de combate à criminalidade tomando por objeto a análise da culpabilidade da empresa enquanto pessoa jurídica. Ou seja, se dentro da perspectiva doutrinária e jurisprudencial existe a possibilidade de se imputar a uma pessoa jurídica atos próprios cuja consequência seja autônoma à ação humana e que comporte a esta ação ou omissão um grau de culpabilidade inerente e pertencente à esfera do Direito Penal, analisando critérios ligados a chamada expansão do Direito Penal, a imputação objetiva e a aplicação da própria pena e sua finalidade.

Palavras-chave: Direito penal. Direito penal empresarial. Pessoa jurídica.

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas é um tema por demais debatido e estudado na esfera do Direito, uma vez que adentra em uma série de questões que geram embates tanto na seara da política criminal quanto relacionadas à própria dogmática.

A constante modernização da atuação industrial e empresarial, bem como a autonomia cada vez maior de empresas enquanto pessoas jurídicas em detrimento e menor participação individual de seus representantes nas decisões, denotam que algumas dessas ações podem ocasionar danos a um bem jurídico protegido pela esfera de atuação do Direito Penal, mesmo diante de sua fragmentariedade, atendendo a critérios de imputação penal para controle e eficiência de políticas criminais voltadas à sua responsabilização, mesmo existindo controles e regulações na esfera da administração pública.

De outro ponto, a dogmática adotada de imputação, tipificação e responsabilização no âmbito criminal pressupõe uma análise acurada da chamada culpabilidade do agente que nada mais é do que a análise precípua e imprescindível do grau de participação, autonomia, intenção e nexos de causalidade existente entre o ato perpetrado pelo agente e o dano efetivamente causado.

Tal pretensão de aferição da culpabilidade determina uma maior dificuldade de identificação quando se trata de uma sociedade empresária como agente de um ato criminoso uma vez que a teoria da culpabilidade clássica dispõe esta como característica inerente ao ser humano, ocasionando o questionamento de como então o Direito Penal poderia atribuir responsabilidade criminal a uma pessoa jurídica.

Com tais aspectos é necessário dialogar entre a política criminal hodierna e a dogmática constitucionalmente aplicável a fim de que se possa, inicialmente, verificar o que se tem por culpabilidade, sua aplicabilidade e aferição, tomando por base critérios doutrinários e filosóficos para que seja possível analisar a quem se pode atribuir culpa e de que modo a conduta praticada pode ser alvo de uma responsabilização de cunho criminal em especial à sociedade empresária.

Após tal reflexão acerca das características inerentes à culpabilidade, este trabalho buscará analisar o movimento de expansão do Direito Penal sob a justificativa de consecução da paz pública e como meio de política criminal, questionando se tal utilização da *ultima ratio* indica uma quebra da sua fragmentariedade e do chamado minimalismo penal como um viés para um novo ciclo punitivista com criação de novos tipos penais, imputações objetivas e responsabilizações criminais fora do alcance da culpabilidade do indivíduo e ainda alcançando atos emanados de pessoas jurídicas.

Em decorrência de tal discussão serão tratadas neste trabalho as consequências dessa responsabilização penal das pessoas jurídicas levando em consideração critérios de imputação penal e refletindo sobre como a doutrina e jurisprudência enxergam tal fenômeno, buscando discutir os parâmetros de aferição autônoma da culpabilidade e imputação cabíveis ao indivíduo que representa a empresa e a própria sociedade empresária tentando estabelecer se há uma completa autonomia ou se existe a necessidade de uma dupla imputação.

O presente trabalho tem uma proposta de comparar e verificar dentro dos critérios normativos hodiernos e, sobretudo, constitucionais, se há a possibilidade de imputação criminal de sociedades empresárias estabelecendo o embasamento dogmático, doutrinário e

filosófico que a justifica e verificando se tal imputação se dá de forma objetiva e autônoma sob a ótica dos conceitos de culpabilidade, tipicidade e do objetivo e aplicação das penas e do próprio Direito Penal.

No contexto dessa comparação o presente trabalho foi elaborado dentro da metodologia de análise teórica e bibliográfica tendo como objetivo propiciar ao leitor uma análise crítica acerca da expansão por que passa o Direito Penal e a situação atual da problemática da política criminal ligada aos constantes danos causados por empresas com administrações cada vez mais descentralizadas e desarraigadas do contexto social no qual operam suas atividades e, ainda, o caminho para aferição desta culpabilidade e tipicidade da conduta.

Com tais evidências, será possível uma conclusão se de fato existe autonomia nos atos praticados pela empresa que possam ser dosados e aferidos dentro dos critérios de culpabilidade esculpidos na legislação pátria e, ainda, se a forma de imputação e responsabilização penal é um critério necessário da política criminal ou apenas uma face da chamada expansão do Direito Penal que traz consigo apenas o caráter “pan-punitivista” e que fere preceitos inerentes à dogmática e à constitucionalidade ou se existem outros meios de atuação Estatal mais eficientes tais como o Direito Administrativo Sancionador.

2 O MOVIMENTO DE EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E A RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

A evolução da utilização do Direito Penal como meio de controle social e de demonstração de força do Estado sempre foi uma arma bastante eficaz e invasiva no convívio da sociedade e na relação entre violência legítima e ilegítima assim como um refúgio de política e exercício de poder dentro do critério discricionário de combate aos “inimigos do Estado”.

