

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DO LARGO DE SÃO FRANCISCO

MARIA FERNANDA DE OLIVEIRA LEMOS

Nº USP 11762828

RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Uma análise da legitimidade dos modelos híbridos tendentes à autorresponsabilidade e do
criminal compliance à luz do ordenamento jurídico brasileiro

Orientador: Professor Associado Luciano Anderson de Souza

São Paulo

2024

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DO LARGO DE SÃO FRANCISCO

MARIA FERNANDA DE OLIVEIRA LEMOS

Nº USP 11762828

RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Uma análise da legitimidade dos modelos híbridos tendentes à autorresponsabilidade e do
criminal compliance à luz do ordenamento jurídico brasileiro

Relatório Final do Trabalho de Conclusão de
Curso (“Tese de Láurea”), apresentado ao
Departamento de Direito Penal, Medicina
Forense e Criminologia da Universidade de São
Paulo, como requisito para obtenção do título de
bacharel em Direito.

São Paulo

2024

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL ECONÔMICO: Da superação de obstáculos da dogmática e política-criminal.....	9
1.1. SOCIEDADE DE RISCO E GLOBALIZAÇÃO: Novos desafios impostos ao direito penal clássico diante do protagonismo empresarial na cena global.....	9
1.1.1. O MODO DE PRODUÇÃO CAPITALISTA.....	9
1.1.2. GLOBALIZAÇÃO E SOCIEDADE DE RISCO.....	12
1.2. NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO PENAL ECONÔMICO FRENTE À DOGMÁTICA PENAL CLÁSSICA.....	15
1.2.1. PRINCÍPIO DA ILICITUDE E TIPICIDADE NOS CRIMES ECONÔMICOS..	17
1.2.2. BEM JURÍDICO E DIREITO PENAL ECONÔMICO.....	18
1.2.3. PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE.....	20
1.2.3.1. DIVISÃO DE TAREFAS E DEPARTAMENTALIZAÇÃO.....	23
1.2.3.2. BREVE EXCURSO CRIMINOLÓGICO.....	26
1.2.3.3. MODELO DE CULPABILIDADE PRÓPRIO ÀS PESSOAS JURÍDICAS.....	28
2. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA.....	29
2.1. MODELOS DE RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA: entre a heterorresponsabilidade e a autorresponsabilidade.....	29
2.1.1. MODELOS DE HETERORRESPONSABILIDADE.....	31
2.1.2. MODELOS DE AUTORRESPONSABILIDADE.....	33
2.1.3. MODELOS HÍBRIDOS DE RESPONSABILIDADE.....	36
2.2. SANÇÃO PENAL EM CONTEXTO DE CRIMES EMPRESARIAIS.....	38
2.2.1. O PODER COMUNICACIONAL DO DIREITO PENAL.....	40
2.2.2. MODALIDADES DE PENA APLICÁVEIS ÀS PESSOAS JURÍDICAS.....	42
2.3. RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA NO BRASIL.....	45
2.3.1. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	45

2.3.2. LEI DE CRIMES AMBIENTAIS (Lei nº 9.605/1998).....	47
2.3.3. A JURISPRUDÊNCIA QUANTO À MATÉRIA PENAL AMBIENTAL.....	48
3. GOVERNANÇA CORPORATIVA E COMPLIANCE.....	52
3.1. ORIGENS E FINALIDADES DO COMPLIANCE.....	53
3.2. PILARES DO COMPLIANCE E SUA ESTRUTURAÇÃO.....	56
3.3. INFLUXOS DO COMPLIANCE NA RESPONSABILIDADE PENAL.....	60
3.3.1 COMPLIANCE OFFICER.....	62
CONCLUSÃO.....	64

AGRADECIMENTOS

*Tem lugares que me lembram
Minha vida, por onde andei
As histórias, os caminhos
O destino que eu mudei*
(Rita Lee)

A elaboração desta Tese de Láurea implicou num constante exercício retrospectivo. Com ela, materializa-se o fim de um ciclo de cinco anos de aprendizados, memórias e amizades. Com ela, deixo meu tracinho na história da velha e sempre nova Academia. Com ela, me transformo de graduanda em uma profissional, dando frescor aos futuros passos que me aguardam. Nada disso seria possível sem os principais personagens do meu livro de memórias, a quem devo toda minha reverência.

Agradeço à minha mãe, CHRISTIANE, pelo amor e dedicação incondicionais. Obrigada por se fazer presente e adicionar docura aos meus dias. No seu abraço e em suas palavras acolhedoras encontrei coragem para acreditar em mim e traçar meu próprio caminho. Obrigada por tanta cumplicidade e por ser meu porto seguro. Sempre haverá muito de você em tudo que eu fizer.

Agradeço ao meu pai, FERNANDO, por me motivar a ser melhor a cada dia. Um privilégio crescer dividindo horas de conversas sobre tudo com você, sempre me ensinando a importância de aprender e a ter foco com meus objetivos. Obrigada pelo investimento na minha formação e por valorizar cada uma das minhas conquistas, sendo meu maior incentivador. Você é minha inspiração.

Agradeço à minha avó, MARIA, por ser meu alicerce de fé, sempre intercedendo por mim. Sua independência e força me inspiram a buscar o melhor de mim. Obrigada por tantas palavras de incentivo, que ecoam na minha cabeça e me fazem acreditar que sou capaz. Obrigada por dedicar sua vida à Educação e permitir que diversas pessoas tivessem a vida transformada pelo aprendizado.

Agradeço a todos os meus familiares e amigos, que fazem a vida ser mais leve e valer a pena ser vivida.

Agradeço ao meu professor orientador, LUCIANO, pelo apoio, incentivo e contribuições oferecidas durante toda a realização desta pesquisa.

RESUMO

O presente trabalho propõe-se a investigar a institucionalização da responsabilidade penal da pessoa jurídica como uma ferramenta valiosa à contenção da criminalidade econômico-empresarial. A especificidade dessa seara delitiva, consideradas as evoluções típicas da globalização e sociedade de risco, conduz à necessidade de aprimoramento quanto à racionalidade político-criminal. Defende-se que, para enfrentá-la, sobretudo tendo em vista sua ampla danosidade social, não cabe a abstenção do direito penal e de seu poder simbólico-comunicacional, nem, por outro lado, a flexibilização da sistemática garantista conquistada no ordenamento jurídico brasileiro. Dentre os modelos de responsabilização dos entes coletivos, foram feitas ponderações em torno dos modelos de heteroresponsabilidade e autorresponsabilidade, concluindo pela maior adequação dos modelos híbridos, tendentes a este sistema. Isso porque, é capaz de expandir a noção de injusto penal para além do mero déficit de organização, considerando a produção do resultado penalmente relevante que dele advém por meio da incorporação de riscos proibidos, atualizados pela ação de pessoas físicas que compõem esse ente. Por fim, elevada a importância da autorregulação regulada como meio de nivelar assimetrias de informação, o *compliance* mostra-se como uma agenda corporativa fundamental, a qual diz respeito à adoção de medidas profiláticas de antecipação, identificação e repressão de atividades ilícitas que possam se desenvolver no bojo da companhia, contribuindo para a formação conforme de sua cultura interna.

Palavras-chave: responsabilidade penal; pessoa jurídica; *compliance*; risco; criminalidade econômico-empresarial

INTRODUÇÃO

A sociedade global de risco introduz importantes atualizações às dinâmicas de poder institucional, estando marcada, sobretudo, pelo protagonismo de empresas multinacionais, cuja organização se dá de maneira descentralizada e altamente complexa. Essas atuam de maneira a impulsionar avanços tecnológicos para favorecer a circulação e acumulação de capital, o que acaba por reduzir limites fronteiriços entre os Estados que, paulatinamente veem diminuída sua capacidade de controle sobre essas corporações agigantadas e direcionadas à autorreprodução de valores.

Nota-se, de pronto, que esses entes corporativos, voltados à maximização dos lucros como fim primordial de suas atividades, tornam-se um centro gerador de riscos e ambiente propício a práticas delituosas. Daí o caráter instrumental e estratégico da criminalidade empresarial, ante a realização de cálculos e deliberações que sopesam a possibilidade de catalisação dos lucros por vias ilícitas, a probabilidade de sancionamento e a gravidade da punição incidente.

O deslocamento do poder econômico dos Estados para as empresas, enquanto traço típico da sociedade pós-industrial e moderna, eleva a gravidade dessa eleição racional do delito empresarial. Isso porque, os entes corporativos passam a deter um vasto arcabouço informacional sobre suas atividades internas, em descompasso com aquilo que é publicamente conhecido e demonstrado às autoridades públicas. Tal assimetria de informação lhes garante melhor posição para avaliar custos e benefícios do cometimento de crimes ao longo do regular exercício de sua atividade, o que demanda estratégias preventivas jurídico-regulatórias aptas a garantir uma colaboração entre essas instituições.

Esse é o ponto de partida do presente trabalho, que visa a demonstrar a insuficiência da dogmática penal clássica para enfrentar os traços peculiares da moderna criminalidade econômico-empresarial. Em paralelo, serão estabelecidas reflexões acerca da demanda por um redesenho político-criminal, voltado a revisitar a temática da responsabilidade penal da pessoa jurídica – tornando-a eficiente e juridicamente legítima –, e à adequação de mecanismos preventivos ao revés sistêmico e estrutural produzido por essa seara delitiva.

Para tanto, serão elucidados os desafios dogmáticos que circundam a superação da máxima iluminista "*Societas delinquere non postest*". A esse respeito, o ordenamento jurídico brasileiro incorporou importante avanço ao reconhecer a responsabilidade penal da pessoa jurídica no âmbito dos crimes ambientais. Tal possibilidade pode ser verificada no art. 225,

§3º, da CRFB/88, bem como pela edição da Lei nº 9.605/98, que penaliza condutas lesivas ao meio ambiente, cometidas por pessoas físicas ou jurídicas.

A interpretação desses dispositivos revela o interesse do legislador pela consolidação de uma política-criminal convergente às tendências internacionais reconhecedoras da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Entretanto, ela ocorre desacompanhada de especificação em torno das teorias do delito e da pena aplicáveis aos entes corporativos.

Como resultado, tem-se que o modelo legislativo vigente no Brasil se caracteriza por sua baixa precisão técnica e incompletude para lidar com esse tipo de imputação penal, resultando na existência de lacunas geradoras de impunidade à delinquência empresarial, que comprometem a segurança jurídica pela ausência de sistematização adequada.

De tal maneira, relevante se faz a análise da responsabilidade penal da empresa sob o viés da culpabilidade, tomando-se por foco a ideia de devida organização. A avaliação do cumprimento de padrões de conduta gerencial deve ser feita de maneira colaborativa entre as entidades privadas e as autoridades estatais, dada a maior capacidade daquelas em conhecer seus processos produtivos. É nesse contexto que o *criminal compliance*, enquanto instrumento e estrutura de governança corporativa, encontra-se central.

Dado que o *compliance* é uma estrutura álatere na sociedade empresarial, é demandado que haja uma adesão operacional de toda a companhia, independente de suas estruturas hierárquicas internas. No entanto, para que esse sistema possa ser eficiente ao seu propósito de prevenção e repressão da criminalidade empresarial, e não mera fachada para a atração de investidores, são necessários incentivos estatais e maior clareza acerca da possibilidade de atenuação da responsabilidade, diante da observância de adequada gestão minimizadora de riscos.

Dessa forma, nota-se que a legitimidade e o fomento a um direcionamento da cultura e organização empresarial adequados demandam grandes investimentos de tempo e recurso pela empresa. Logo, a incorporação de política criminal voltada a esse objetivo deve tornar claras as contrapartidas a esses dispêndios, para que haja uma maior adesão por parte desses entes coletivos.

Conclui-se pela demanda de configuração de um sistema criminal específico e apto a lidar com condutas empresariais lesivas a bens jurídicos coletivos. Não deve o direito penal se abster do tratamento da delinquência econômica, vez que a ele cabe importante função simbólico-comunicativa, por ser o meio jurídico de repressão mais intenso e capaz de garantir maior eficácia na estabilização de expectativas sociais de conduta.

De tal forma, visa-se alinhar o desenvolvimento econômico e social do país a uma política-criminal eficiente à contenção de externalidades negativas produzidas por entes coletivos, estabelecendo-se maior previsibilidade quanto à forma de tratamento dos Tribunais perante essas condutas, a fim de fortalecer a segurança jurídica, conforme a dogmática-teórica que baseia as próprias garantias penais.

1. LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL ECONÔMICO: Da superação de obstáculos da dogmática e política-criminal

1.1. SOCIEDADE DE RISCO E GLOBALIZAÇÃO:: Novos desafios impostos ao direito penal clássico diante do protagonismo empresarial na cena global

O marco inicial para a compreensão da viabilidade de instrumentos do direito penal aplicados ao enfrentamento da criminalidade econômico-empresarial¹ perpassa, inicialmente, pelo exame contextual da conformação socioeconômica contemporânea, a fim de demonstrar como a maior complexidade social reflete no intrincamento das organizações.

Essa nova conjuntura expõe a demanda pelo aprimoramento da operabilidade do sistema criminal, tanto do ponto de vista político-criminal, quanto dogmático-teórico, de forma a torná-lo apto a lidar com condutas altamente lesivas a interesses coletivos e difusos perpetradas por empresas, que assumem o protagonismo em âmbito internacional.

Para tanto, parte-se de dois vetores principais: (i) alterações sistêmicas introduzidas pelo modo de produção capitalista, e (ii) as consequências da globalização, enquanto propulsora da chamada sociedade de risco, típica da pós-modernidade.

1.1.1. O MODO DE PRODUÇÃO CAPITALISTA

Sem pretensão de esgotar a perspectiva histórica que circunda a evolução dos modelos econômicos de produção, faz-se necessário delinear algumas das principais mudanças

¹ Embora haja uma divergência doutrinária em torno da identificação entre Direito Penal Empresarial e o Direito Penal Econômico, o termo "criminalidade econômico-empresarial" será utilizado em seu sentido amplo, entendido como o conjunto de condutas que põem em risco bens jurídicos, essencialmente relacionados à preservação da ordem econômica, dotados de dignidade penal. Será adotada a perspectiva de que a invocação de instrumentos do direito penal é legítima para salvaguardar a sociedade de poderes capazes de influenciar o gozo de garantias e direitos fundamentais coletivos e individuais. Procedendo da mesma maneira: SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal Econômico: fundamentos, limites e alternativas*. São Paulo Quartier Latin, 2012. Acerca do disposto nessa obra, especificamente na página 60, destaca-se: "a tutela do justo equilíbrio da produção, circulação e distribuição de riquezas entre os cidadãos, consubstanciando-se num controle social do mercado conforme o modelo econômico adotado".

decorrentes das formas mais recentes do capitalismo, que têm, paulatinamente, desafiado a tradicional tutela penal.

Esse, que é entendido como sistema preponderante desde o término da Segunda Guerra Mundial, atualiza dinâmicas sociais que passam a estar caracterizadas pelo consumo e pela supervalorização do capital com vistas a sua autorreprodução, resultando no aumento da importância das empresas multinacionais em cenário global.

Uma das características mais relevantes introduzidas por esse modelo consiste na possibilidade teórica de mobilidade social. No lugar de sociedades estanques e hierarquizadas, predominantes em sistemas econômicos anteriores, passa a vigorar uma perspectiva de liberdade e igualdade formal entre as pessoas, que estariam, portanto, aptas a concretizar sua ascensão ou descenso socioeconômico por suas ações individuais.

Com isso, tem-se o fortalecimento da dinâmica da capacidade de consumo, não apenas para o suprimento de demandas pessoais, mas, sobretudo, como forma de expressão de *status* e identidade. As formas de dominação, antes baseadas numa relação pessoal, passam a se tornar cada vez mais sutis², vez que legitimadas pelo próprio direito e baseadas na acumulação financeira e de bens associados a prestígio social.

No entanto, a roupagem jurídica da igualdade formal, que reveste o sujeito de direito e do contrato, é tensionada frente à desigualdade material constante na realidade fática. Frustra-se a expectativa de ascensão econômica por parcela da população, que não consegue atingi-la por padrões lícitos de obtenção de capital³. Como resultado, tem-se o favorecimento da expansão da delinquência patrimonial, enquanto meio de satisfazer um "estilo de vida e uma estratégia existencial consumistas"⁴.