Zaffaroni (2006) assevera que, historicamente, o Direito Penal é arma de demonstração do poder estatal que delimita e escolhe seus inimigos recaindo tais acepções na própria racionalidade das leis penais.

A racionalização da doutrina penal para ocultar a admissão da categoria de inimigo no Direito Penal, lidas a partir da teoria política, são concessões do Estado liberal ao

Estado absoluto, que debilitam o modo orientador do Estado de direito, que é a bússola indispensável para marcar a direção do esforço do poder jurídico em sua tarefa de permanente superação dos defeitos dos Estados de direito reais ou históricos (ZAFFARONI, 2006, p. 13).

A evolução dessa utilização desde o período pós-vingança privada chegando ao Estado Absoluto no qual o Direito Penal era uma das principais armas de demonstração de força do poder estatal utilizando-se de penas desproporcionais e fundadas em suplícios (FOUCAULT, 2014).

Tal afirmação demonstra muito bem a importância da punição legitimada para a consecução de um controle não só sobre a violência, mas da própria determinação de condutas da sociedade que fossem de interesse político do Estado e nem sempre necessário à real proteção do bem jurídico protegido e menos ainda através de aplicação de penas quase sempre desproporcionais.

Dentro dessa perspectiva se leva em consideração um contexto histórico de Estado absolutista cujas regras de convívio e comportamento muitas vezes eram ordenadas pela Igreja cuja dogmática embasada na fé distanciava a razão da fundamentação empírica do Direito dando à punição uma natureza divina e, portanto, quase inquestionável.

A importância da ciência e da filosofia vem, neste enfoque, buscar a discussão acerca de uma racionalização para a aplicação das penas e a definição do que viria a ser delito num viés de humanização precípua e necessária para a utilização justificada do Direito Penal.

Primeiramente tratada por Beccaria no seu livro “Dos delitos e das penas”, no qual o autor defendia que o Direito Penal deveria ser fundado na humanização das penas e a separação entre delito de pecado eliminando a influência da Igreja e negando-lhe o direito de dizer o que seria ou não um ato criminoso.

Foi pensado um sistema legal que garantisse a ordem desejada. O meio encontrado: a punição dos atos infracionais, assim considerados todos que colocassem em risco a paz social. A punição assume dois papéis preponderantes: o de mensagem às pessoas reunidas em uma determinada organização social e política, no sentido de que se evitasse que praticassem atos potencialmente danosos à sociedade; e a retribuição de um mal àquele que praticou um delito e, portanto, um dano à ordem social (BICUDO, 2015, p. 45).

A partir de tal concepção, alinhando-se posteriormente e historicamente à Revolução Francesa apoiada pela burguesia e à Revolução Industrial, traduz-se o enfraquecimento do Estado Absoluto e o surgimento ou afloramento do Estado Constitucional dentro de uma perspectiva de limitação do Poder Estatal de punir e com ampliação de garantias e direitos

individuais além de punições proporcionais aos danos causados aos bens jurídicos protegidos pelo Estado na sua Constituição.

Tal salto na utilização do Direito Penal de sobremaneira auxilia e influencia na defesa de sua fragmentariedade, ou seja, que o mesmo seria a *ultima ratio* de utilização do Estado como meio de controle e pacificação social numa concepção de intervenção mínima na qual o poder punitivo só seria exercido quando os outros ramos e esferas do Direito não conseguissem resolver a celeuma social.

Como fonte de tal defesa teórica da fragmentariedade do Direito Penal, Claus Roxin estabelece sua teoria do bem jurídico protegido constitucionalmente para justificar a incidência de normas penais.

A teoria sustentada por Roxin baseia-se em duas premissas quais sejam: o Direito Penal como instrumento de proteção contra os riscos chamados intoleráveis para a convivência de determinada sociedade e a punição como resposta ao rompimento dessa proteção.

De toda maneira, Roxin entende que o Direito Penal não deve ser banalizado ou utilizado indistintamente e de forma expansiva mas tão somente quando a ação atingir bens jurídicos protegidos constitucionalmente e quando a conduta que se deseja punir diga respeito a riscos intoleráveis (ROXIN, 2000, p. 179).

Entretanto, o autor não vai tratar especificamente quais riscos intoleráveis seriam esses, deixando isso a cargo do legislador o qual, diante de seu poder-dever de emitir normas jurídicas que contenham e atendam aos ditames constitucionais e que protegem bens jurídicos constitucionalmente previstos.

O problema reside nos critérios e influências que determinam para a sociedade hodierna quais seriam esses bens jurídicos e os riscos intoleráveis num contexto social cada vez menos tolerante e ávido por punição como meio de combate à violência subjetiva que exsurge da opinião pública.

A sociedade hodierna resta desprovida da presença estatal em seus principais anseios e necessidades cujo aumento da criminalidade tende a ser escusa legislativa de medidas inerentes ao direito penal simbólico com uma séria de aprovações de leis penais cujo alcance de efetividade não atinge sua justificativa mas serve de anestesia social e calmaria momentânea enquanto outras criminalidades vão surgindo e aumentando.

É a partir desse ideário que surgem teorias como a do Direito Penal do inimigo, baseada em uma pretensa guerra ao crime dentro de uma cultura do medo como agente justificante do Direito Penal possibilitando não só a sua expansão como também perigosamente fundamentando leis penais e processuais que preveem diminuição de liberdades civis e a flexibilização de garantias fundamentais cujas conquistas foram tão caras à sociedade.

Frise-se então que Roxin claramente defende a fragmentariedade e a subsidiariedade do Direito Penal cujo fundamento, baseado nessa perspectiva de proteger ante riscos intoleráveis, permite a inserção de novos tipos penais ou de reprovabilidades apenas quando atendem a primazia da finalidade da pena que seria essencialmente de prevenir e não apenas para retribuir num conceito utilitarista (ROXIN, 1997, p. 65).

A partir dessa concepção o problema reside em estabelecer ao legislador e ao intérprete da norma quais seriam os bens jurídicos protegidos e, sobretudo, quais os riscos intoleráveis de maneira tal que torne necessária a intervenção do Direito Penal para o atingimento da pacificação social e prevenção de novos.

Uma análise constitucional e social desta aferição dos riscos intoleráveis pressupõe a percepção das influências sociais, culturais e de opinião pública *lato sensu* entendida esta como o supedâneo de opinião pública a partir do senso comum, das interações midiáticas e de pressões que, por vezes, determinam a criação de normas puramente simbólicas que diferem da ideia defendida por Habermas quando trata de comunicatividade para a legitimação constitucional da norma jurídica.

O agir comunicativo trazido por Habermas pressupõe a utilização da linguagem com o fim específico de produzir consenso entre os interlocutores o que, dentro de uma concepção de legitimação legislativa para criação de normas jurídicas, tornaria necessário “interações sociais para as quais o uso da linguagem orientado para o entendimento ultrapassa um papel coordenador da ação” (HABERMAS, 2002. p.72).

A opinião pública no sentido *lato senso* influenciada pela mídia e concepções culturais ou apenas morais, sem uma necessária discussão pública, lealdade e troca de informações que levem a uma opinião de consenso, não deveria, na visão Habermasiana, sequer legitimar a criação de normas que não o reflitam, como ocorre na esfera do Direito Penal Simbólico.

A partir de tal teoria emerge a discussão acerca da atual função e utilização do Direito Penal de forma expansiva e quase que indomável que os agentes políticos, quase sempre de modo simbólico, se comunicam com a sociedade e implantam a ideia de que o problema da violência será resolvido com maior número de delitos e penas mais severas numa retroalimentação de criação e identificação de novos inimigos do Estado.

É neste diapasão que a política criminal se mostra cada vez mais refém de um pretense medo social da violência mostrada midiaticamente e sustentada politicamente gerando uma demanda por mais atuação do Direito Penal na expectativa de um maior controle e solução dessa violência dentro da sociedade ocasionando uma suplantação do Estado Social pelo Estado Penal.

Vivencia-se hodiernamente o que Bauman (2008) chama de substituição da sociedade de risco por sociedade da incerteza, na qual procura-se refúgio na esfera do Direito Penal como resposta atual e eficiente para resolução da violência e dos riscos sociais, culminando na chamada expansão do Direito Penal que hoje erradia para a atuação das sociedades empresárias, tipificando condutas que a esfera do Estado Administrativo não conseguiu fiscalizar e até mesmo punir com o Direito Administrativo sancionador.

A modernidade, a tecnologia e a estrutura legal adotada por pessoas jurídicas em sociedades empresariais que causam danos passaram a ser um desses alvos ou inimigos sociais muito embasado na própria dificuldade estatal de promover fiscalização e políticas públicas voltadas a evitar e prevenir tais danos.

Nesse contexto depositou-se na esfera do Direito Penal tal esperança não se satisfazendo na punição apenas de seus representantes (indivíduos) mas da própria empresa enquanto ente autônomo e provido não apenas de uma autonomia legal de existência e capacidade mas também de uma pretensa e aferível culpabilidade para fins de imputação criminal como ocorre no Brasil pela Lei nº 9.605/1998 que visa a proteção e política ambiental ocasionando a discussão jurídica sobre sua constitucionalidade.

3 A CULPABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA PARA FINS DE IMPUTAÇÃO PENAL

Culpabilidade é um dos termos na dogmática jurídica penal que consagram uma quantidade plural de significados, tendo a doutrina tratado tal instituto em uma tríade conceitual que passa pela representação principiológica, como categoria de conceito analítico de delito e como circunstância judicial para a dosimetria da pena.

Nos três aspectos possíveis a culpabilidade passa a compor um requisito essencial à análise da possibilidade de tipificação de uma conduta que possua como sujeito ativo uma pessoa sem existência física capaz de executar ações ou mesmo determinar omissões causadoras de danos passíveis de punição e aferição de culpa enquanto elemento formador do tipo.

SANTOS (2008, p. 282) assevera que a tese de liberdade de vontade imanente ao conceito de culpabilidade é indemonstrável, não servindo de fundamento para a pena já que aquela seria um pressuposto dessa.

CARVALHO (2014, p353) leciona que a normatização plena da culpabilidade advém da teoria finalista da pena e que deve ser extirpado de tal aplicabilidade os elementos de dolo e culpa que seriam transferidos para a análise da tipicidade.