Essa configuração social, típica do momento pós Revolução Industrial, tem como uma de suas principais causas geradoras a modernização das estratégias produtivas voltadas à constante ampliação da circulação de capitais e geração de lucro. Sublinha-se uma notável mudança na relação entre o indivíduo e a riqueza, vez que "o fim primordial do capital deixa de ser a satisfação de necessidades, mas sim a própria 'valorização do capital'"⁵.

² HEINRICH, Michael. *Crítica de la economía política*: una introducción a El Capital de Karl Marx. Madrid: Escolar y Mayo Editores, 2008. p. 33-35.

³ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada*: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. Tese de Livre-Docência apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013. p. 41

⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo*: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 71

⁵ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. 2a. ed. [s.l.] Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020. p. 41

Tal conjuntura revela um sistema que privilegia a autorreprodução de valores e seu reinvestimento nas atividades econômicas geradoras de lucro, numa constante ânsia por novas tecnologias aptas a dar sustentação a essa mecânica. Nessa lógica, ante sua estrutura organizada e atuante no mercado em prol da maximização de lucros, as empresas passam a assumir espaço de relevância, impulsionando o desenvolvimento de avanços técnico-informacionais e, intensificando a relação supracitada entre indivíduo e geração de valor.

Essa sistemática capitalista produz reflexos na operacionalidade do direito, vez que, nas palavras de Salvador Netto⁶:

A lógica de reprodução do capital necessita de ambiente propício, cercado por regras, previsibilidade e garantias patrimoniais e de não ingerência estatal em suas atividades. Esse espaço de liberdade é justamente a pessoa jurídica, ente coletivo que caminha da ficção à realidade para assumir papel de protagonista na vida econômica do mundo contemporâneo. A reprodução do capital, portanto, implica no agigantamento das empresas e corporações multinacionais, globalizadas e capazes de dominar o mercado e subjugar a política.

A partir daí, toda sistemática voltada à acumulação de capital ganha novos contornos, vez que se permite uma maior integração entre as sociedades de diferentes Estados-nação. Essas se organizam em forma de rede, de maneira cada vez mais conectada, diante de um protagonismo de empresas que atingem dimensões extraterritoriais e desenvolvem papel chave na coordenação dessas relações econômicas e sociais em âmbito internacional.

Conforme desenvolvido por Shecaira, as empresas demonstram-se como nódulos essenciais das sociedades modernas, sendo o "*topus* de onde a criminalidade econômica pode advir, ou seja, um verdadeiro centro gerador de imputação penal"⁷.

Isto é, as alterações típicas das sociedades capitalistas adquirem novos contornos diante das organizações corporativas, que pressupõe a agregação de indivíduos em torno de um ideal comum de prosperidade do grupo. Faz-se surgir uma vontade coletiva independente, que insere o lucro como finalidade última dessas atividades coletivas organizadas e gradativamente mais complexas.

O risco encontra-se inherente a esse cenário, vez que diante da circunscrição quase que exclusiva à dinâmica do preço por parte dos entes corporativos, põe-se de lado custos de prevenção de danos a bens jurídicos coletivos dotados de dignidade penal, como o meio ambiente, a ordem econômico-financeira e consumerista.

⁶ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. 2a. ed. [s.l.] Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020. p. 42

⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias de direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 133.

É diante do surgimento desses novos atores da política global, cuja expressividade econômica desloca o regular poder estatal e põe em xeque as próprias regras do sistema capitalista voltadas à livre concorrência, que o direito penal encontra-se desafiado.

Impõe-se, portanto, a necessidade de normatizar soluções voltadas à prevenção de externalidades negativas produzidas pelos espaços de liberdade de atuação das pessoas jurídicas lícitas, mas capazes de comportar condutas criminosas ao longo do exercício de sua atividade. O fim último dessa revisitação dos padrões tradicionais do direito penal volta-se à demonstrar ser "injustificável, à luz da danosidade desses comportamentos, a oferta de tratamento jurídico diferenciado se comparado ao que se submetem as pessoas físicas"⁸.

A esse respeito, põem-se algumas necessárias considerações em torno da imprevisibilidade dos riscos gerados pelas criações sociais modernas em contexto de globalização, as chamadas "instabilidades autoproduzidas"⁹, e as demandas por atualizações dogmáticas que imputam à tutela penal.

1.1.2. GLOBALIZAÇÃO E SOCIEDADE DE RISCO

O delinear dessas novas bases socioeconômicas é fundamental para sustentar a aceitação contemporânea da responsabilidade penal da pessoa jurídica, vez que com o advento da globalização as próprias funções do direito penal demandam ser atualizadas. Introduzem-se novos desafios, ante a ampliação das redes de circulação de bens, serviços e informações em nível global, essencialmente influenciados por condutas coletivas, nas quais as empresas assumem protagonismo por sua capacidade de maximização da acumulação de capital.

O perfil dos entes corporativos da atualidade perpassa, essencialmente, por seu caráter multinacional, vez que sua localização se encontra dispersa e incerta pela própria flexibilidade estrutural típica da organização. De tal forma, essa configuração empresarial demonstra-se capaz de facilmente escapar ao controle estatal e de se aproveitar de regulamentações mais favoráveis aos seus interesses. Nessa toada, o agigantamento das empresas desloca o poder econômico de seus protagonistas naturais, leia-se o Estado aliado aos cidadãos e sua capacidade de gerar desenvolvimento e segurança social, justamente por conta do aprofundamento de sua capacidade organizativa.

Frente à maior liquidez dos padrões de organização do Estado pelo expansionismo empresarial, os entes coletivos com finalidade de lucro adquirem, paulatinamente, capacidade

⁸ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. 2a. ed. [s.l.] Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020. p. 67

⁹ DE GIORGIO, Rafaelle. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Trad. Cristiano Paizão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 192-193

de influenciar não apenas aspectos econômicos, mas também da vida social como um todo, inclusive cooptando o direito para favorecer seus interesses e estabelecer as "regras do jogo" do mercado.

É nesse cenário, em que o corpo social volta-se à busca constante por novas tecnologias e atualizações das forças produtivas em benefício quase exclusivo da maximização de lucros, sem preocupação com a segurança social, que se consolida a chamada “sociedade de risco”, inicialmente proposta por Ulrich Beck.

Em contexto de modernidade reflexiva¹⁰, denota-se que não basta mais focalizar estratégias penais de contenção individual de comportamentos lesivos, vez que a criminalidade econômico-empresarial acarreta profunda danosidade social, ao produzir uma vitimização difusa perante sua investidura eminentemente supraindividual. A compreensão desses perigos sistêmicos, gerados por condutas empresariais, perpassa o diagnóstico inerente ao risco e suas dimensões contemporâneas.

De início, destaca-se sua origem enquanto produto da Revolução Industrial, momento em que as empresas assumem o ápice no cenário econômico, agregando o maior número de consumidores com os mais baixos custos de produtividade¹¹. O desenvolvimento tecnológico, a favor dos interesses empresariais, é dotado de uma racionalidade própria, gerando uma insegurança generalizada dada a falta de previsibilidade de suas consequências, vez que se inserem num amplo espectro de liberdades.

Daí, extraí-se a provação introduzida pelas complexas empresas contemporâneas quanto à adoção de um sistema jurídico que legitime a responsabilidade penal. As relações de causalidade, que sempre foram centrais à imputação penal, passam a ser suprimidas por relações de risco, que escapam ao controle proposto pela dogmática penal clássica. O foco dessa tutela, em viés contemporâneo, deve estar voltada ao balanceamento do amplo espaço de liberdades ocupado pelas empresas, que se organizam livremente em torno da promoção de sua atividade-fim, e a geração de riscos inerentes à redução de custos sociais em prol da maior lucratividade e eficiência produtiva.

Nesse sentido, Heine destaca que “no lugar do controle retrospectivo de condutas individuais, conforme assentado o paradigma clássico, trata-se cada vez mais do controle de

¹⁰ A modernidade reflexiva, segundo Ulrich Beck, refere-se a uma fase da modernidade em que as sociedades se tornam conscientes dos riscos e incertezas gerados pelo próprio progresso, como graves violações ao meio ambiente, desigualdades sociais e intensificação da vulnerabilidade consumerista. Nesse contexto, o grupo social passa a questionar as estruturas tradicionais e a buscar novas formas de organização social, diante da maior complexidade das relações interconectadas.

¹¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco. São Paulo: Ed. RT, 2007

disfunções sociais”¹². Entendendo-se a empresa como centro gerador de riscos, comprehende-se sua característica enquanto núcleo fático de criminalidade, em que o cometimento de delitos pode ser adotado como catalisador de vantagens financeiras.

O exercício societário permeado pela incorporação de práticas criminosas, como atalho ao firmamento empresarial de destaque no cenário de concorrência, relaciona-se à capacidade organizacional da empresa em viabilizar comportamentos anônimos e estandardizados, que garantem a aparência externa de licitude. Esses fenômenos decorrem da despersonalização e institucionalização¹³, frente à diferenciação funcional descentralizada típica das empresas contemporâneas.

Esse *modus operandi* típico das corporações hodiernas remete ao conceito de “proprietários ausentes”, elaborado pelo sociólogo polonês Zygmunt Bauman¹⁴. A complexidade dessas organizações favorece o livre exercício de seus poderes de forma a não assumir responsabilidades individuais, blindando seu alto escalão executivo, valendo-se de estruturas legislativas que não reconhecem a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Como resultado, tem-se a consolidação de uma “irresponsabilidade individual-empresarial organizada”¹⁵, vez que punir apenas a pessoa física, que age em nome da corporação e em seu interesse, é insuficiente e desproporcional, considerando-se que as pessoas jurídicas se imbuem de identificação pessoal própria.

Necessária se faz a consideração de Alamiro Salvador Netto¹⁶, nesta toada:

A responsabilidade penal da pessoa jurídica, nesse âmbito, deriva da percepção e reflexão das empresas como núcleos fáticos da geração de riscos, operadoras concretas dessa segunda natureza, constatação que enseja sua transformação em núcleos também jurídicos (espaço de liberdades perigosas). Com isso, ganham personalidade jurídico-penal e, em consequência, seus padrões de comportamento e gestão podem ser objeto do balizamento por esse ramo do direito, submetendo-se aos crivos de limites entre riscos permitidos e proibidos.

Traçadas essas evoluções sociais enfrentadas pela sociedade moderna, necessário se faz analisar com maior profundidade seus impactos na operabilidade do direito penal

¹² HEINE, Günter. *La responsabilidad penal de las empresas: evolución y consecuencias nacionales*. Trad. Alda Figueroa Navarro y José Hurtado Pozo. In: HURTADO POZO, José; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo; SIMONS VALLEJO, Rafael. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001. p. 51-52

¹³ ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. *Bases para um modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. 3. Ed. Navarra: Aranzandi, 2009. p. 86-88

¹⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: As consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar; 1999.

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La responsabilidad de las personas jurídicas en derecho español*. In: *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013. p. 18.

¹⁶ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. 2a. ed. [s.l.] Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020. p. 54

econômico. Dentre suas principais particularidades a serem analisadas, será dado destaque ao conceito de bem jurídico dotado de dignidade penal, que servirá de motor para a criminalização empresarial, numa sistemática de sopesamento de seus valores e limitação proporcional e necessária.

1.2. NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO PENAL ECONÔMICO FRENTE À DOGMÁTICA PENAL CLÁSSICA

O direito penal clássico tem sua racionalidade centrada a partir de condutas típicas das quais é clara a identificação do agente e das práticas desenvolvidas por ele, ao longo de todo *iter criminis*, até a consumação efetiva do delito com a aferição de um resultado material. Com isso, a temática tradicional da imputação, que entende por crime o fato típico (previsto em lei), antijurídico (sobre o qual recai juízo de valor negativo formatado pelas bases do ordenamento jurídico) e culpável (reprovabilidade da conduta do agente), encontra-se intimamente relacionada à autoria pessoal e individualizada, conjuntamente ao dolo direto de primeiro grau.

A análise de condutas que se amoldam aos crimes convencionalmente dispostos no Código Penal permite extrair essas diretrizes enunciadas. Dentre esses pilares, dos quais irradiam outros tipos penais, tem-se a conduta "matar alguém", tipificada no Código Penal, em seu Art. 121, a qual serve de modelo para a teoria clássica do delito¹⁷.

Nesse caso, cita-se o seguinte exemplo: um indivíduo possui um desafeto e decide executá-lo, pesquisando maneiras para realizar o crime; para tanto, sai de casa e compra uma faca que será usada contra a vítima; em seguida, encontra o terceiro, aproxima-se dele e começa a desferir golpes de faca em sua região peitoral; por fim, tem-se o resultado morte.

Observa-se, com clareza, o preenchimento de todos os elementos do *iter criminis*, desde a cogitação, desenvolvimento de atos preparatórios, executórios, e consumação da infração penal. É evidente, portanto, quem é o agente e a responsabilidade incidente sobre o autor aos moldes do crime de homicídio, sendo direta a destruição do bem jurídico "vida".

Por sua vez, no âmbito do direito penal econômico, a dissecação dos elementos que compõem o crime é mais nebulosa, seguindo-se os padrões da dogmática penal clássica enunciados. Isso se deve ao fato da legislação dessa seara ter se desenvolvido, essencialmente,

¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Teoría del delito y Derecho Penal Económico*. Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim, v. 20, 2012. p. 329.

de maneira pragmática a fim de servir como instrumento para amparar momentos de crise, tendo se sobressaído à reflexão sistemática do tema¹⁸.

A esse respeito, destaca-se a expressão eminentemente imaterial dos crimes econômico-empresariais, que, ao contrário dos delitos da delinquência convencional, não deixam, em regra, evidências físicas e externas que os identifiquem facilmente como infrações penais¹⁹. Conforme Gonzalo Castro Marquina²⁰:

Se aparece oculto um cadáver, o nosso primeiro impulso será pensar que estamos perante uma vítima de homicídio. Pelo contrário, a mera descoberta de uma série de documentos como os que figuram nos "Papéis do Panamá"²¹ não é suficiente para determinar a existência de indícios de crime com um grau de segurança equivalente, embora se levante a suspeita. Provavelmente, na maioria dos casos, bastará para fundar um juízo negativo no plano moral, mas já não no plano legal.

Nesse ínterim, é possível extraír alguns dos desafios desse campo científico, que merecem maior atenção a fim de que o atendimento à sanha punitivista social, voltada à punição eficaz dos crimes econômico-empresariais, não se dê mediante a utilização de instrumentos que desconsiderem o sistema de garantias penais consolidado no ordenamento jurídico brasileiro.

Busca-se compreender que a mera transposição da dogmática penal clássica para lidar com as externalidades negativas produzidas no âmbito do direito penal econômico, sem a incorporação de uma racionalidade própria, leva a distorções acerca da própria função dessa

¹⁸ COSTA, Helena Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. Tese (Livre-Docência em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2013. p. 47.

¹⁹ RODRIGUES, Anabela M. *Direito penal económico - É legítimo? É necessário?*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol 127. ano 25. Ed. RT, jan. 2017. p. 20.

²⁰ CASTRO MARQUINA, G. *La necesidad del derecho penal económico y su legitimidad en el Estado social y democrático de derecho*. Montevideu, Buenos Aires: BdeF-Euros Editores, 2016. p. 26.