No julgado do Habeas Corpus 388005/PE do STJ o Min. Ribeiro Dantas conceitua culpabilidade:

A culpabilidade para fins do art. 59 do CP, deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade da conduta, apontando maior ou menor censurabilidade do comportamento do réu. Não se trata de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não do delito, mas sim, do grau de reprovação penal da conduta do agente, mediante demonstração de elementos concretos do delito (BRASIL, 2017).

Assim, o entendimento da Corte Superior e dos juristas a culpabilidade exige conduta individualizável do agente criminoso de tal modo que se possa aferir a censurabilidade do comportamento do réu que agiu com liberdade de vontade mesmo que não se discuta, nesse momento, a existência de dolo ou culpa como determinantes da tipicidade.

Ao refratar a política criminal hodierna, que criminaliza a conduta da pessoa jurídica, é imprescindível adentrar na esfera da aferição de uma das características da culpabilidade, percebendo como se identifica e mensura o grau de reprovabilidade da conduta da sociedade empresária e seu comportamento enquanto ente inanimado.

A dogmática tem por uma das características da culpabilidade a psique do agente, ou seja, a capacidade de entendimento, de intenção e de ação autônoma com relação ao ato considerado típico justificando sua atuação como passível de punição pela *ultima ratio*.

Para tal fim se torna necessário fazer uma distinção entre a culpabilidade direcionada ao indivíduo e a culpabilidade inerente à pessoa jurídica como meio inicial de averiguação de adequação constitucional de ingerência estatal na liberdade individual e na seara econômica penal.

3.1 Teorias contemporâneas da culpabilidade e a pessoa jurídica culpável

Para Roxin (2000) a culpabilidade tem como principal consequência a responsabilidade não bastando que a conduta do autor seja considerada reprovável, mas também que a possível pena a ser imposta possa atingir seu real objetivo que é de prevenção, expressando uma teoria dentro da tradição jurídica do liberalismo europeu.

O autor preocupa-se ainda em especificar em que consistem as necessidades preventivo-especiais e preventivo-gerais que incidem na categoria da responsabilidade e como aquelas são limitadas pela culpabilidade uma vez que interferem influenciando no quantitativo e na modalidade da pena a ser imposta.

A crítica sofrida por Roxin por parte da doutrina reside no fato de que a função da pena na aplicação seria incerta tornando a sua necessidade, devido à falta de critérios, uma debilidade à culpabilidade enquanto garantia individual ante a pretensão punitiva do Estado.

Já para Jakobs (2009) a culpabilidade seria um aspecto de reforço ao Direito que atingiria sua máxima capacidade e funcionalização às necessidades preventivo-gerais da pena restringindo-se a um juízo de atribuição da falta de fidelidade ao Direito ocasionando déficit de motivação jurídica que deve ser punido para manter a confiança na norma violada.

Ou seja, a culpabilidade não subsiste como uma faceta do garantismo sugerido por Roxin, mas como uma ferramenta de justificação da finalidade preventivo-geral da pena e, portanto, possui essa função agregadora à justificação da lei penal.

De uma maneira ou de outra a aferição de culpabilidade termina por ser quase uma medida desconsiderada pelo legislador quando se utiliza da expansão do direito penal apenas como justificativa simbólica de expansão punitivista quando, na verdade, deveria ser um dos pressupostos para criminalização de condutas.

3.2 Elementos da culpabilidade

A culpabilidade é formada por características inerentes e necessárias à sua compreensão para que se possa, em uma análise do caso concreto, verificar sua existência e justificar a imputação penal.

Os elementos dogmáticos imprescindíveis à culpabilidade são a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude do fato e a exigibilidade de uma conduta diversa da que fora perpetrada pelo agente.

A imputabilidade, também conhecida como capacidade de culpabilidade, baseia-se no fato de que o autor do delito, após considerado típico e antijurídico, possui as faculdades psíquicas e físicas mínimas necessárias para motivar seus atos possibilitando a atribuição de tipificação da conduta perpetrada pelo agente.

Assim como leciona Mirabette sobre a imputabilidade:

Em primeiro lugar, é preciso estabelecer se o sujeito tem certo grau de capacidade psíquica que lhe permita ter consciência e vontade dentro do que se denomina autodeterminação, ou seja, se tem ele a capacidade de entender, diante de suas condições psíquicas, a antijuridicidade de sua conduta, de adequar essa conduta à sua compreensão. A essa capacidade psíquica denomina-se imputabilidade (MIRABETTE, 1985, p. 95).

A inexistência de uma consciência psíquica acerca da ilicitude do fato ensejaria a impossibilidade de imputação penal por falta de culpabilidade do agente mesmo que o ato ou a omissão fossem típicos e antijurídicos pressupondo-se imprescindível a percepção humana na conduta.

A potencial consciência da ilicitude é o elemento da culpabilidade que determina que para que haja punição o agente deva ter o potencial de consciência (discernimento) de que a conduta que praticou é ilícita uma vez que a falta total de discernimento leva à inimputabilidade e consequente aplicação de medidas de segurança com a prolação de sentença absolutória imprópria.

Alberto Silva Franco, citando Heleno Cláudio Fragoso, explica claramente que:

A consciência da ilicitude é a consciência que o agente deve ter de que atua contrariamente ao direito. Essa consciência, pelo menos potencial, é elementar ao juízo de reprovação, ou seja, à culpabilidade. Para que se firme a existência de culpabilidade, no entanto, basta o conhecimento potencial da ilicitude, ou seja, basta

que seja possível ao agente, nas circunstâncias em que atuou, conhecer que obrava ilicitamente (FRAGOSO *apud* FRANCO, 1987, p. 43).

A conclusão de falta de consciência de ilicitude da conduta pode ser total ou parcial, havendo exclusão da culpabilidade no caso da primeira hipótese e determinando uma causa de diminuição de pena na segunda sendo tais hipóteses antecedidas de processo incidental de sanidade mental traduzido por laudo pericial específico que deve averiguar a consciência no momento da conduta criminosa.

A exigibilidade de conduta diversa é a possibilidade que o ordenamento jurídico pode estabelecer como opções lícitas àquela que fora tomada pelo agente no momento da execução da conduta criminosa geralmente perceptível ao caso concreto.

Lecionando sobre o assunto, Fontes cita Fernando Capez acerca da exigibilidade de conduta diversa:

Tal elemento da culpabilidade consiste na expectativa social de um comportamento diferente daquele que foi adotado pelo agente. Somente haverá exigibilidade de conduta diversa quando a coletividade podia esperar do sujeito que tivesse atuado de outra forma (CAPEZ *apud* FONTES, 2004. p. 24).

Portanto, a exigibilidade de conduta diversa considera os fatos paralelos à conduta. Assim, se constatado que o agente teve livre atuação no processo de escolha deverá ser responsabilizado penalmente.

3.3 A culpabilidade da pessoa jurídica

A aferição de culpabilidade é uma das principais discussões acerca da possibilidade de imputação penal à pessoa jurídica uma vez que este é o principal fundamento da discussão penal tendo em vista que para a tipificação basta o processo de observação de subsunção do fato à norma e a verificação de existência de antijuridicidade da conduta.

As críticas baseiam-se na constatação inicial de incompatibilidade de objeto uma vez que o embasamento teórico primitivo tinha por base a aferição de culpabilidade na conduta humana por derivar do princípio da dignidade da pessoa humana baseando-se na conduta do indivíduo e não do coletivo.

Alinha-se a tal entendimento o fato de que os elementos da culpabilidade já delimitados nesse trabalho são incompatíveis com a própria essência da pessoa jurídica. Isso porque tais aspectos foram delineados e construídos com base na atividade psíquica do

indivíduo e tudo que acompanha sua autonomia e liberdade de escolha entre lícito e ilícito, intenção, consciência e discernimento.

As ações citadas jamais poderão ser atribuídas a uma pessoa jurídica que, apesar de ter uma existência legal autônoma, sempre dependerá da atuação de seus representantes para realização de atos no mundo mesmo diante da atual complexidade em sua organização e na distribuição de funções múltiplas dentro do organograma empresarial.

A contraproposição da culpabilidade da pessoa jurídica também assevera que o artigo 29 do Código Penal não possui aplicabilidade a entes não humanos sob pena de retrocesso de garantias penais e retorno ou surgimento da responsabilidade penal objetiva há muito expurgada de nosso ordenamento constitucional.

Neste diapasão não haveria como aferir a culpabilidade no sentido da intenção do agente com o nexo de causalidade dos danos penalmente puníveis o que também acarretaria em grave disfunção na própria individualização da pena, posto que o artigo 59 do Código Penal Pátrio impõe como um dos critérios para aplicação da pena base o grau de culpabilidade do agente.

A problemática exsurge da verificação de que a modernidade trouxe para a atuação empresarial progressivamente uma chamada “descentralização organizacional” na qual cada vez menos os indivíduos possuem de fato o domínio sobre as ações empresariais.

Desta forma nasce o conhecido fenômeno da autorregulação empresarial como reflexo de uma incapacidade estatal para controlar certos riscos característicos da sociedade pós-industrial moderna. Isto tem provocado que esse controle e essa gestão de riscos encontrem-se descentralizados em direção às organizações empresariais que, em virtude de seu tamanho e complexidade interna, não admitem uma regulação – intervenção – direta estatal externa senão, que como muito, pode desejar um controle de contexto (*kontextsteuerung*) característico do direito reflexivo (DÍEZ, 2015, p. 39).

Com esse reconhecimento da autonomia da empresa com relação à própria existência de seus representantes individuais e que determina essa chamada fidelidade ao direito, impõe-se a ela o mesmo que fora imposto aos indivíduos, ou seja, o cumprimento das normas e as consequências de seu descumprimento criando-se um tipo de cidadão corporativo fiel ao Direito.

Para Díez (2015) essa autorresponsabilidade da empresa enquanto ente cidadão determina que o risco social seja arcado por ela própria e que fique dentro de si, passando a empresa de um mero ator econômico com fundamento apenas em custos e benefícios a uma

pessoa jurídico-penal orientada pelo binômio direito-dever, tornando-se um verdadeiro cidadão.

Outro argumento favorável à imputação penal da pessoa jurídica é a questão da nova política criminal embasada na função social das empresas e nas suas atividades cada vez mais tangenciadas por toda a coletividade.

Nesse aspecto deve-se ter em mente que a empresa surge como um instrumento econômico de união e aproximação social em uma busca cada vez maior de seus objetivos, geralmente lucrativos, gerando a percepção social de que a conjunção de elementos econômicos e humanos potencializam sua participação no contexto social.