²¹ O caso “Panamá Papers”, ocorrido em 2016, compreende um dos maiores escândalos da criminalidade econômico-empresarial da história recente, ante a exposição de um complexo sistema de evasão de divisas e lavagem de dinheiro em escala internacional, envolvendo diversos líderes políticos e figuras públicas renomadas. Na ocasião, foram vazados milhões de arquivos digitais do escritório de advocacia panamenho, Mossack Fonseca, que auxiliava seus clientes a criarem empresas em países cujas leis eram vantajosas do ponto de vista tributário e quanto ao sigilo bancário, típicas de paraísos fiscais. A partir da apuração acerca do conteúdo desses documentos, constatou-se que essas empresas offshore eram utilizadas por pessoas físicas e jurídicas para ocultar bens e driblar a contribuição tributária em seus países de origem. Tal episódio, que escancarou a fragilidade do sistema financeiro internacional e reforçou a demanda por maior transparência nas transações financeiras, exemplifica a complexidade em torno do direito penal econômico, considerando-se suas particularidades atinentes ao bem jurídico imaterial protegido, a vitimização difusa e o alto grau de tecnicidade que fora demandado durante as apurações, a fim de fixar a materialidade dos delitos e sua autoria. À vista disso, fora evocado por CASTRO MARQUINA como um expressivo contraponto à criminalidade convencional, cujas bases fundantes se dão a partir da análise do crime de homicídio. É o que foi apontado em ZULETA, R. *Escândalo Panama Papers: como tudo começou*. Disponível em: <https://exame.com/mundo/mensagem-laconica-abre-caminho-para-escandalo-panama-papers/>. Acesso em: 20 out. 2024.

seara jurídica, revelando sua ligação direta quanto à compreensão da legitimidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

1.2.1. PRINCÍPIO DA ILICITUDE E TIPICIDADE NOS CRIMES ECONÔMICOS

Em instância preliminar, destaca-se a complexidade quanto à análise da própria ilicitude na seara delitiva econômico-empresarial, vez que o antagonismo entre a conduta e a norma penal incriminadora tende a se posicionar numa zona fronteiriça entre o lícito e o ilícito, abrindo-se margem a múltiplas interpretações, dificultando a aplicação uniforme da lei penal. De tal forma sintetiza Albrecht: "A incriminação de comportamentos econômicos no moderno direito penal do perigo levanta menos a pergunta sobre 'quem fez isto', do que sobre se 'o que aconteceu realmente é crime'"²².

A alta complexidade técnica que circunda a atividade empresarial, bem como as constantes inovações que dela advém, justificam a grande densidade regulatória extrapenal, a qual produz como resultado diversas normas penais em branco. O alargamento dessas figuras normativas, que estipulam um conteúdo valorativo global da conduta junto de remissões a outros regulamentos, é fator que também obstaculiza a contenção legítima da criminalidade econômico-empresarial, pois implica num afastamento da legalidade estrita²³.

O fato do direito penal poder viabilizar restrições mais severas aos direitos fundamentais, implica em duas principais consequências: (i) a de que deve atuar como *ultima ratio*, intervindo apenas nos casos em que outros ramos do direito não sejam suficientes a salvaguardar bens jurídicos relevantes; e (ii) no limite do estipulado em lei, havendo espaço interpretativo muito restrito, em respeito ao princípio da legalidade, previsto no art. 5º, inciso II, da CRFB/88.

No entanto, os tipos penais abertos vão na contramão, sobretudo deste segundo tópico, vez que ao utilizar termos e conceitos amplos e vagos, dificultam a aplicação da lei e provocam insegurança jurídica. A incerteza sobre que é ou não punível dá ao aplicador do direito espectro hermenêutico amplamente alargado, abrindo espaço para decisões pautadas na casuística, tornando comuns as divergências jurisprudenciais.

²² ALBRECHT, H.J. *Investigaciones sobre la criminalidad económica en Europa: conceptos y comprobaciones empíricas*. AA VV., Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y la criminología. Madrid: UNED, 2001. p. 260

²³ Nessa toada, relevantes as ponderações introduzidas por Souza e Pinto, nos seguintes dizeres: “ Questões como a dificuldade de imputar responsabilidades nos organogramas empresariais e o apelo popular para que grandes fraudes não se repitam influenciam o legislador a formular tipos penais abertos e normas penais em branco, cujo sentido completo somente será possível se assessorado, ou em alguns casos totalmente preenchido, por outros ramos do Direito (principalmente o administrativo). Vide: SOUZA, Luciano Anderson de; PINTO, Nathália Regina. *Criminal Compliance*. v.4, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 31

O crime de gestão temerária, previsto no art. 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/86, exemplifica a problemática narrada. Por um lado deixa claro o interesse pragmático do legislador em legitimar a proteção da credibilidade do sistema financeiro nacional, considerando-o um bem jurídico caro ao equilíbrio econômico do país. Por outro, a baixa precisão técnica ao se limitar a prever “se a gestão (de instituição financeira) é temerária: Pena - Reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos e multa”, sem a fixação de critérios objetivos sobre quais seriam os riscos permitidos, demonstra clara violação à taxatividade pelo esguio conteúdo do injusto, deixando ampla e indesejável margem para interpretações subjetivas dos aplicadores do direito.

1.2.2. BEM JURÍDICO E DIREITO PENAL ECONÔMICO

Considerando a conceituação de Bianchini sobre os bens jurídicos como: “bens imprescindíveis a uma qualificação existencial do indivíduo em sociedade”²⁴, de pronto, pode-se notar seu papel central enquanto condição legitimante da tutela penal e, ao mesmo tempo, limitadora, garantindo que seja mínima e voltada exclusivamente a sua proteção, vez que essa não seria possível por intermédio de outras áreas do direito²⁵.

No âmbito da criminalidade econômico-empresarial, os bens jurídicos afetados apresentam particularidades, quando em comparação com aqueles tutelados pela dogmática convencional, pois diferentemente destes, que tendem a ser palpáveis, como a vida, o patrimônio e a integridade física, aqueles se caracterizam pela proeminência da imaterialidade.

Considerando que alguns dos principais bens jurídicos dessa seara delitiva são: a ordem econômica, as relações de consumo, a economia popular e os sistemas financeiro, tributário e previdenciário, tem-se como ponto em comum entre eles seu caráter supraindividual e institucional. Ou seja, a vitimização se torna difusa, uma vez que os resultados danosos são sentidos pela sociedade como um todo.

Tal característica se torna ainda mais aprofundada, tomando-se por base o caráter transnacional típico das relações econômico-sociais desempenhadas por grandes empresas que, não raro, possuem atuação descentralizada em diferentes países, aproveitando-se dos diferentes incentivos fornecidos por cada um deles.

²⁴ BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p. 51

²⁵ SILVA, Ivan Luiz da. *O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal*. Brasília: Revista de Informação Legislativa. Ano 50. Número 197. jan./mar. 2013. p. 73

Por conseguinte, essa caracterização do bem jurídico penal econômico revela a dissolução do resultado de lesão, ante a multiplicidade e indeterminação daqueles que sofrem com sua ameaça ou violação direta, o que também resulta no enfraquecimento da relação entre a conduta indesejada e o resultado danoso²⁶.

Esse panorama resta demonstrado, por exemplo, no caso da poluição de rios e afluentes em decorrência da atividade de uma empresa que optou por reduzir custos com o tratamento adequado dos resíduos de sua produção, despejando-os de maneira irregular. A afetação do bem jurídico “meio ambiente” demonstra a plurifensividade da conduta, que não atinge apenas a qualidade de vida de uma pessoa, mas também da fauna e flora como um todo, o sustento econômico daqueles que dependem diretamente delas, a segurança do trabalho dos que entram em contato com esse ambiente contaminado e as condições de higiene de quem habita nas redondezas.

Outro exemplo que evidencia a particularidade do bem jurídico típico do direito penal econômico envolve as crises financeiras, dando-se destaque a crise dos *subprimes*, originada nos Estados Unidos, em 2008, que continua a produzir reflexos na atualidade.

Sem a pretensão de esgotar a temática, fato é que um conjunto de práticas criminosas adotadas pelas instituições financeiras, que ampliaram largamente a concessão de empréstimos, sobretudo para a compra de imóveis, inclusive para aqueles com histórico de crédito considerado ruim ou limitado, resultaram numa inadimplência em massa²⁷. Por consequência, os bancos experimentaram perdas econômicas expressivas, levando à falência de diversos deles, como o Lehman Brothers, Bank of America e Washington Mutual.

Delineava-se, assim, extensa recessão econômica e a instauração de um risco sistêmico²⁸ em decorrência da perda da credibilidade perante o sistema financeiro, levando ao fenômeno das chamadas “corridas bancárias”. Esse caracteriza-se pelo movimento intenso dos depositantes que, receosos de que não poderiam recuperar seus investimentos diante da crise bancária e que seriam arrastados pela insolvência dos bancos, realizam saques em massa,

²⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Teoría del delito y Derecho Penal Económico*. Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim, v. 20, 2012. p. 330.

²⁷ FRANCO, Alberto Silva. *A crise financeira de 2008: quatro anos depois; passim*.

²⁸ A esse respeito, salutar o destaque ao discurso de FERREIRA, L. A., em *As redes complexas e o estudo do risco sistêmico no sistema financeiro* (p. 45), de que “O elevado grau de comprometimento entre as instituições por meio de contratos favorece o aumento do chamado risco sistêmico. A incapacidade de um ou mais bancos honrarem seus compromissos gera uma reação em cadeia, propagando-se como uma avalanche por todo Sistema Financeiro, podendo atingir tanto as instituições insolventes (ou em *default*), quanto às que eram saudáveis antes de sofrerem o impacto de um *choque inicial*. (...) O choque inicial (*initial shock*), pode ser advindo de fraudes (risco operacional), uma má gerência financeira e/ou mudanças abruptas no mercado que podem causar grandes desvalorizações de papéis (risco de mercado). O mecanismo de propagação é potencializado pelo tamanho da exposição financeira e perda de confiança dos agentes (risco de crédito), e a incapacidade do resgate de investimentos feito em ativos pouco líquidos (risco de liquidez).”.

sacrificando a subsistência da instituição financeira que se vê incapaz de cumprir com tantos pagamentos simultâneos.

Para a recuperação do mercado, a mobilização de políticas estatais e a injeção de recursos públicos nesse setor privado foi essencial. Nas palavras de Leandro Sarcedo²⁹:

O Estado-Nação – tão vilipendiado pela visão neoliberal do capitalismo, na qual estava fadado à completa inércia para não atrapalhar o pretenso e ilimitado sucesso que seria alcançado pela livre circulação de capitais – passou a ser a redenção para os problemas criados pelo livre mercado, aos quais seus próprios operadores e defensores não tinham qualquer resposta ou capacidade de enfrentamento. Para salvar os chamados mercados da enrascada em que se meteram em razão da sandice que representam os ganhos exorbitantes, os Estados-Nações acabaram intervindo no tenebroso quadro criado e, numa lógica também inversa, socializando esses prejuízos.

De tal maneira, a crise de 2008 revela a importância fundamental quanto à proteção da ordem econômica, vez que sua violação acarreta impactos intensos sentidos por toda a sociedade, inclusive pela demanda de ações públicas para sua contenção, implicando no partilhamento de prejuízos causados pelas ações criminosas cometidas no âmbito privado.

Tanto a situação de crise ambiental, quanto a econômico-financeira narradas evidenciam a relevância dos bens jurídicos coletivos, intrinsecamente vinculados a diferentes direitos fundamentais, cuja ameaça ou efetiva destruição merecem atenção detida, inclusive pela reprimenda mais energética no âmbito jurídico-penal.

Todavia, o exame dessas situações e daquelas que são análogas a elas, introduz a problemática da aplicação do princípio da culpabilidade. Preconizado pela dogmática penal clássica como dado elementar para a individualização judicial da pena, enquanto direito fundamental previsto no inciso XLVI, do art. 5º da CRFB/88, no âmbito da criminalidade econômico-empresarial, apresenta-se um descompasso, ante a dificuldade de delimitar o sujeito ativo das condutas perpetradas no âmbito da pessoa jurídica.

1.2.3. PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

A análise dos desafios inerentes ao princípio da culpabilidade, no âmbito da criminalidade econômico-empresarial, é a espinha dorsal do dissenso em torno da consagração da legitimidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Acerca deste, nas palavras de Salvador Netto: “o problema já começa na própria estrutura e construção dos

²⁹ SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*. 2015. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 30.

conceitos em direito penal, historicamente atrelados a toda uma perspectiva subjetiva, senão moral, exclusiva e inerente aos seres humanos”³⁰.

A culpa, enquanto parte estrutural do crime, pressupõe um juízo de censurabilidade acerca da conduta empenhada pelo autor, que poderia e deveria ter agido de maneira diversa do injusto por ele praticado. De tal maneira, a dogmática clássica do direito penal interpreta esse elemento como ato pessoal de espontaneidade, individualizando o agente que age em desconformidade com o ordenamento jurídico, ante a eleição psíquica pelo ilícito.

Nessa toada, preconiza Luiz Luisi³¹:

O juízo de culpabilidade tem por base, à luz de uma concepção normativa pura, e mesmo na concepção psicológica normativa além da imputabilidade do agente, o ter podido o agente agir diversamente e o ter ou poder ter tido consciência do ilícito. Destarte o juízo de reprovabilidade tem como componentes que o agente seja imputável, e no concreto da conduta delituosa tenha podido agir em consonância com a lei, e tenha tido ou podido ter consciência da ilicitude.

Tradicionalmente, essa concepção encontra-se relacionada à máxima iluminista *Societas delinquere non potest*, aforismo típico da dogmática clássica que considera ser inviável a responsabilização penal das pessoas jurídicas pelo simples fato de serem uma ficção jurídica, entes virtuais destituídos de consciência e vontade, não sendo portanto, conforme Pieth e Ivory: “detentoras de faculdades morais que lhes façam capazes de assumir a posição de destinatárias do sistema criminal”³².

Tal perspectiva filia-se à teoria da ficção da personalidade jurídica, elaborada por Savigny³³, a qual nega a existência real da pessoa jurídica, considerando que o ser humano é o único capaz de se colocar como sujeito de relações jurídicas. Com isso, entende-se que a empresa afluui patrimônio, mas é desprovida de vontade própria, isentando-a de sanções penais por ser incapaz de preencher o elemento fundamental “culpa”. Ressalta-se que, sob essa perspectiva, necessariamente o crime empresarial tem de estar reputado a obra de uma pessoa que integra à organização, pois esta tem mero caráter instrumental.

³⁰ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. 2a. ed. [s.l.] Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020. p. 24

³¹ LUISI, Luiz. Notas sobre a Responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: DOTTI, René Ariel; PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva – 3ª ed. rev., atual. e ampl.* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 40-41

³² PIETH, Mark; IVORY, Radha. Emergence and convergence: corporate criminal liability principles in overview. In: PIETH, Mark; IVORY, Radha (ed.). *Corporate criminal liability: emergence, convergence, and risk*. New York: Springer, 2011. p. 4.

³³ Em sua obra *Traité de droit romain*. Trad. de M. C. Guenoux. Paris:Firmin Didot Frères, 1855. p. 306, SAVIGNY sustenta sobre as pessoas jurídica: “La réalité de son existence se fonde sur les déterminations d'un certain nombre de représentants que, en vertu d'une fiction , sont considérées comme ses déterminations propres. Une semblable représentation , qui exclut la volonté proprement dite, peut avoir ses effets au droit civil, jamais au droit criminel”.

Aqui é posto o primeiro embaraço teórico, pois seguindo-se essa lógica de que a culpabilidade só se constitui de maneira estritamente pessoal, sequer seria possível cogitar a contenção às externalidades negativas cometidas no âmbito empresarial por meio da responsabilização penal de entes diversos da pessoa física.

Por outro lado, há aqueles que compreendem que as pessoas jurídicas são organismos sociais à semelhança das pessoas naturais, sendo capazes inclusive de manifestar vontade própria. Dentre os principais expoentes dessa corrente, tem-se o teórico alemão Otto Gierke³⁴, defensor da teoria da personalidade real, de que as corporações existem por si só, a partir da associação entre grupos, numa sistemática organicista, cabendo ao Estado a função de apenas reconhecer e respeitar sua existência.

Num ponto intermediário, Javier Cigüela Sola³⁵ defende que as pessoas jurídicas seriam uma espécie de meta-sujeito, situando-se entre a figura do humano e do objeto o qual se constitui por múltiplos outros indivíduos, processos normativos, tecnológicos e comunicativos. A agregação entre os membros para a constituição da entidade demandaria, portanto, um conjunto de interações comunicativas, fixação de dinâmicas e hábitos culturais refletores de seus objetivos sociais. De tal forma defende-se a capacidade das pessoas jurídicas em interagir e viabilizar projetos que excedem as capacidades individuais.

Também adepto da concepção de que a pessoa jurídica implica na comunhão de diálogos de vontade e opiniões individuais de seus membros, Felipe Deodato frisa que “Como entes, não são tomados em suas individualidades, razão pela qual os comportamentos devem então ser atribuídos ao próprio organismo coletivo”³⁶. Esse posicionamento ratifica a concepção de que os membros de uma entidade coletiva deliberam de maneira vinculada ao grupo, sendo verdadeiros representantes dela, que é capaz de, por si só, formular narrativas jurídicas, e de se comunicar socialmente como um ser vivente.

As diferentes reflexões sobre o *ethos* da pessoa jurídica enunciam os desafios quanto à fixação dos parâmetros de culpabilidade no âmbito da criminalidade econômico-empresarial. Ademais, embora existentes posições contrapostas, “o debate entre as teorias da ficção e da realidade já se encontra superado, porquanto se reconhece à unanimidade que as pessoas jurídicas são sujeitos de direito (inclusive de *status* constitucional), tendo sua vida

³⁴ HARRIS, Ron. *The Transplantation of the Legal Discourse on Corporate Personality Theories: From German Codification to British Political Pluralism and American Big Business*. Washington: Washington and Lee University School of Law. SSRN Electronic Journal, v. 63, n. 4, 2007. *passim*

³⁵ CIGÜELA SOLA, Javier. *Collective organizations as meta-subjects: from collective guilt to structural responsibility paradigm*. Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, Giessen, n. 4, p.242-247, 2016

³⁶ DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros. *Direito penal econômico: a pessoa coletiva como agente de crimes e sujeito de penas*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 197

inteiramente disciplinada pelo ordenamento jurídico.”, nos termos de Juliana Câmara³⁷. De tal maneira, cabível, portanto, o reconhecimento recíproco de sua capacidade em assumir deveres, sobretudo quanto à prevenção de práticas criminosas em seu ínterim e benefício, tornando-as passíveis de sanção quando deixam de cumprir com tais finalidades.

Assim, faz-se relevante a abordagem de outros pontos de inflexão em torno do tema, especialmente no que diz respeito à divisão de tarefas e departamentalização das atividades no âmbito das grandes corporações. Busca-se, com isso, identificar maneiras de compatibilizar a variável plástica da culpabilidade, erigida sob uma base individualista, com a atual realidade das grandes corporações, marcadas pela atuação pulverizada.

Isto é, o centro da reflexão deve se posicionar acerca da relevância da institucionalização de instrumentos penais, aptos a reduzir os vazios de punibilidade em torno da criminalidade econômico-empresarial, sem que isso implique na relegação das garantias penais, ante, por exemplo, a aceitação de uma espécie de responsabilidade objetiva dos dirigentes, pelo simples fato de ocuparem cargos de gerência dentro da corporação.

1.2.3.1. DIVISÃO DE TAREFAS E DEPARTAMENTALIZAÇÃO

A complexidade do perfil empresarial contemporâneo perpassa, essencialmente, pelo aprofundamento quanto aos modelos organizacionais de divisão de tarefas, representado pelos múltiplos níveis hierárquicos e departamentalização dos segmentos corporativos. Esse cenário compõe um novo paradigma frente àquele pensado durante as fases iniciais do capitalismo, vez que, nas palavras de Leandro Sarcedo³⁸, em retomada às elucidações de Zygmunt Bauman³⁹: “para os investidores da era da globalização, ‘os únicos limites que se poderiam fazer sentir e respeitar seriam aqueles impostos administrativamente sobre o livre movimento do capital e do dinheiro’, os quais foram sendo paulatina e deliberadamente desmobilizados”.

Tal contexto explana a formatação da criminalidade econômico-empresarial marcada pela clivagem entre as atividades operacionais da companhia, a disposição de informações relevantes e o poder decisório, obstaculizando o mero transplante da concepção originária em

³⁷ De maneira a ratificar o posicionamento exarado por Câmara, destacam-se as previsões quanto à teoria da realidade técnica, contida no Art. 45 do Código Civil, e da admissibilidade de direitos quanto à personalidade do ente coletivo, conforme Art. 52 do citado dispositivo legal, as quais revelam a aceitação do ordenamento jurídico nacional de que as pessoas jurídicas podem ser caracterizadas como sujeitos autônomos dignos de proteção jurídica. CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. Responsabilidade Penal da Empresa sob o Prisma da Culpabilidade. In: *Inovações No Direito Penal Econômico: Prevenção e Repressão da Criminalidade Empresarial*. ESPMU (Escola Superior do Ministério Público da União), 2018. p. 72

³⁸ SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*. 2015. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 51

³⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: As consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar; 1999. p. 18

torno da culpabilidade, dado que no direito penal clássico esses múltiplos departamentos eram tipicamente enfeixados num único indivíduo⁴⁰.

Em conformidade com a perspectiva teórica de Deodato, sobre o *ethos* da personalidade jurídica, verifica-se na cena global que os conglomerados empresariais, profundamente especializados, participam ativamente da vida coletiva por meio de seus processos comunicativos e decisórios. Constatase que a pessoa jurídica não figura como mera ficção, tendo caráter de realidade que projeta sua atuação perante a sociedade, gerando riqueza e externalidades sociais, inclusive propiciando a existência de crimes.

É sobre esse aspecto que se funda a insegurança social frente a falta de respostas do direito penal para coibir condutas claramente anti-sociais e lesivas a bens jurídicos coletivos perpetradas no seio das grandes empresas. O tamanho da estrutura empresarial e sua configuração por múltiplas cadeias de ordens especializadas dificulta a possibilidade de aferição do elemento culpa em sua acepção tradicional, no âmbito da pessoa jurídica.

Necessário observar-se, inclusive, a diluição da responsabilidade individual, na esfera corporativa, dado que é praticamente impossível destacar a conduta penalmente relevante de uma única pessoa natural, revelando a insuficiência dos tradicionais modelos de imputação às pessoas físicas. A esse respeito, destaca-se a síntese de Câmara⁴¹:

(...) a responsabilidade penal exclusivamente individual típica do Direito Penal nuclear acaba consagrando vazios de punibilidade que criam uma espécie de irresponsabilidade organizada, mormente porque os empregados são facilmente intercambiáveis, não afetando o desenvolvimento de eventual atividade criminógena no âmbito de uma pessoa jurídica. É dizer: a condenação de um preposto não necessariamente atinge o ponto nevrálgico do problema que habita o funcionamento em si da empresa.

A figura da irresponsabilidade organizada enunciada, entrelaça-se à dissociação entre a ação e a responsabilidade, demandando-se uma análise de toda cadeia decisória típica da companhia, para a atribuição proporcional de responsabilidade aos envolvidos. A esse respeito, enuncia Silva Sanchez: “Na estrutura hierárquica o executor directo, normalmente é um subordinado de último nível, que se encontra, muitas vezes, em situação de erro ou coação ou, em todo caso, em um estado de falta de autonomia decisória”⁴².

⁴⁰ CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. Responsabilidade Penal da Empresa sob o Prisma da Culpabilidade. In: *Inovações No Direito Penal Econômico: Prevenção e Repressão da Criminalidade Empresarial*. ESPMU (Escola Superior do Ministério Público da União), 2018. p. 69

⁴¹ CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. Responsabilidade Penal da Empresa sob o Prisma da Culpabilidade. In: *Inovações No Direito Penal Econômico: Prevenção e Repressão da Criminalidade Empresarial*. ESPMU (Escola Superior do Ministério Público da União), 2018. p. 69

⁴² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Teoría del delito y Derecho Penal Económico*. Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim, v. 20, 2012. p. 328. Destaca-se o trecho original do autor: “(a) La disociación entre ‘acción y responsabilidad’. En la estructura jerárquica el ejecutor directo es normalmente un subordinado de ultimo nivel, que se encuentra muchas veces en situación de error o coacción o, en todo caso,, en un estado de falta de

A fim de ilustrar esse panorama, cita-se o seguinte exemplo⁴³: um funcionário de uma grande empresa, atuante no ramo da construção civil, dirige-se à prefeitura da cidade onde seria construído um empreendimento e entrega cem mil reais ao auditor para que ele produzisse um parecer positivo à regularização do respectivo alvará de habitação; considerando-se que o ato de corrupção implicou no uso de recursos do ente e que, numa análise da cadeia de ação, esse funcionário não possuía poderes decisórios, demanda-se compreender de quem partiu a autorização para a aplicação de verbas em fins ilícitos.

Esse caso sintetiza a problemática em torno da hipossuficiência dos instrumentos do direito penal clássico frente à criminalidade econômico-empresarial. A punição exclusiva do funcionário, que consuma a entrega de propina, demonstra-se insuficiente à reprimenda da conduta. Em primeiro lugar, pelo fato dele ser facilmente intercambiável, perpetuando-se os delitos no bojo da companhia, mediante a atuação de novos membros alocados para o cometimento de ilícitos, que fazem parte da agenda de maximização dos lucros da companhia. Em segundo, parece desproporcional a atribuição de culpa a esse indivíduo, considerando a posição basilar que ele ocupa na cadeia hierárquica da corporação, que o obriga a cumprir ordens superiores para manter sua posição laboral, limitando sua capacidade de sopesar os possíveis injustos cometidos por suas ações finais⁴⁴.

Sobre este aspecto, destaca-se a seguinte consideração de Silveira e Medeiros, em retomada às elucidações de Hannah Arendt sobre “banalidade do mal”⁴⁵, de que os crimes corporativos: “são cometidos ‘como se fosse algo comum’, pois esses são resultado de decisões tomadas para alcançar os objetivos normativos, procedimentos operacionais padrões e normas culturais da organização.”⁴⁶.

autonomía decisoria. La pretensión de atribuir responsabilidad a sujetos situados en la cúpula obliga a construir nuevas categorías.”

⁴³ Exemplo destacado por Marina Coelho Araújo em sua palestra sobre *Abordagem inicial aos problemas de imputação: divisão de tarefas, departamentalização e seus reflexos na criminalidade da empresa*, como parte do curso Responsabilidade Penal de Dirigentes de Empresas, ministrada virtualmente e de maneira assíncrona, por meio da plataforma do IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais), em maio de 2024.

⁴⁴ O professor José Miguel Zugaldía Espinar aprofunda essa linha argumentativa de que o atual sistema criminal bloqueia a responsabilização das pessoas físicas e afeta de maneira mais intensa e disfuncional os trabalhadores mais vulneráveis da cadeia corporativa, ressaltando a qualificação daqueles que executam materialmente o delito como: “pessoas que ocupam postos inferiores da cadeia de produção da empresa (‘garotos de recado’). Vide; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, los entes sin personalidad y de sus directivos: análisis de los arts. 31 bis y 29 del Código Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013. p. 42

⁴⁵ ARENDT, H. *Eichmann em Jerusalém*: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, *passim*.

⁴⁶ SILVEIRA, Rafael Alcadipani da; MEDEIROS, Cintia Rodrigues Oliveira. *Viver e morrer pelo trabalho: uma análise da banalidade do mal nos crimes corporativos*. Escola de Administração da Universidade Federal da Bahia - Organizações & Sociedade, v. 21, n. 69, p. 224.

Isto é, a decisão final pela adesão ao fato típico potencialmente se formatou a partir de uma cultura empresarial de tolerância a condutas criminosas, como meio de ampliação dos lucros e, não necessariamente, por ato do superior hierárquico imediato do funcionário que entrega a quantia ao funcionário público, de maneira corrupta. Nota-se que se está diante de um contexto de atuações profissionais massivas e burocratizadas, que leva ao esmaecimento da autoria individual, que passa a ser substituída por uma criminalidade de grupo.

Por fim, cumpre ressaltar que presumir, indistintamente, que o presidente da companhia, enquanto topo da cadeia corporativa, de alguma forma participou da prática ilícita, seja por sua omissão no controle, seja pela adesão ao crime de fato, institucionaliza uma espécie de sistema penal paralelo, reconhecedor de uma responsabilidade penal objetiva.

Ou seja, ainda que o ordenamento jurídico brasileiro restrinja a responsabilização penal aos fatos cometidos com dolo ou culpa, a falta de sistematização da responsabilidade penal da pessoa jurídica pode levar a irregularidades quanto à sanção de gestores. Uma vez que feita sem análise profunda das instâncias decisórias dentro da estrutura do risco, a fim de satisfazer o anseio social pela contenção desse tipo de criminalidade, pode-se levar a conclusão equivocada de que o administrador final deve arcar penalmente com os crimes corporativos, em qualquer circunstância, mesmo que ele não estivesse a par do cotidiano da empresa por concentrar sua atuação num departamento administrativo e distante deste.

1.2.3.2. BREVE EXCURSO CRIMINOLÓGICO

O panorama narrado encontra fundamentação argumentativa na chamada “teoria da associação diferencial”, elaborada por Edwin Sutherland⁴⁷. Seguindo-se a perspectiva defendida pelo teórico estadunidense, dado que o ambiente empresarial é altamente competitivo e desregulamentado, os funcionários são levados a um aprendizado diferencial, de que, para se chegar a determinadas metas estipuladas pela empresa e obter sucesso no mundo corporativo, são aceitáveis práticas que burlam o sistema, pois apenas dessa maneira seria possível auferir vantagens competitivas⁴⁸.

⁴⁷ SUTHERLAND , Edwin H. CRESSEY, Donald R. *Principles of criminology*. 11th ed. New York: General Hall, 1992, p. 87 e ss.

⁴⁸ A esse respeito, Leandro Sarcedo discorre: “De fato, em seus estudos desenvolvidos entre 1930 e 1950, Edwin Sutherland revolucionou os paradigmas criminológicos existentes até então, ao cunhar o termo *white collar crime* (crime do colarinho branco), presente na sua fundamental obra de mesmo nome, na qual defende, principalmente, que o comportamento criminoso não é hereditário, como predominante se acreditava à época, mas sim aprendido, dentro de um processo comunicacional que se desenrola nos círculos de relacionamento mais próximos do indivíduo, revelando-se quando as definições favoráveis ao cometimento do delito (violação da norma) suplantam as definições desfavoráveis.”. Vide: SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação*, baseado na culpabilidade corporativa. 2015. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p.

Tais colocações, situadas entre as décadas de 1930 e 1940, permanecem válidas até a atualidade, com meras atualizações quanto ao meio de perpetração. A esse respeito, sublinha Charles Ferguson⁴⁹ que a criminalização do setor financeiro tolera e até estimula fraudes sistemáticas. Dentre os exemplos elencados pelo autor, que ilustram esse panorama, destaca-se, desde os anos 1980, a recorrência de condutas antissociais, como: (i) dissimular operações financeiras que deram suporte a atividades terroristas, à expansão de armamentos nucleares e à sonegação fiscal, como prática institucionalizada; (ii) dissimulação de proventos para manipulação do mercado; e (iii) cometimento de fraudes fiscais que culminaram na bolha financeira de 2008.

Paralelo a essa concepção, tem-se as denominadas “técnicas de neutralização”, discutidas por Ortiz de Urbina Gimeno⁵⁰. Essas seriam formatadas a partir do discurso racionalizador incrustado em grandes corporações acerca de quatro argumentos: (i) o cumprimento das normas jurídicas implica na inviabilidade da sobrevivência empresarial, sobretudo no que se refere ao pagamento de tributos; (ii) a prática de atos corruptos é comum a grande maioria dos principais agentes de mercado, de forma que miná-las do cotidiano corporativo poderia representar perda de espaço concorrencial; (iii) ideários pragmáticos do mal menor, defendendo-se, por exemplo, que seria melhor não perder postos de trabalho do que cumprir rigorosamente as regras trabalhistas; e (iv) a ausência de legitimidade dos entes estatais, ante uma conjuntura de escândalos atinentes à Administração Pública, atua como incentivo a práticas irregulares, dado que se forem sopesados os riscos de ser incriminado com os custos para a adequação legal, estes se sobressaem de maneira expressiva.

Feitas essas elucidações, demonstra-se evidente a existência de discursos bloqueadores dos efeitos motivadores das normas ética, sociais e jurídicas, compondo uma sistemática que afasta a responsabilização individual no âmbito da criminalidade econômico-empresarial. Passa a vigorar, nesse sentido, a despersonalização e institucionalização de condutas desconformes, que se blindam dos efeitos da tutela penal pela ausência de sistematização dogmática acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica, no ordenamento normativo brasileiro. Para lidar com essa lacuna sancionatória, necessário se faz revisitar releituras sobre a própria noção de culpabilidade, buscando-se conceituá-la de maneira correlata ou funcionalista, tendo as pessoas jurídicas como sujeitos ativos.