Para SANCHEZ (1999, p. 78) “o protagonismo econômico e social das empresas, reflete-se, sem dúvida, num protagonismo penal. Parece evidente que, quantitativamente, as ações ditadas de relevância social serão cada vez mais emanadas de atuações coletivas”.

Somando-se ao fato de que as empresas cada vez mais se expandem sem encontrar limites territoriais, tais ações podem provocar danos não passíveis de dimensionamento ocasionando a necessidade de uma readequação do Direito Penal para essa nova perspectiva.

Em suma, a nova forma de divisão de trabalho, as decisões de grupo orientadas pelo fim societário diverso dos fins individuais, o agir coletivo que torna cada agente individual por vezes alheio ao resultado final de sua ação, transformam o humano em uma peça substituível e inconsciente dessa engrenagem, inviabilizando mesmo a responsabilização individual (SANCHEZ, 1999).

Ressalte-se, ainda, que a nova estruturação das grandes empresas, e por óbvio não se pode falar das pequenas empresas e empresas de cunho familiar, terminam por ter tamanha complexidade, áreas de atuação, falta de limites territoriais e descentralização diretiva que, por vezes, impossibilitam a responsabilização individual ou, mesmo quando individualizável, a mesma pode ser atípica ao indivíduo mas típica dentro da esfera de atuação coletiva e dos danos causados.

De tal ponto surge a necessidade de análise das penas previstas às pessoas jurídicas inerentes aos casos previstos nas normas penais brasileiras em especial a Lei de Proteção Ambiental nº 9.605/98 nos seus artigos 21 a 23 os quais se limitam a restritivas de direitos, prestação de serviços à comunidade e pecuniárias fugindo de uma lógica do Direito Penal Pátrio que prevê tais sanções como benefícios e substitutivos às penas privativas de liberdade do indivíduo.

A preferência do legislador pela utilização do Direito Penal neste contexto de expansão punitivista se confunde ou contradiz com a perspectiva de aplicação da fragmentariedade daquele e a possibilidade de utilização de outros ramos do Direito tal qual o Direito Administrativo sancionador que possui, além de todo aparato estatal, a possibilidade de aplicação de sanções semelhantes.

4 DA PENA E SUA APLICABILIDADE

A principal característica do Direito Penal é a justificação legitimadora do poder estatal de punir o qual, durante o Absolutismo, era ilimitado e que na evolução histórica dos seus conceitos e funções, principalmente na ideia de garantismo penal conquistada pelo constitucionalismo e de forma mais intensa no pós-grande guerra, atingiu a limitação do poder punitivo do Estado atribuindo garantias fundamentais e considerando o Direito Penal fragmentário como a *ultima ratio*.

Com tal acepção hodierna do poder de punir advém também a perspectiva da finalidade da pena a ser aplicada ao agente criminoso seja ele indivíduo ou pessoa jurídica.

Uma das principais características da pena é a sua necessária individualização, tomando por base a conduta do agente, sua culpabilidade e as elementares de cada caso concreto, indicando uma necessária aplicação de penas concretas a cada fato e após o devido processo legal.

No direito pátrio a pena possui, conforme artigo 59 do Código Penal, dupla finalidade: a retribuição e a prevenção sendo esta última subdividida em prevenção geral e específica.

A pena a ser aplicada de forma individualizada deve respeitar a intenção de atingir a finalidade de conseguir retribuir ao agente, proporcionalmente, o dano causado e ainda de prevenir que ele próprio e o restante da sociedade venham a cometer delitos.

O modelo garantista reconhece que a pena, por seu caráter aflictivo e coercitivo, é em todo um mal, que não cabe encobrir com finalidades filantrópicas do tipo reeducativo ou ressocializador e de fato em último termo aflictivo. Ainda sendo um mal, contudo, a pena é justificável se (e somente se) se reduz a um mal menor com relação à vingança ou a outras reações sociais, e se (e somente se) o condenado obtém com ela o bem de que se subtrai dos castigos informais imprevisíveis, incontrolados e desproporcionais (FERRAJOLI, 2005, p. 337).

Em que pese a discussão atual acerca da falência da pena, especialmente da privativa de liberdade, no Brasil, por não conseguir atingir tais finalidades e, em alguns casos, se assemelhar com a Era da Vingança ou mesmo dos suplícios, cabe discutir no presente trabalho a aplicação de pena para pessoas jurídicas e sua finalidade.

Há, portanto, como afirma Baratta (2002) uma clara correlação entre o garantismo penal e a intervenção mínima do Direito Penal, tendo os direitos fundamentais uma dupla função sendo uma negativa, que limita o poder de atuação do Estado no Direito Penal; e uma positiva que define a atuação do próprio Direito Penal.

No que tange ao objeto deste trabalho a discussão reside em se as penas aplicáveis às pessoas jurídicas atingem alguma destas finalidades determinadas para todos os tipos de pena ou se são inócuas, devido aos fatores de objeção.