84.

⁴⁹ FERGUSON, Charles H. O sequestro da América: como as corporações financeiras corromperam os Estados Unidos. Trad. de Alexandre Martins. Revisão técnica de Eduardo Sá. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 174-175.

⁵⁰ ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. Sanciones penales contra empresas en España. In KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (Ed). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madri: Marcial Pons, 2013. p. 270

1.2.3.3. MODELO DE CULPABILIDADE PRÓPRIO ÀS PESSOAS JURÍDICAS

Em instância preliminar, destaca-se a inserção desse elemento numa categoria essencialmente normativa, através do conceito finalista de ação formulado por Hans Welzel⁵¹, o qual, em apertada síntese, distancia a culpa de sua modalidade psíquica e pessoal, interpretando-a como juízo de reprovação que recai sobre o autor, que não omite a ação antijurídica, quando poderia fazê-lo.

A partir de então, Claus Roxin⁵², aprofundando essa atualização do conceito de culpa, introduz aportes teóricos voltados a sedimentá-lo como basilar ao atendimento das finalidades preventivas do sistema criminal. Sua análise resulta na compreensão de que, para além de um elemento do crime, a culpa seria um fundamento da pena, vez que sua análise casuística estabelece o limite da reprimenda criminal e possíveis fatores de atenuação, sendo, portanto, parte do supraconceito de responsabilidade⁵³.

O desenvolvimento de tais correntes discursivas começa a lançar bases para a legitimação da responsabilidade penal da pessoa jurídica, dando-se destaque àquela formulada por Günter Jakobs⁵⁴, qualificada como funcional. Sob essa perspectiva, defende-se que as pessoas têm o dever de se manterem fiéis ao direito, preservando a estrutura normativa da sociedade. Nota-se o início da formatação de um modelo de culpabilidade que se adequa à realidade corporativa, vez que às entidades coletivas, reconhecidamente sujeitos de direito, também caberia o dever de garantir uma cultura de cumprimento ou fidelidade ao direito, contendo suas externalidades que abalam a harmonia social.

O desdobramento de tais conceituações ganha ainda mais destaque com as colaborações de Tiedemann⁵⁵, que preenche o conteúdo da culpabilidade, em âmbito da criminalidade econômico-empresarial, pelo chamado “defeito de organização”. Ou seja, a ideia de culpabilidade das pessoas jurídicas se fundamenta numa falta de organização como legitimação da responsabilidade do agrupamento. Extrai-se desse posicionamento que a complexidade das relações desenvolvidas no bojo da empresa exige que ela adote modelos organizativos capazes de prevenir condutas típicas, de modo que se dispensá-los, atua de

⁵¹ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Ed. RT, 2001. *passim*

⁵² ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981. p. 149 e ss.

⁵³ SALVADOR NETTO, Almiro Velludo. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. 2a. ed. [s.l.] Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020. p. 193.

⁵⁴ JAKOBS, Günther. La responsabilidad de los foráneos. Trad. Jorge Fernando Perdomo Torres. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJÓ SANCHEZ, Bernardo (ed.). *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad: seminario con Günther Jakobs y la UAM*. Madrid: Aranzadi, 2008. p. 139-143.

⁵⁵ TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 3, n. 11, julho/setembro 1995, pp. 30-31

maneira a não impedir o cometimento de delitos em sua estrutura, revelando-se o preenchimento do elemento culpa.

Nessa toada, destaca Leandro Sarcedo⁵⁶:

(...) a culpabilidade do ente coletivo empresarial representa mais do que a cumulação das culpabilidades das pessoas naturais que o compõem. Nada impede, dessa forma, que as pessoas jurídicas passem a ser destinatárias normas de conteúdo ético, cujas obrigações correspondentes são principal e eminentemente suas enquanto real agrupamento humano de vontades, o que, por óbvio, não exclui a responsabilidade das pessoas naturais que a integram. Assim, é possível implementar, por via legislativa própria, tal conceito de culpabilidade coletiva (ou de agrupamento ou corporativa), ao lado da culpabilidade individual tradicional. Sob nenhum aspecto, são elas incompatíveis.

Feitas essas considerações, demonstra-se possível concluir que o estabelecimento de uma política criminal voltada a consagração da responsabilidade penal da pessoa jurídica, no Brasil, não implica em relegar a dogmática tradicional, mas em revisitá-la com vistas a torná-la funcional às mudanças contemporâneas no perfil da criminalidade econômico-empresarial. De tal forma, demonstra-se caminho adequado à contenção dessa seara por meio desse instrumento, tendo-se em vista, sobretudo, a insuficiência e desproporcionalidade da reprimenda penal e individual de práticas típicas cometidas no âmbito corporativo, e da juridicidade em torno do conceito de defeito de organização.

Traçadas as perspectivas legitimadoras do direito penal econômico e os novos paradigmas que ele introduz à tradicional dogmática penal, necessário se faz compreender os contornos do sistema punitivo voltado à amparar a criminalidade econômico-empresarial e os modelos de responsabilidade penal da pessoa jurídica, a fim de identificar sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

2. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

2.1. MODELOS DE RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA: entre a heterorresponsabilidade e a autorresponsabilidade

A sistematização do controle social formal da atividade corporativa, considerando-se as peculiaridades desse setor, tem como ponto central o reconhecimento da

⁵⁶ SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*. 2015. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 133.

responsabilidade penal da pessoa jurídica como instrumento fundamental e hábil a tutelar a lesão ou perigo aos bens jurídicos supraindividuais, afetados no deslinde de atividades desempenhadas por entes coletivos, em paralelo à contenção tradicionalmente exercida pela incriminação individual. Para tanto, a sedimentação teórica das possíveis matizes desse tipo de responsabilidade é basilar para a superação da precariedade quanto à operacionalização legislativa desse modelo de imputação no país.

As principais modalidades de responsabilidade penal da pessoa jurídica, leia-se: modelos de heteroresponsabilidade e autorresponsabilidade, ainda que partindo de vertentes teóricas distintas, tem por objetivo comum a colocação em prática da função preventiva da pena, visando, portanto, a prevenção dos riscos empresariais e a tutela dos interesses sociais coletivos. Sob um enfoque científico e jurídico, ambos sistemas compreendem as pessoas jurídicas como responsáveis por suas próprias atividades, propondo uma releitura em torno da causalidade, enquanto balizadora da imputação penal, dando maior atenção aos riscos produzidos pelas companhias complexas e agigantadas, numa sugestão de superação ao axioma *Societas delinquere non potest*.

A esse respeito, considera-se que, no bojo corporativo, ante as divisões de trabalho e departamentalização das atividades produtivas, seria desproporcional e ineficiente a punição do membro individualmente considerado, vez que sua ação desconforme não pode ser descolada do contexto coletivo que se insere. Entende-se cabível a contenção dos comportamentos anti-sociais, sobre os quais não se é responsável individualmente, dado que são conduzidos por uma força externa compreendida pela formatação daquela governança corporativa. Nessa toada, mantém-se atual a consideração de Afonso Arinos de Mello Franco de que: “Punir um indivíduo, que agiu influenciado por um desejo alheio ao seu interesse particular, castigar no erro o instrumento do mandante, procurar conter, com repressão exercida sobre um movimento a atividade da força que determinou esse movimento, é que nos parece uma concepção extremamente primária”⁵⁷.

Feitas essas considerações iniciais, demonstra-se necessário ampliar o arcabouço teórico sobre os modelos de responsabilidade enunciados a fim de que se perceba a congruência teórica com ordenamento jurídico brasileiro, viabilizando maior uniformidade quanto ao tratamento da questão pelos operadores do direito, em prol da segurança jurídica.

⁵⁷ FRANCO, Affonso Arinos de Mello. *Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas*. Rio de Janeiro: Graphica Ypiranga, 1930. p. 54-55.

2.1.1. MODELOS DE HETERORRESPONSABILIDADE

Também conhecido como modelo de responsabilidade vicariante, por atribuição, empréstimo ou ricochete, o sistema da hererorresponsabilidade comprehende que os elementos subjetivos, dolo e culpa, só podem ser preenchidos por pessoas físicas, de forma que a responsabilização da pessoa jurídica se dá pela mera transferência destes, de modo que não se diferenciam as responsabilidades atribuíveis às pessoas naturais e jurídicas.

Observa-se a consagração do chamado princípio da identidade, refletido na perspectiva de Jean Pradel⁵⁸, de que a pessoa jurídica toma emprestado o corpo da pessoa natural, e por meio dele assume todos os seus elementos físicos e psicológicos. De tal maneira, considera-se que o agir coletivo condiciona-se ao individual, ao ponto que se uma pessoa física cometer uma infração penal, em prol da empresa da qual faz parte, a pessoa jurídica deveria ser responsabilizada.

A partir de então, para que se conforme o autor original da infração penal, além de ser uma pessoa física, esta deve estar imbuída de poderes corporativos decisórios, ocupando cargos de gerência, administração ou representação legal e agir no limite de suas atribuições ou em atividades correlatas aos objetivos empresariais, de maneira a buscar favorecê-los por meio da conduta ilícita⁵⁹.

O ordenamento jurídico francês encontra-se filiado a essa corrente teórica, sendo predominante a chamada “teoria do órgão”, a qual preconiza que são os membros de órgãos diretivos quem definem os objetivos empresariais e suas vertentes decisórias, devendo-se analisar a presença de dolo ou culpa pelo exame das ações dessas pessoas físicas em contexto empresarial⁶⁰.

Tal sistemática também pode ser observada em países ligados ao *common law*, a exemplo da “teoria da identificação”, observável no sistema britânico. Essa consiste na observação de que a pessoa jurídica pode ser penalmente responsabilizada, caso as pessoas físicas que compõem seu espectro direutivo formarem a vontade coletiva de maneira a conduzir a práticas ilícitas. Associada a essa corrente, tem-se a doutrina do “superior que responde”, também constante nas formulações estadunidenses, a qual considera que apenas os atos da

⁵⁸ PRADEL, Jean. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Trad. José Hurtado Pozo. In: HURTADO POZO, José; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo; SIMONS VALLEJO, Rafael. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001. p. 140.

⁵⁹ SALVADOR NETTO, Almiro Velludo. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. 2a. ed. [s.l.] Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020. p. 110.

⁶⁰ PRADEL, Jean. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Trad. José Hurtado Pozo. In: HURTADO POZO, José; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo; SIMONS VALLEJO, Rafael. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001. p. 142.

alta cúpula administrativa de uma empresa são passíveis de serem penalmente transferidos à pessoa jurídica que integram, se intentados no benefício da organização, vez que são esses agentes que representam a mente empresarial⁶¹.

O principal ponto crítico desse modelo de responsabilidade indica que ele conduz à imputação penal objetiva da pessoa jurídica, modelo rechaçado pelo ordenamento brasileiro, o qual concebe, sobretudo nos arts. 18 e 19 do Código Penal⁶², a impossibilidade de incriminação de um agente sem que reste demonstrado o elemento subjetivo da conduta, ou seja, que a ação se deu de maneira dolosa ou culposa. O fundamento dessa divergência pauta-se na cisão entre o agente infrator, leia-se o grupo incumbido de poderes decisórios no âmbito da empresa, e o agente que é sancionado, a própria pessoa jurídica, sem que haja fundamentações em torno de eventual culpa desta.

Nesse escopo, a fundamentação da responsabilidade penal da pessoa jurídica a partir de importações estranhas ao direito penal nacional frustra o respeito a garantias fundamentais, especialmente relacionadas ao devido processo legal, ampla defesa e contraditório. A concepção enunciada aproxima-se mais ao direito civil e administrativo sancionador, esferas sobre as quais seria possível compreender a responsabilização objetiva do ente coletivo pelo viés da distribuição dos custos de prevenção.

Como não poderia deixar de ser, o panorama de aumento da complexidade dos entes empresariais, em contexto de sociedade de risco, também pauta críticas à responsabilidade por atribuição. Dado que o modelo pressupõe a transferência dos elementos subjetivos da conduta criminosa da pessoa física para a pessoa jurídica, inerente a necessidade de individualizar as condutas ilícitas perpetradas, o que encontra bloqueios em razão da, amplamente discutida, departamentalização dos segmentos corporativos, que dilui a aferição da responsabilidade individual sobre as condutas desempenhadas no seio empresarial⁶³.

Tal contradição encontra-se ainda mais aprofundada se considerados os funcionários que não possuem amplos poderes de decisão, vez que não teriam atribuições suficientes para

⁶¹ LAUFER, William. La culpabilidad empresarial y los límites del derecho. In: GOMÉZ-JARA DÍAZ, Carlos. *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas*. Navarra: Aranzadi, 2006. p. 71.

⁶² In *verbis*, tem-se a previsão dos dispositivos destacados: “Art. 18 - Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.” e “Art. 19 - Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente.”.

⁶³ Temática também aprofundada por CAMARGO, Beatriz Corrêa. A construção da personalidade jurídica na prevenção de crimes através da responsabilidade penal de pessoas jurídicas: legitimação e eficácia. In SAAD-DINIZ, Eduardo; BRODOWSKI, Dominik; SÁ, Ana Luíza de (Org.).Regulação do abuso no âmbito corporativo:o papel do direito penal na crise financeira. São Paulo: LiberArs, 2015. p. 119-120.

conformar a cultura empresarial e sequer definir seu *modus operandi*⁶⁴. De tal maneira, sob esses fundamentos, restaria prejudicada a transferência de suas condutas à empresa, vez que não simbolizam, pelo menos em tese, a vontade empresarial em si considerada.

Cumpre ressaltar, ainda, um problema de eficiência inerente ao modelo de heterorresponsabilidade, vez que ao consagrar a objetividade da imputação penal às pessoas jurídicas, tem-se que elas responderão pelo ilícito, independentemente da correção de seu comportamento⁶⁵. Com isso, tal arranjo afasta os incentivos à adoção de medidas preventivas no âmbito da empresa, a exemplo dos programas de *compliance*, enquanto estruturas internas de monitoramento basilares à contenção de externalidades negativas, pois mina praticamente todas as defesas cabíveis a pessoa jurídica, se punida a pessoa física que a compõe.

Por sua vez, o inafastável esmaecimento da segurança jurídica acerca da ausência de clareza em torno das possíveis consequências penais que poderiam recair sobre a pessoa jurídica demonstra a ineficiência desse modelo que insere o meio corporativo numa espécie de “loteria penal”⁶⁶, desincentivando-o a incorporar medidas correcionais.

Constatadas as incompatibilidades atinentes ao modelo heterorresponsabilidade, cabível a ponderação a respeito de outros sistemas, iniciando-se por aqueles que reconhecem a responsabilidade penal direta, por fato próprio, numa ótica de reconhecimento da culpabilidade ajustada às pessoas jurídicas. Objetiva-se com essa investigação a formatação de um método legítimo, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, apto reduzir os vazios de punibilidade, ao mesmo tempo em que preserva as garantias penais às pessoas jurídicas e físicas inseridas nesse contexto corporativo.

2.1.2. MODELOS DE AUTORRESPONSABILIDADE

O princípio norteador dos modelos de autorresponsabilidade diz respeito à identificação da atividade empresarial como autônoma e mais abrangente do que as vontades humanas que a formatam. De maneira a elucidar a temática, em instância introdutória e comparativa, destacam-se as colocações de Sarcedo⁶⁷:

⁶⁴ Destaca-se a argumentação de Nieto Martín a respeito: “Una persona jurídica puede equipararse al cuerpo humano. Tiene un cerebro y un sistema nervioso central que controla sus movimientos. Tiene también brazos que se mueven de acuerdo a las órdenes de los centros nerviosos”. NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008. p. 91

⁶⁵ CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. Responsabilidade Penal da Empresa sob o Prisma da Culpabilidade. In: *Inovações No Direito Penal Econômico: Prevenção e Repressão da Criminalidade Empresarial*. ESPMU (Escola Superior do Ministério Público da União), 2018. p. 84

⁶⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Fortalezas, debilidades y perspectivas de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles. In: ONTIVEROS ALONSO, Miguel (Coord.) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014. p. 150

⁶⁷ SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo*

No modelo de imputação denominado de autorresponsabilidade – ou por defeito de organização –, baseado estritamente na culpabilidade da empresa, por sua vez, o mais importante e decisivo não é o comportamento antissocial empreendido pela pessoa física, cujo resultado será irremediavelmente transferido à empresa, mas sim a atividade e o comportamento social do ente coletivo, tanto anterior como posteriormente à ocorrência do fato delituoso.

De pronto, é possível observar a ausência de interpostos entre o fato proibido e a pessoa jurídica, de forma que a entidade pode ser imputada penalmente, atentando-se à forma pela qual se organiza, leia-se, de maneira autônoma e originária. Isto é, considera-se como basilar à aferição de responsabilidade do ente coletivo examinar se a empresa implementou, realmente, medidas voltadas à prevenção, descoberta e repressão de delitos ocorridos no desdobramento de suas atividades, dispensável, portanto, a eventual responsabilidade de uma pessoa natural para que se configure a do ente coletivo.

Esses parâmetros, por si só, demonstram a tentativa de elaborar formulações dogmáticas voltadas a superar as brechas de imputação relegadas pelos modelos de heterorresponsabilidaide, especialmente relacionadas à individualização das condutas e o escape de punibilidade quanto aos funcionários considerados como meros “braços da companhia”⁶⁸, distantes do centro de tomada de decisões.

Considerando o postulado por Salvador Netto, de que no modelo de autorresponsabilidade “a conduta humana praticada deixa de ser condição suficiente para a responsabilidade penal da pessoa jurídica e passa a ser apenas um pressuposto necessário”⁶⁹, conclui-se que a base legitimadora desse tipo de imputação tem sua racionalidade fundada nos conceitos de falha de organização ou culpabilidade empresarial.

Nesse contexto, insere-se a perspectiva de Tiedemann sobre a culpabilidade por defeitos de organização⁷⁰. Cuida-se de um modelo de responsabilidade por omissão imprópria, considerando imputável a pessoa jurídica que se omitiu do dever de conduzir suas atividades em conformidade com o direito, essencialmente no que se refere à tomada de medidas de cuidado e vigilância, para evitar a prática de ilícitos no deslinde de suas atividades. Nessa toada, lecionam Souza e Japiassú⁷¹:

modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa. 2015. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 137

⁶⁸ NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008. p. 91

⁶⁹ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. 2a. ed. [s.l.] Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020. p. 127

⁷⁰ TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 3, n. 11, julho/setembro 1995, pp. 30-31

⁷¹ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 209

Os tipos de omissão imprópria, também denominados comissivos por omissão ou de omissão qualificada, são aqueles que se perfazem quando o omitente, pela posição especial em que se colocou, não evita a produção do resultado a que estava obrigado a impedir. Para essa categoria delitiva, a lei impõe ao agente não apenas o dever de motivar-se, mas, igualmente, o dever de atuar para impedir a ocorrência do evento desvalioso. Trata-se, consequentemente, de modalidade especial de crime material, isto é, de resultado.

Essa ideia de omissão aproxima-se do conceito de ingerência, como elementar da imputação, dando forma à posição de garante a ser assumida pelos dirigentes na salvaguarda dos bens jurídicos, ressalvados no desenvolvimento das atividades empresariais. Nesse sentido, a responsabilidade penal direta da pessoa jurídica deriva da criação de um risco sistêmico não permitido, como consequência da não observância de seus deveres de autorregulação, tendo os gestores papel relevante quanto à criação de esfera corporativa permissiva⁷².

Dentre os aspectos críticos em torno da responsabilidade autônoma, destaca-se a dificuldade material em se aferir a falha de organização, podendo funcionar, na prática, como mero requinte argumentativo à transferência da conduta ilícita da pessoa física à jurídica, tal como já fora vislumbrado no sistema vicariante⁷³. O conceito de ato de conexão, como sendo aquele originário da conduta de um gestor, atribuível à estrutura empresarial, demonstra um óbice ao entendimento dessa imputação como autônoma. Com isso, sintetiza Salvador Netto, que haverá responsabilização penal da pessoa jurídica “naquelas hipóteses em que houver um ato delitivo cometido por uma pessoa autorizada, violador dos deveres e obrigações atinentes à atividade empresarial, em proveito da pessoa jurídica e, mais ainda, sem a demonstração de uma correta organização do ente coletivo”⁷⁴.

Outro ponto crítico a respeito dessa sistemática envolve a consideração de que se o injusto for formatado pelo defeito de organização, sempre que ele for vislumbrado no caso concreto, implicará na imputação à empresa com base na mesma norma, num único tipo incriminador, qual seja a violação da norma impositiva de devida organização⁷⁵. De tal

⁷² PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel. Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas. In: DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis (Dir.); DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. (Coord.). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Pamplona: Aranzadi, 2013. 36-37

⁷³ Tal divergência também fora apontada por Carlos Gómez-Jara Díez, o qual destacou que a exigência do elemento de conexão entre a atuação de uma pessoa física e a responsabilidade penal do ente coletivo, deixa escapar a punibilidade dos casos mais emblemáticos do direito penal econômico, refletores da irresponsabilidade organizada, situação na qual não se pode individualizar o autor da conduta criminosa. Vide: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 257

⁷⁴ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. 2a. ed. [s.l.] Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020. p. 131.

⁷⁵ SHÜNEMANN, Bernd. La responsabilidad penal de las empresas: para síntesis entre dogmática y política criminal. In: ONTIVEROS ALONSO, Miguel (Coord.). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014. p. 505.

maneira, revelado um ponto sensível à funcionalidade do sistema, ante sua defasagem em garantir o poder comunicacional do direito penal a respeito das condutas perpetradas pela empresa, vez que ao diminuir o escopo de imputação, reduz-se, igualmente, a capacidade da afetação reputacional da empresa, cujo ilícito estará corriqueiramente relacionado à má gestão corporativa, refletindo-se um modelo de imputação penal praticamente simbólico.

Constatadas deficiências em ambos modelos, seja quanto ao reconhecimento incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro de uma responsabilidade penal objetiva, seja quanto à existência de lacunas punitivas relacionadas, sobretudo, à identificação do agente em contextos corporativos de “irresponsabilidade organizada”, além das dificuldades em garantir as funções penais de prevenção e repreensão, necessário tecer ponderações sobre um sistema misto de imputação. Busca-se compreender uma via de imputação que combine o referencial normativo de culpabilidade e a postura empresarial frente às medidas preventivas que seriam exigíveis no caso concreto.

2.1.3. MODELOS HÍBRIDOS DE RESPONSABILIDADE

A sistematização de um modelo de responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil, de maneira adequada à ciência jurídica nacional, implica no afastamento, tanto de conceituações estranhas ao sistema penal do país, essencialmente relacionadas à imputação objetiva, quanto daquelas opções político-criminais que apenas transplantam o tratamento penal conferido às pessoas físicas às jurídicas, desconsiderando as especificidades atinentes à criminalidade econômico-empresarial. A esse respeito, demonstra-se necessário tecer ponderações em torno da busca por um ponto de equilíbrio entre os sistemas de heterorresponsabilidade e autorresponsabilidade, que seja capaz de combinar a relevância dos atos praticados pelos representantes da companhia, com critérios próprios à culpabilidade de entes coletivos na consecução de resultados antijurídicos.

De maneira geral, as correntes dogmáticas que se propõem a solidificar essa terceira via partem do modelo por atribuição a fim de examinar as condutas ilícitas praticadas pelos dirigentes, em benefício da respectiva pessoa jurídica, que poderá ser responsabilizada por transferência. Aqui trata-se de uma possibilidade de imputação, não de um determinismo punitivo por ricochete, pois aliado ao fato praticado pelo representante, a responsabilização empresarial perpassa o conceito de culpabilidade corporativa, tradicionalmente verificado nos modelos de autorresponsabilidade. Isto é, para que se transmita a responsabilidade da pessoa natural, na situação enunciada, à pessoa jurídica, primeiro é indispensável avaliar se houve a implementação de medidas preventivas exigíveis da corporação. Essa casuística é

determinante para a modulação sancionatória e, no limite, à própria absolvição do ente⁷⁶.

Com a intenção de acobertar as lacunas punitivas relacionadas à “irresponsabilidade organizada”, os modelos mistos também admitem a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica, ainda que não seja possível imputar o fato típico a um correspondente natural determinado, mas a um agregado de ações pessoais coordenadas e cooperativas. Para isso, indispensável a averiguação sobre como o defeito de organização corporativo daquele ente conduziu ao resultado ilícito, positivando-se, especificamente, as normas de conduta que deixaram de ser observadas no decorrer do cotidiano corporativo, com o propósito de se estabelecer o nexo causal entre os fatos constitutivos do ilícito e a desconformidade ao dever legal de organização e prevenção de externalidades produzidas pelo ente.

Observável, portanto, que a combinação das principais sistemáticas em torno da responsabilidade penal da pessoa jurídica permite associar a culpabilidade empresarial, tanto como elemento conformador da imputação ou não de penas ao ente coletivo, garantindo-lhe o contraditório de demonstrar a exigibilidade de medidas preventivas e o seu empenho, inclusive com a implementação de mecanismos de incentivo a denúncias e reparações por fatos pretéritos ou em desenvolvimento⁷⁷, quanto como modulador sancionatório à luz dos conceitos de falha organizacional.

Como saldo positivo, tem-se o preenchimento do critério preventivo do sistema criminal, vez que são impulsionados incentivos à implementação de diretrizes empresariais conforme à lei – a exemplo de programas efetivos de *compliance*, cujas proposições serão precisamente delineadas a partir do terceiro capítulo do presente trabalho –, justamente por serem a base de aferição da culpabilidade empresarial. Com isso, tendo-se uma conjuntura político-criminal favorável ao estabelecimento de parâmetros de governança corporativa, impulsiona-se o próprio controle social da criminalidade econômica⁷⁸.

Simultaneamente, mantém-se a responsabilização pessoal dos membros das empresas que cometem ilícitos, impedindo que se aproveitem da estrutura corporativa como meio de

⁷⁶ SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*. 2015. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 138-139

⁷⁷ NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008. p. 86-87

⁷⁸ Nessa mesma perspectiva, destaca SARCEDO: “Daí por que os modelos de responsabilidade penal da pessoa jurídica, inclusive com a não exclusão da possibilidade de imputação às pessoas físicas dos fatos individualmente atribuíveis, são os mais eficazes no sentido de exercer o controle social da criminalidade econômica no seio da empresa, pois contemplam todas as opções político-criminais.”. SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*. 2015. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 139

blindagem à incidência da lei penal. Isso porque, dá-se a oportunidade ao ente coletivo de demonstrar que suas atividades não extrapolaram os riscos permitidos de sua área de atuação, tendo tomado todas as medidas preventivas cabíveis e atuado para desincentivar condutas criminosas como atalho à maximização de lucros. Logo, a deliberação pela prática de atos ilícitos não refletiria uma vontade institucional, mas uma escolha racional e dolosa da pessoa física em atuar de maneira desconforme à lei, cabendo sua responsabilização de maneira exclusiva, sem transferência ao respectivo ente coletivo⁷⁹.

Observa-se que essa forma de imputação expande a noção de injusto penal para além do mero déficit de organização, considerando a produção do resultado penalmente relevante que dele advém, leia-se da lesão ou ameaça a bem jurídico produzida pelo risco proibido proveniente de falhas de estruturação interna da empresa. De tal forma, a ação das pessoas físicas atualiza e realiza a falha de organização, motivo pelo qual pertence à pessoa jurídica.

A pontuação dos aspectos teóricos em torno de modelos híbridos de responsabilidade penal da pessoa jurídica ressalta a importância de formulações próprias à realidade introduzida pelos entes coletivos, de maneira independente do direito penal das pessoas físicas. Nessa toada, resta indispensável tecer ponderações sobre as especificidades da culpabilidade⁸⁰ e das penas em contexto empresarial, aspecto este que merece maior irrigação teórica.

2.2. SANÇÃO PENAL EM CONTEXTO DE CRIMES EMPRESARIAIS

Traçados os modelos de imputação existentes e as ponderações sobre a maior adequação dos sistemas mistos à ciência jurídica, sobretudo quanto à autorregulação regulada, torna-se imprescindível a discussão em torno dos resultados práticos esperados com a adjudicação da responsabilidade penal aos entes coletivos, ou seja, as sanções penais. A realidade distinta das pessoas jurídicas impede o redesenho do embasamento das penas, originalmente voltadas às pessoas físicas, mantendo-se como princípios norteadores as noções preventivas ou retributivas, enquanto finalidades preconizadas pela dogmática penal clássica.

A dimensão preventiva da pena, em âmbito corporativo, atrela-se diretamente ao

⁷⁹ MATUS ACUÑA, Jean Pierre. *Presente y futuro de la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus directivos y empleados*. In: Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado, nº 21, jun. 2009. p. 65

⁸⁰ Ainda que as principais considerações sobre a culpabilidade empresarial já tenham sido exaradas, sobretudo no capítulo 1.2.3. da presente tese, vale ressaltar as elucidações de Nieto Martín, o qual argumenta que a culpabilidade empresarial se funda na ausência ou insuficiência de implementação de um Código de prevenção destinado a prevenir ou investigar os ilícitos cometidos no âmbito do ente coletivo. Por outro lado, se restar demonstrado que a pessoa jurídica tomou todas as medidas cabíveis para formatar uma estruturação interna adequada ao direito, restaria afastada a incidência sancionatória à empresa. NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008. p. 324

objetivo de dissuadir as empresas do cometimento de práticas ilícitas. Dessa maneira, a norma penal imbui-se de um caráter utilitarista e de impulsão aos ajustamentos internos devidos no cerne empresarial. Nesse sentido, nos termos de Salvador Netto: “A adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica, cuja base de verificação do injusto e da culpabilidade implique na devida organização (*autorregulação regulada*), pode ser capaz de contribuir para a ‘difusão da cultura da legalidade no tecido empresarial’”⁸¹.

Nesse sentido, implica-se numa estratégia político-criminal na qual o Estado, reconhecendo a profunda assimetria de informações entre o que é cognoscível pelas entidades públicas e pela empresa, acerca da departamentalização de suas atividades corporativas, comprehende sua incapacidade de, por si próprio, conter e prevenir o cometimento de ilícitos no bojo das corporações. Com isso, legitima-se a transferência a esses entes coletivos do dever de assegurar a vigência das normas penais, por meio de sua organização interna⁸², vez que a dinâmica de reprovação encontra-se sediada na promoção ou não de governança corporativa adequada aos modelos legais de prevenção de crimes.

No entanto, a lógica preventiva, isoladamente considerada, pode causar distorções à sanção criminal, se relegadas as dimensões de proporcionalidade. Isso porque, a limitação da noção de reprimenda a medidas econômicas dissuasivas, voltadas a superar os benefícios esperados com os delitos⁸³, leva ao risco de uma ascensão crescente na severidade das penas, resultando num sistema penal cada vez mais punitivo e menos eficaz⁸⁴, distante do paradigma de “castigo justo”. Daí a relevância em serem estipuladas normas com maior aprofundamento técnico, com baixos níveis interpretativos, capazes de garantir a maior segurança jurídica em torno da aplicação das normas penais⁸⁵.

Por sua vez, a concepção retributiva da pena, nessa seara delitiva, tem o condão de

⁸¹ SALVADOR NETTO, Almiro Velludo. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. 2a. ed. [s.l.] Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020. p. 234

⁸² COLLADO GONZÁLES, Rafael. *Empresas criminales: un análisis de los modelos legales de responsabilidad penal de las personas jurídicas implementados por Chile y España*. Santiago: Thomson Reuters, 2014. p. 2-3

⁸³ Tal perspectiva relaciona-se à ideia de que os infratores realizam uma eleição racional pautada numa análise econômica, na qual avaliam a pena como um custo contabilizável, e só deixam de perseguir fins ilícitos como meio à maximização do potencial lucrativo se os custos e a probabilidade de incidência da norma penal superarem os benefícios antijurídicos perseguidos. POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007. p. 219-220.