No que tange o Direito Brasileiro na sua previsão de punição à pessoa jurídica a lei 9.605/98 é pioneira e estabelece as penas previstas nos respectivos tipos penais limitando-se a restrições de direito e prestação de serviços comunitários, sobre o que Luís Paulo Sirvinskas disserta:

Não constam nos tipos penais as penas aplicáveis às pessoas jurídicas, mas só para as pessoas físicas. Assim, como se aplicar as penas contidas na parte geral da lei às pessoas jurídicas? Como fazer a integração da parte geral à parte especial? Como fazer a dosimetria da pena? O legislador não estaria colocando nas mãos do juiz um poder que não lhe incumbe ao permitir fazer a integração das penas contidas na Parte geral à parte especial? O juiz não poderia impor a pena à pessoa jurídica sem respeitar um patamar entre o mínimo e o máximo, podendo, inclusive, determinar o fechamento da empresa com consequências graves e irreversíveis à sociedade? A pessoa jurídica não tem a obrigação de saber de antemão a pena aplicável entre um mínimo e um máximo, bem como os tipos penais atribuídos à pessoa jurídica? As penas contidas não seriam substitutivas das penas principais contidas na parte especial? Esta falta de integração não estaria ferindo o princípio da legalidade e o princípio da proporcionalidade da pena? (SIRVINSKAS, 1998).

Dentre os fatores de objeção que a doutrina indica está a falta de possibilidade de individualização da pena devido à ausência de pessoalidade dos atos criminosos. Assim, a pena afrontaria o artigo 5º, XLV, da Constituição da República Federativa do Brasil uma vez que a punição de um ente coletivo terminaria por punir todos que o compõem independentemente da contribuição dos indivíduos para o crime, como determina o artigo 29 do Código Penal.

Tais características impediriam de sobremaneira o atingimento da finalidade de prevenção geral e específica da pena uma vez que, inexistindo a pessoalidade na aplicação da

pena, a inexistência de consciência dos agentes criminosos determinaria a total ausência de possibilidade de substrato psicológico para que se possa evidenciar o caráter preventivo da punição.

Cumprido destacar que, dentre as possibilidades de penas restritivas de direitos aplicáveis às pessoas jurídicas estão a suspensão total ou parcial das atividades, a interdição de estabelecimentos e a proibição de contratar com entes públicos.

No caso de prestação de serviços à comunidade estão previstos custeio de programas ambientais, recuperação de áreas atingidas e contribuições as quais, dentro de uma perspectiva de Direito Penal historicamente tradicional, pouco ou nada se coadunam com a esfera de liberdade do indivíduo, podendo atingir pessoas, inclusive, aquelas que em nada podem ter contribuído para o cometimento do delito.

A doutrina que defende a função da pena no Direito Penal Empresarial enxerga que:

Nesse sentido, a culpabilidade, tanto no Direito Penal Empresarial como no Direito Penal individual, fundamenta-se em uma determinada concepção da conhecida prevenção geral impositiva – concretamente: na retribuição comunicativa. Assim, de acordo com a teoria da pena baseada na retribuição comunicativa, a pena cumpre a função de contribuir no sentido de aumentar a probabilidade de sucesso da comunicação – para o restabelecimento comunicativo da norma, derivando-se como prestação, o reforço da fidelidade ao direito. Dessa forma, a intensa e atual discussão que existe no Direito Penal individual sobre a relação estabelecida entre a culpabilidade e pena estende-se da mesma forma ao Direito Penal Empresarial, com o consequente benefício - pelo menos conceitual – que supõe tornar compatível uma discussão do núcleo rígido do Direito Penal moderno com a responsabilidade empresarial (DÍEZ, 2015, p. 44).

Ademais, cumpre destacar que existe no ordenamento jurídico pátrio a previsão de fiscalização e aplicação de sanções administrativas que em muito se assemelham às penas aplicáveis às pessoas jurídicas da Lei nº 9.605/98 que é o chamado Direito Administrativo Sancionador a exemplo da Lei nº 12.846/2013, chamada Lei Anticorrupção.

A esse fenômeno de expansão atribui-se o nome de administrativização do Direito Penal pois, segundo Jesús María Silva Sánchez (2011, p. 156), o Direito Penal “assume o modo de racionalizar próprio do Direito Administrativo sancionador e a partir daí se converte em um Direito de gestão ordinária de grandes problemas sociais”.

Duas hipóteses comuns que justificam o fenômeno são: (i) a transferência da proteção de bens jurídicos do Direito Administrativo para o Direito Penal, decorrente de novos riscos e das peculiaridades da sociedade complexa, a exemplo da necessidade de defesa do meio ambiente e da ordem econômica (gestão de riscos); além disso, (ii) pode-se considerar o descrédito da instância administrativa,

em si, na prevenção e reparação de ilícitos de mera conduta ou cumulativos, o que atraiu a intervenção penal subsidiária. (RODRIGUES, 2016, p. 233).

O malabarismo jurídico-penal para se responsabilizar uma pessoa jurídica criminalmente e com todas estas nuances acerca de culpabilidade, imputabilidade e individualização e função da pena seriam muito menos dolorosas ao garantismo penal além de mais eficientes e sem a necessidade de tamanha expansão do Direito Penal se o Direito Administrativo nas suas funções fiscalizatória e sancionatória fosse utilizado da maneira correta.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho não pretendeu tratar de forma esgotada o assunto acerca da expansão punitivista, culpabilidade e imputação penal empresarial. Buscou de modo simples, objetivo e direto tratar de tais assuntos levando ao leitor o interesse nesse aprofundamento e conhecimento acerca de uma análise crítica da política criminal brasileira com relação a esses aspectos.