⁸⁴ SALVADOR NETTO, Almiro Velludo. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. 2a. ed. [s.l.] Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020. p. 232

⁸⁵ A problemática em torno da ausência de parâmetros técnicos para a aplicação do direito penal, sobretudo nos casos compreendidos na seara econômico-empresarial também fora apresentada como uma fragilidade por Luciano Anderson de Souza, tendo aduzido que: “(...) a hipertrofia do Direito Penal, o qual, eivado de inefficiência, apega-se apenas em seu valor simbólico, gerando-se um emaranhado de leis de má técnica, arbitrárias, que geram mais violência do que a – muitas vezes, supostamente violência que pretende coibir. Curiosamente, a ineficácia penal, força-motriz da sensação de impunidade, é retroalimentar do perene esgarçamento em um círculo vicioso da verdadeira mentira penal.”. SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes Contra a Administração Pública*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 142

garantir a salvaguarda de um ponto de equilíbrio, tomando por base as noções de culpabilidade específicas às pessoas jurídicas, além de elevar a punição como fator contra motivacional à persecução de condutas ilícitas. A noção utilitarista em torno da justiça retributiva converte a ideia de punição pela punição em meio para a manutenção da ordem pública. Sobre esse aspecto, destaca-se o excerto de Tauchert: “o criminoso deve sofrer uma sanção para desencorajar outras pessoas a imitá-lo. Daí a necessidade de julgamentos públicos e de algum modo ritualizados – o famoso ‘*due process of law*’ (devido processo legal)”⁸⁶.

Delineadas as perspectivas gerais em torno das finalidades da sanção penal às pessoas jurídicas, em contexto de criminalidade econômico-empresarial, indispensável se faz a demonstração de sua relevância como efetivo sistema de contenção dessa seara delitiva, frente à tutela desempenhada pelo direito administrativo sancionador.

2.2.1. O PODER COMUNICACIONAL DO DIREITO PENAL

A compreensão em torno da admissibilidade da tutela penal para lidar com as externalidades negativas produzidas em contexto empresarial não tem por fim a busca pelo aumento do espectro de punibilidade. Visa-se, na realidade, a criação de estruturas compatíveis com as mudanças da sociedade, ante a incorporação de complexidades organizacionais capazes de produzir severas violações a bens jurídicos coletivos, em meio a lacunas punitivas. De tal maneira, o robustecimento do direito administrativo sancionador, frente à índole limitada e garantista do direito penal, demanda ponderação do ponto de vista teleológico e político-legislativo a fim de serem buscadas formas mais eficientes quanto ao controle e à distribuição dos níveis de poder em sociedade⁸⁷.

Em instância preliminar, destaca-se a elucidação de Souza: “o ilícito administrativo, como o ilícito penal, possui em comum a matriz constitucional e, enquanto modalidade de coação estatal, mostra-se também de conformação vinculada.”⁸⁸. Nesse sentido, é necessário tecer a distinção entre os princípios norteadores dessas categorias de ilícitos.

Na esfera administrativa vige os preceitos de conveniência e oportunidade, com a possibilidade de ajustes até mesmo externos ao Poder Judiciário, refletindo menor rigidez sancionatória e escopo de atuação voltado a amparar a mera desobediência de normas com função de gestão e organização estatal. Por sua vez, no âmbito penal, destaca-se a presença de

⁸⁶ TAUCHERT, Maicon Rodrigo. *Justiça Retributiva e Justiça Restaurativa*: paradoxos necessários para o direito penal brasileiro. Revista São Luís Orione, Araguaína - TO, v. 10, nº 10, 2016. p. 80

⁸⁷ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes Contra a Administração Pública*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 127

⁸⁸ SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes Contra a Administração Pública*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 133.

reprimendas mais severas, dotadas de garantias mais estreitas, inclusive em relação ao exercício de contraditório, obtenção de provas e inexistência da pena de confessado. De tal maneira, considerando o perfil do ambiente empresarial, longamente delineado, esta tutela demonstra-se como a mais adequada à estabilização das expectativas sociais, em torno da conformidade da pessoa jurídica ao direito, vez que voltada às infrações mais graves, com maior potencial lesivo a bens jurídicos complexos⁸⁹.

Logo, o amparo do direito penal à contenção dos focos de riscos produzidos pela atividade corporativa é fundamental à maior robustez da função preventiva do sancionamento⁹⁰. Válido ressaltar, nesse ínterim, o elucido por Zugaldía Espinar⁹¹, de que o critério legitimador da incidência penal, no lugar da administrativa, perpassa a avaliação da gravidade das condutas perpetradas, não devendo ser substituído por mera análise personalista, limitada a qualificar o autor como pessoa física ou jurídica, sob pena da construção de um sistema punitivo ineficaz e meramente ilustrativo.

Nesse sentido, a responsabilidade penal da pessoa jurídica diferencia-se da mera responsabilização civil ou administrativa, sobretudo em razão do poder simbólico-comunicacional inerente ao direito penal, que outorga as condutas tidas como mais lesivas à sociedade. Aqui, insere-se a perspectiva “expressiva da pena”⁹² que, ao ser imposta a um ente coletivo, tem o condão de gerar drásticos impactos reputacionais a ele, dado que esse tipo de imputação reforça os padrões de comportamentos adequados e a intensa reprovabilidade social das condutas desviantes.

A esse respeito Oscar Barreto Filho⁹³ classifica a reputação empresarial como um bem imaterial do ente, o qual compõe parte determinante do avanço, da aptidão em produzir lucros, e que representa um resultado do estabelecimento, mas não um elemento próprio dele, não sendo objeto autônomo de direito. Nesse sentido, a incorporação de um sistema adequado de responsabilização penal é multifacetado, causando impactos econômicos

⁸⁹ ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. 3^a ed. Navarra: Aranzadi, 2009. p. 246.

⁹⁰ A esse respeito, sublinha-se o asseverado por Salvador Netto: “O poder obtido pelas empresas, com as quais conseguem realizar suas atividades e obter lucros, deve apresentar contrapartidas. Neste aspecto, a personalidade jurídica não pode ser apenas para o desfrute de bônus, como a impossibilidade de afetação patrimonial dos sócios em caso de falência, mas igualmente compreender sanções expressivas nos casos de descumprimento das normas de conduta”. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. 2^a ed. [s.l.] Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020. p. 66

⁹¹ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, los entes sin personalidad y de sus directivos: análisis de los arts. 31 bis y 29 del Código Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013. p. 17-18

⁹² COLLADO GONZÁLES, Rafael. *Empresas criminales: un análisis de los modelos legales de responsabilidad penal de las personas jurídicas implementados por Chile y España*. Santiago: Thomson Reuters, 2014. p. 2-3

⁹³ BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial: fundo de comércio ou fazenda mercantil*. São Paulo: Saraiva, 2^a ed., 1988. p. 151-184, *passim*.

diretos e contra motivacionais à institucionalização de uma cultura empresarial distante e paralela ao ordenamento jurídico, tanto pela aplicação imediata de sanções pecuniárias, quanto pela afetação reputacional⁹⁴.

Com isso, conclui-se que a formatação dos meios mais adequados de sancionamento das pessoas jurídicas perpassa a combinação entre a tutela penal e regramentos extrapenais/administrativos. A primeira seara do direito demonstra-se como compatível para lidar com a ampla danosidade social produzida por condutas típicas empresariais, ante a afetação de bens jurídicos dotados de dignidade penal, cabível, portanto, a incidência do meio mais gravoso de reprovabilidade estatal. Em contrapartida, os regramentos extrapenais, em razão de seu caráter altamente técnico, demonstram sua aptidão remissiva quanto ao balizamento da incidência ou não de normas penais, criando um arcabouço que reforça a segurança jurídica ao uniformizar as expectativas quanto às decisões a serem tomadas pelo operador do direito.

Feitas as considerações em torno da legitimidade da tutela penal frente à administrativa para lidar com a criminalidade econômico-empresarial, imperiosa a elaboração das modalidades de pena mais adequadas para aparar essa seara delitiva.

2.2.2. MODALIDADES DE PENA APLICÁVEIS ÀS PESSOAS JURÍDICAS

Aliada à culpabilidade, a reflexão em torno das penas aplicáveis aos entes coletivos também é um pilar fundamental à constituição de um subsistema penal aplicável a esse grupo de sujeitos. Isso se deve, em essência, à necessidade de construção de formas punitivas capazes de contemplar, simultaneamente, fatores de retribuição, expressivo-comunicacionais e preventivo-motivacionais, aptos a conduzir a estruturação interna da pessoa jurídica ao *standard* de devida organização, colocando-se como um entrave à continuidade de condutas ilícitas e seus resultados danosos⁹⁵. Além disso, diferentemente do vislumbrado quanto às pessoas físicas, nessa seara delitiva, o fator preventivo se sobressai, de tal maneira, que, em muitos casos, a pena acaba se vinculando a circunstâncias distintas do fato típico, a exemplo da adoção de medidas de melhoramento organizacional após a conduta ilícita⁹⁶.

A fim de atender a esses pressupostos, três demonstram-se ser as modalidades de pena mais adequadas às pessoas jurídicas: multa, restritiva de direitos, perdimentos e demais

⁹⁴ GÓMEZ-JARA DIÁZ, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. Buenos Aires: IB de F, 2010. p. 229

⁹⁵ ECHARRI CASI, Fermín Javier. *Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: las consecuencias accesorias*. Navarra: Aranzadi, 2003, p. 123-124

⁹⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español. Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Buenos Aires: IB de F, 2013, p. 278.

efeitos⁹⁷. A primeira delas, ressalta o aspecto retributivo da sanção penal com mais clareza, inclusive por também ser aplicada às pessoas físicas, enquanto as outras duas refletem o objetivo de contenção de uma fonte de perigo.

A pena de multa impõe à empresa o empenho de um juízo de rentabilidade, um cálculo econômico em torno dos eventuais benefícios a serem obtidos com o ilícito e os correspondentes possíveis prejuízos a serem enfrentados com a imposição da sanção⁹⁸. O impacto orçamentário imposto ao ente coletivo obriga-o a rever os aspectos financeiros da companhia, de maneira a reafirmar a necessidade de auto-organização. A partir de então, extrai-se a vantagem desse tipo de sanção, nesse contexto, ante sua alta adaptabilidade, tanto em relação ao valor do dano/gravidade do delito, quanto à situação econômica do autor⁹⁹.

Sobre este segundo aspecto, é válido ressaltar a necessidade de que a aplicação da pena de multa leve em consideração os eventuais custos sociais dela decorrentes, evitando-se a superveniência de um sufocamento financeiro desproporcional capaz de levar à própria falência da companhia. Também é indesejável que a sanção pecuniária seja repassada aos consumidores, pois seria uma forma da pessoa jurídica desconforme driblar os efeitos penais decorrentes de suas condutas criminosas¹⁰⁰.

A fim de evitar essa disfunção, demonstra-se a importância em associar a pena de multa com outras formas de sanção, a exemplo da restritiva de direitos. Esse supraconceito pode ser dividido em três grupos¹⁰¹: (i) imposição de entraves à relação jurídica entre o Estado e o ente coletivo – a exemplo da proibição de celebrar contratos com a Administração, e de limites ao acesso de benefícios fiscais e auxílios públicos; (ii) limitação ao livre exercício empresarial, podendo incluir a ingerência do Estado na direção e comando da pessoa jurídica, como por via da dissolução do conselho de administração; e (iii) implementação de medidas intervencionistas pautadas no controle e fiscalização das atribuições corporativas, voltadas a fazer cessar as ilicitudes ou seus resultados danosos.

Dessa forma, a contenção dos riscos empresariais proibidos, no âmbito das penas restritivas de direito “aperfeiçoar-se na promoção de ajustamentos da organização empresarial,

⁹⁷ SALVADOR NETTO, Almiro Velludo. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. 2a. ed. [s.l.] Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020. p. 251

⁹⁸ BAIGÚN, David. *La responsabilidad de las personas jurídicas*: ensayo de un modelo teórico. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2000. p. 250

⁹⁹ ROCA DE AGAPITO, Luis. *La responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa*: estudio histórico-comparado, dogmático y político-criminal. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2003. p. 87-88

¹⁰⁰ BAIGÚN, David. *La responsabilidad de las personas jurídicas*: ensayo de un modelo teórico. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2000. p. 265

¹⁰¹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Las consecuencias jurídicas del delito. In: BAJO FERNANDES, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Pamplona: Aranzadi, 2012. p. 254

de tal sorte que o *déficit* apresentado pela pessoa jurídica se converta na prática interna de padrões condizentes com os desejados pelo Estado”, nas palavras de Salvador Netto¹⁰². De igual maneira, tais sanções devem levar em conta aspectos individuais da pessoa jurídica a ser imputada, analisando-se o grau do comprometimento de sua cultura corporativa, a fim de se evitar que ela se paralise por completo, mas, por sua vez, funcione dentro do espaço de liberdades controlado, através da interdição de algumas de suas faculdades.

Por fim, tem-se o perdimento de bens, o qual apresenta-se imbuído de notória acessoriedade em relação a uma sanção principal, a exemplo da previsão contida no Art. 91, inciso I, do Código Penal, de que a condenação penal torna certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime. O fundamento desse pressuposto, plenamente compatível com a natureza das pessoas jurídicas e dos ilícitos que elas são capazes de perpetrar, baseia-se na necessidade de devolução dos proveitos ilicitamente obtidos, perda dos instrumentos utilizados para a consecução destes e na obrigação civil de reparação de dano¹⁰³.

No espectro dos “demais efeitos”, é válido demonstrar o impacto da publicação da sentença condenatória, enquanto expoente material do poder comunicacional do direito penal, ante a capacidade dessa sanção em estremecer a imagem e reputação da companhia no mercado. O ordenamento chileno, por exemplo, consagra essa possibilidade e vai além, asseverando a obrigatoriedade do ente coletivo em arcar com as despesas dessa divulgação¹⁰⁴.

Esse aspecto da pena em relação às pessoas jurídicas tem o condão de promover a conscientização dos consumidores a respeito das condutas empresariais, reduzindo-se a assimetria de informações entre a corporação e o público. Com isso, inserem-se novos componentes à dinâmica de valor da companhia, para além do preço, ampliando a relevância em torno, por exemplo, das boas práticas trabalhistas, ambientais, tributárias e consumeristas. Por conseguinte dá-se um protagonismo indireto aos próprios cidadãos, que também se imbuem da função fiscalizadora da devida organização empresarial.

Notável observar, que o modelo de responsabilidade penal da pessoa jurídica pautado na autorregulação regulada, até aqui defendido, não fere o princípio da pessoalidade das penas (art. 5º, inciso XLV, da CRFB/88). Isso porque, essa imputação só será incidente quando provado que o *déficit* organizacional contribuiu para o fato delituoso, não sobre o sócio que

¹⁰² SALVADOR NETTO, Almiro Velludo. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. 2a. ed. [s.l.] Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020. p. 264

¹⁰³ A reparação de danos encontra previsão legal e constitucional, devendo ocorrer de forma integral, conforme o art. 944 do Código Civil, art. 6º, inciso VI da Lei n. 8.078/90 e art. 5º, inciso V da CRFB/88.

¹⁰⁴ Nos termos do art. 13, alínea “a”, da Lei 20.393 de 2009, conforme aprofundado por SZCZARANSKI CERDA, Clara Leonora. *Un asunto criminal contemporáneo: rol de las empresas, responsabilidad penal de las personas jurídicas y corrupción*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010. p. 319

não concorreu para a prática do crime¹⁰⁵. Sob essa perspectiva, “os sócios que não tiveram culpa para a ocorrência do delito não estariam recebendo uma pena pela infração cometida pela empresa, mas, apenas, suportando o efeito da sentença secundário extrapenal genérico decorrente daquela condenação”, nos termos de Dorival de Freitas Junior¹⁰⁶.

Feitas essas considerações, resta demonstrada a legitimidade da tutela penal para lidar com os ilícitos típicos da criminalidade econômico-empresarial, o que não é, de todo modo, distante do ordenamento brasileiro, como será a seguir exposto.

2.3. RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA NO BRASIL

O parâmetro investigativo teórico traçado em torno da responsabilidade penal da pessoa jurídica, sobretudo com vistas a favorecer a noção de autorregulação regulada, introduz a necessidade de exame do ordenamento jurídico vigente no Brasil, a fim de se compreender as formas mais eficazes de garantir a legitimidade desse instituto no país. Partindo-se de uma perspectiva hierárquica normativa, cabível a introdução da matéria pela análise do próprio texto constitucional.