A expansão do Direito Penal é uma realidade atual da política criminal que se baseia em várias fontes ou motivações, dentre elas o medo social, a violência crescente, a diversidade da criminalidade e o Direito Penal simbólico advindo do exercício do poder legiferante e de uma clara e crescente influência de teorias como o Direito Penal do inimigo e algumas de suas características.

Dentre as características da expansão do Direito Penal está a tipificação de novas condutas e a criminalização de novos agentes, dentre eles as pessoas jurídicas, em função da própria modernidade, da tecnologia e das novas formas de organizações empresariais que promovem e ocasionam diversos danos passíveis de reprimendas.

A problemática da imputação penal às pessoas jurídicas gira em torno das questões dogmáticas ligadas à individualização da conduta e os elementos que constituem a culpabilidade. Esses elementos, dentro da dogmática tradicional, dizem respeito à psique do indivíduo, sua consciência da ilicitude do ato e a exigibilidade de uma conduta adversa inerente ao seu discernimento sobre as determinações e opções legais.

Em contrapartida, há quem defenda que esta individualização e culpabilidade podem e devem ser aferidas por uma nova sistemática hermenêutica que possibilite enxergar a empresa como ente autônomo à condição humana de seus representantes, enquanto organismo independente que deve respeitar a ordem legal por ser considerado um “novo cidadão corporativo” e que pode ser punido tal como o indivíduo pessoa física.

Tal justificativa reside na nova função da empresa na sociedade, sua participação cada vez mais avassaladora no bojo social, sua organização estrutural sem fronteiras, além de atividades cada vez mais complexas e com mais descentralização dos atos de seus representantes o que impossibilita a responsabilização criminal de indivíduos.

Após a análise da possibilidade de imputação de culpabilidade da pessoa jurídica e suas justificativas sobreveio a discussão acerca da própria aplicação da pena a qual, assim como a sistemática da própria culpabilidade, possui como uma de suas principais características a individualização da conduta para aferição da sua modalidade e seu *quantum* numa perspectiva retributiva e preventiva da pena.

No caso da pessoa jurídica, além da impossibilidade de aplicação da pena privativa de liberdade, as penas previstas na Lei nº 9.605/98 não possuem natureza penal plena e se justificam dentro da esfera do chamado direito administrativo sancionador pois visam, sobretudo, responsabilizar a empresa na reparação do dano, no fomento à preservação ambiental, nas contribuições sociais e na impossibilidade de contratação com entes públicos, além da suspensão e interdição de suas atividades.

Assim, como meio de conclusão, percebe-se que a imputação penal da pessoa jurídica no âmbito do Direito Penal Empresarial possui clara característica de expansão do Direito Penal como meio de política criminal posta e aferição de maior responsabilidade social das empresas e a dificuldade de imputação penal dos indivíduos que a compõem.

Contudo, diante da clara manobra hermenêutica exigida para que se consiga interpretar e imputar culpabilidade às empresas como meio de aplicação de uma pena que sequer possui real viés penal, mais viável e lógico seria o socorro ao chamado Direito Administrativo sancionador cujas armas de fiscalização, como órgãos reguladores e sancionadores, seriam bem próximas das aplicadas penalmente e com mais eficiência prática.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Princípios do Direito Penal Mínimo**. São Paulo: Unesp, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. **O medo líquido**. São Paulo: Zahar, 2008.

BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que punir? Teoria Geral da pena**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 388005-PE**. Rel. Min. Ribeiro Dantas. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2017]. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/449406003/habeas-corpus-hc-388005-pe-2017-0028177-9>.

CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no direito penal brasileiro**. São Paulo. Saraiva, 2013.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: parte geral**. 3ª ed. Curitiba: ICPC – LUMEN JURIS, 2008.

DÍEZ, Jara. **A Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos dos derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 2005.

FONTES, Luciano da Silva. **Culpabilidade: pressuposto da pena ou característica do crime? Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 271, abr. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5047>>. Acesso em: 11 mar. 2020.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: Nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 2014.

FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destrancendentalizada**. Trad. De Lúcia Aragão. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro, 2002.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MIRABETTE, Júnior Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 2. ed. São Paul: Atlas, 1985.

RODRIGUES, Fillipe Azevedo. **Intervenção pública e proibição do insider trading Eficiência e ultima ratio na responsive regulation**. RIL Brasília a. 53 n. 210 abr./jun. 2016 p. 211-238.

ROXIN, Claus. **Política Criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

| Revista Transgressões: ciências criminais em debate, v. 8, n. 1, julho de 2020

ROXIN, Claus. **Derecho penal: Parte General. Fundamentos, la estructura de la teoria del delito**. Madri: Civitas, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales**. Madri: Cuadernos Civitas, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A expansão do direito penal: aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. Manual de Direito Ambiental. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

PUNITIVIST EXPANSION, CULPABILITY AND BUSINESS CRIMINAL IMPUTATION

ABSTRACT

The present work seeks to analyze the problematic of the criminal policy of combating crime taking as its object the analysis of the company's culpability as a legal entity. In other words, if within the doctrinal and jurisprudential perspective there is the possibility of attributing to a legal entity acts of its own whose consequence is autonomous to human action and that this action or omission entails a degree of guilt inherent and belonging to the sphere of Criminal Law, analyzing criteria related to the so-called expansion of criminal law, the objective imputation and the application of the penalty itself and its purpose.

Keywords: Criminal Law. Business Criminal Law. Legal Person.