2.3.1. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 apresenta denso caráter dirigente¹⁰⁷, fornecendo em seus dispositivos diversos nortes políticos aos legisladores, sendo esses refletores de uma análise social programática e suas tendências transformadoras, destacando a necessidade de adoção de medidas práticas para implementar seu conteúdo à realidade nacional. A responsabilidade penal da pessoa jurídica apresenta-se, ainda que com ressalvas doutrinárias, atualmente minoritárias, como uma legítima política-criminal eleita pelo constituinte imbuído de viés diretivo, considerando o gradativo aumento da capacidade das empresas em produzir condutas lesivas a bens jurídicos coletivos.

A análise desse panorama constitucional perpassa, essencialmente, o art. 225, §3º, da CRFB/88, o qual prevê, *in verbis* que:

¹⁰⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2003. p. 143

¹⁰⁶ FREITAS JUNIOR, Dorival de. *A responsabilidade da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção*. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 39

¹⁰⁷ O professor Canotilho desenvolve relevante expoente dogmático constitucional capaz de demonstrar a aplicabilidade das normas programáticas, como sendo aquelas que traçam diretrizes para o empenho do desenvolvimento nacional por meio de políticas a serem implementadas pelos órgãos estatais. Vide: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Editora Coimbra, 1994. *passim*

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

(...)

§3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Demonstra-se explícito o mandado de criminalização contido nesse dispositivo, que deveria engendrar mais esforços ao estabelecimento de garantias inerentes à conformação de um direito penal típico às pessoas jurídicas, à luz dos preceitos de um Estado Democrático de Direito, superando-se embates doutrinários acerca da constitucionalidade do instituto¹⁰⁸. Tais correntes doutrinárias refratárias, aguerridas à noção de culpabilidade típica das pessoas físicas, bem como ao princípio da pessoalidade das penas¹⁰⁹, refletem a necessidade de aprimoramento teórico da tutela penal econômica a fim de que sejam efetivos os empreendimentos legislativos em torno da superação de lacunas punitivas nessa senda.

Ademais, ao prever a possibilidade de sanções, inclusive penais, às pessoas físicas e jurídicas, como reprimenda às lesões ao meio ambiente, o legislador constituinte deixa clara a dignidade penal de um bem jurídico coletivo, considerando-o fundamental à própria manutenção da vida. A expansão dessa iniciativa, seguindo-se o prognóstico evolutivo da sociedade de risco, demonstra a possibilidade legítima de amparo penal a outras esferas de bens supraindividuais¹¹⁰, como a ordem econômica, financeira, previdenciária e consumerista, seguindo-se um movimento natural e integrativo de amparo à nova realidade social, sobre a qual não é cabível a abstenção da tutela desse ramo do direito¹¹¹.

Numa leitura conjunta com o Art. 225, §3º, o Art. 173, §5º, também da CRFB/88,

¹⁰⁸ CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. Responsabilidade Penal da Empresa sob o Prisma da Culpabilidade. In: *Inovações No Direito Penal Econômico: Prevenção e Repressão da Criminalidade Empresarial*. ESPMU (Escola Superior do Ministério Público da União), 2018. p. 89

¹⁰⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 3ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 354

¹¹⁰ Nessa toada, defende Salvador Netto: “diante da experiência internacional, pode-se dizer que não haveria afrontas constitucionais na hipótese de escolhas políticas vindouras no sentido de responsabilização de entes coletivos em outros injustos relacionados à noção global de *delinquência empresarial*”. Vide: SALVADOR NETTO, Almiro Velludo. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. 2a. ed. [s.l.] Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020. p. 291.

¹¹¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2003. p. 129

corrobora a possibilidade constitucional de efetiva incorporação da responsabilidade penal da pessoa jurídica no país. Para tanto, transcreve-se a íntegra deste parágrafo:

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

Ainda que ausente, de maneira expressa, o termo “penal”, no dispositivo destacado, a análise das funções e modalidades da pena, na seara econômico-empresarial, amplamente desenvolvida, permite concluir que as sanções penais compõem o rol de punições compatíveis com a natureza da pessoa jurídica, sobretudo consideradas as penas de multa e restritivas de direito. Nessa toada, é evidente a delegação do legislador constituinte ao ordinário a tarefa de estabelecer a responsabilidade penal da pessoa jurídica, inclusive em relação aos atos atentatórios à “ordem econômica e financeira e contra a economia popular”.

Além disso, a interpretação da primeira parte desse dispositivo permite apontar para a possibilidade de aferir a responsabilidade do ente coletivo, independentemente da responsabilização individual dos dirigentes, demonstrando-se adequada a colocação típica do modelo de autorresponsabilidade acerca da centralidade do conceito de “devida organização”. Nota-se, que essa construção dogmático-interpretativa, também conduz à legitimação da autorregulação regulada, intimamente relacionada aos programas de *compliance*, cujo aprofundamento teórico será dado ao terceiro capítulo desta tese.

2.3.2. LEI DE CRIMES AMBIENTAIS (Lei nº 9.605/1998)

Aproximadamente dez anos após a promulgação da CRFB/88, a Lei 9.605/1998 foi implementada com o fulcro de atender ao comando constitucional relacionado à normatização da imputação criminal de pessoas jurídicas responsáveis por crimes ambientais. A esse respeito, necessário o recorte do art. 3º desta norma:

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.

Ainda que tal dispositivo exemplifique o cumprimento do mandado de incriminação em torno das condutas lesivas ao meio ambiente, perpetradas por pessoas jurídicas, inegável o *déficit* técnico que a circunda, ante a relegação de maior especificidade doutrinária apta a dar

substrato a sua aplicação prática. Isso se deve, essencialmente, à ausência de critérios legais de aferimento da culpabilidade corporativa¹¹². Como consequência, a responsabilidade penal da pessoa jurídica é transformada, praticamente, em letra morta, vez que conduz à institucionalização da imputação por ricochete, desconsiderando a dificuldade de individualizar condutas perpetradas no âmbito corporativo altamente complexo e despersonalizado.

Mais do que isso, esse contexto normativo conduz ao patrocínio da responsabilidade penal objetiva, avessa aos postulados garantistas do direito penal, dado que os preceitos vicariantes, embutidos nessa lei, levam à responsabilização quase que automática do ente coletivo em caso de constatação de crime praticado por pessoa física que o compõe. Justamente por estrangular as possíveis teses defensivas da pessoa jurídica, tal construção legislativa desincentiva a adoção de medidas de aprimoramento quanto à organização interna da companhia, afastando o princípio preventivo norteador do direito penal.

Extrapolando-se as críticas quanto à instituição de uma responsabilidade penal da pessoa jurídica de primeira geração, aponta-se, também, a insuficiente especificação em torno das sanções cominadas nessa Lei. Nos dizeres de Salvador Netto: “Inexiste aqui a previsão específica de penas, com exceção da multa, cada um dos tipos incriminadores, nem sequer o fator de conversão capaz de permitir a fixação das penas às pessoas jurídicas com base na quantidade de pena imposta às pessoas físicas”¹¹³. A inobservância dos princípios da legalidade e proporcionalidade verificáveis, sobretudo entre os arts. 21 a 24 da Lei nº 9.605/1998, conduz à perda de eficácia desta intentada ferramenta político criminal.

O intento de atender à sanha punitivista social latente em relação à delinquência empresarial no âmbito do meio ambiente levou o legislador a conceber meios imprecisos e, muitas vezes, incompatíveis de incriminação. Por resultado, a jurisprudência tem se incumbido de uma função quase que construtivista para suprir essas lacunas.

2.3.3. A JURISPRUDÊNCIA QUANTO À MATÉRIA PENAL AMBIENTAL

A falta de critérios legais capazes de balizar a responsabilidade penal dos entes coletivos introduz expressiva insegurança jurídica às empresas e dirigentes atuantes no Brasil, dado que a jurisprudência encontra amplo setor hermenêutico de atuação. A tentativa dos

¹¹² SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*. 2015. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 154

¹¹³ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. 2a. ed. [s.l.] Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020. p. 299.

Tribunais Superiores em empenhar soluções interpretativas à margem do que fora legislado, ainda que busque alinhar o país às tendências internacionais de contenção à criminalidade econômico-empresarial, resulta num esvaziamento do Poder Legislativo e, no limite, da própria democracia¹¹⁴. Por esse motivo, reforça-se a necessidade de revisitar a criação de institutos normativos em torno do subsistema de direito penal aplicável às pessoas jurídicas, evitando-se as danosas oscilações de entendimentos judiciais, em favor da uniformização de expectativas quanto às formas de responsabilização penal legítimas no país.

Em novembro de 2005, o Superior Tribunal de Justiça, conforme julgamento pela 5ª Turma do Recurso Especial nº 610.114/RN, de relatoria do Min. Gilson Dipp, reconheceu a constitucionalidade e adequação da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil, destacando a demanda pelas severas reprimendas do direito penal como meios eficientes à contenção dessa seara delitiva. No entanto, condicionou-a à intervenção de uma pessoa física que atua em benefício do ente moral, acobertando de legitimidade as problemáticas concêntricas à heterorresponsabilidade e à sua deficitária aplicação prática¹¹⁵.

A perda de relevância jurisprudencial desse posicionamento, o qual pacifica uma espécie de responsabilidade reflexa às pessoas jurídicas, transferida da ação delitiva de uma pessoa física, se dá, em essência, por seu deságue numa imputação objetiva, rechaçada pelo ordenamento jurídico brasileiro¹¹⁶. Como expoente dessa mudança de paradigma interpretativo, tem-se o julgamento, em agosto de 2013, do RE 548.181/PR, pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, de relatoria da Min. Rosa Weber, dando-se destaque ao item 4 da respectiva ementa:

4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou

¹¹⁴ Ainda que a temática principal abordada por Conti e Timm encontre-se focalizada numa análise distinta do tema da presente tese, relevante se faz a seguinte ponderação: “Não aplicar a lei a partir de um excesso interpretativo de princípios e conceitos indeterminados da Constituição Federal, viabilizando um excesso de ativismo judicial, criaria insegurança jurídica e desestimularia investimentos, o que é trágico para inovação.” CONTI, Thomas Victor; TIMM, Luciano Benetti. *Law and Economics do parágrafo único do art. 40 da Lei de Propriedade Intelectual*. JOTA. out. 2020 Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/coluna-da-abde/law-and-economics-do-par-un-do-art-40-da-lei-d-e-propriedade-intelectual>. Acesso em: 30 out. 2024.

¹¹⁵ Tal posicionamento encontra-se refletido, sobretudo nos itens VI e VII da ementa do Resp 610114/RN, julgado em 17/11/2005, quais sejam: “VI. A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito. VII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral.”. De tal maneira, apesar de considerar a existência própria da pessoa jurídica no ordenamento jurídico brasileiro e a aptidão da tutela penal para lidar com suas externalidades negativas, ante a “pequena eficácia das penalidades de natureza civil e administrativa aplicadas aos ente morais”, não se vincula a ela conceitos de culpabilidade específicos.

¹¹⁶ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica para além da velha questão de sua constitucionalidade*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 18, n. 214, set/2010, p. 17

deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual.

Tal julgado enuncia a legitimidade da perspectiva de autorresponsabilidade de que a pessoa jurídica pode ser responsabilizada autonomamente, ainda que não seja possível identificar ou punir a pessoa física que executou o fato típico, justamente pelas responsabilidades internas, no âmbito da empresa, estarem diluídas ou parcializadas. Entende-se que essa caracterização do meio corporativo não deve fintar a incidência da lei penal, o que desrespeitaria o próprio Art. 225, §3º, da CRFB/88 que “não impõe a necessária dupla imputação”, nos termos do item 1, da enunciada ementa¹¹⁷.

A relatoria da Ministra aproxima-se da discussão em torno da centralidade do “defeito de organização” como elemento essencial à imputação ou não de sanções penais aos entes coletivos, considerando que “não há como simplesmente pretender transpor o paradigma das pessoas físicas aos entes coletivos”. Para tanto, estipula alguns critérios para que uma pessoa jurídica seja responsabilizada criminalmente, os quais foram sintetizados por Sarcedo¹¹⁸ da seguinte maneira:

I) é necessário verificar se o ato apontado como delituoso decorreu do processo normal de deliberação interna da corporação e se as instâncias decisórias internas foram observadas; II) constatar se houve ciência da pessoa jurídica, por meio de seus órgãos internos de deliberação, do fato ilícito que se estava a cometer, diante do qual houve aceitação ou mesmo inércia e não o impedir; III) examinar se a atuação delituosa estava de acordo com os padrões e objetivos da empresa e visava a atingir seus objetivos sociais, tendo sido realizado em seu nome; IV) evidenciar que o fato foi cometido no interesse ou benefício do ente coletivo, possibilitando o afastamento da ilicitude quando foi cometido em benefício exclusivo de terceiro (s).

Apesar de significar um avanço no quadro de imputação penal aos entes coletivos, tal jurisprudência ainda não atinge um parâmetro adequado de segurança jurídica, vez que

¹¹⁷ Nessa mesma linha argumentativa, extrai-se o item 3 da ementa do RE 548.181/PR, julgado em 06/08/2013: “Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental.”

¹¹⁸ SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*. 2015. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 155

“incapaz de abranger de forma igualitária e aplicável a todas as empresas criminalmente processadas as nuances da aferição da culpabilidade”, nos dizeres de Câmara¹¹⁹. A relevância quanto à implementação de conceitos típicos à culpabilidade corporativa no ordenamento jurídico brasileiro também pode ser observada no julgamento da Apelação Criminal nº 0010064-78.2005.404.7200/SC, em agosto de 2012, pelo Tribunal Regional da 4ª Região, com relatoria do Des. Paulo Afonso Brum Vaz.

Na ementa dessa decisão, retomou-se o conceito de culpabilidade postulado por Carlos Gómez-Jara Díez¹²⁰, conforme vislumbrado no item 4, de que: “a culpabilidade não exige uma psique apta a escolher entre a conduta devida e aquela vedada pela norma, mas, sim, a presença de uma ‘autorreferenciabilidade’ no agente delitivo”. Aponta-se, portanto, que a adoção dessa perspectiva construtivista em torno da culpabilidade, aferível em relação aos entes coletivos, tem o condão de tornar apta a responsabilidade penal autônoma da pessoa jurídica, considerando que no âmbito das empresas, esse elemento subjetivo se conforma por um “conjunto de comunicações que lhes servem de equivalente funcional à consciência das pessoas naturais”.

O breve destaque a algumas das luminares jurisprudências, no Brasil, demonstra a tentativa de aprimoramento em torno da admissibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica, como instrumento apto a reduzir as externalidades negativas produzidas pela desconformidade organizacional de entes coletivos. Ao mesmo tempo, expõe a imprecisão técnica dos atuais instrumentos legislativos, sobretudo quanto à falta de parâmetros para a aferição da culpabilidade corporativa.

Essa insuficiência normativa, a qual implica no referenciamento jurisprudencial de tendências internacionais, sem devido acompanhamento por critérios legais nacionais, definidores das falhas de organização, implica no não reconhecimento dos indicadores do que seria uma “organização perfeita”¹²¹. No entanto, estes são fundamentais à conformação de um sistema transparente e seguro, pois balizam os deveres e obrigações que devem ser verificados pela empresa no deslinde de suas atividades.

Dessa maneira, tornam-se mais concretas as expectativas em torno da contenção e repressão dos riscos empresariais, instituindo-se padrões que demonstram seu extrapolar. É

¹¹⁹ CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. Responsabilidade Penal da Empresa sob o Prisma da Culpabilidade. In: *Inovações No Direito Penal Econômico: Prevenção e Repressão da Criminalidade Empresarial*. ESPMU (Escola Superior do Ministério Público da União), 2018. p. 91

¹²⁰ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Fundamentos Modernos de la Culpabilidad Empresarial*, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2008. *passim*.

¹²¹ SALVADOR NETTO, Almiro Velludo. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. 2a. ed. [s.l.] Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020. p. 311

com a efetiva implementação dessas premissas que os programas de *compliance* podem assumir o caráter de instrumentos de efetivo favorecimento à autorregulação regulada. Isso se dá, sobretudo, porque as empresas passariam a vislumbrar contrapartidas aos dispêndios de investimentos numa adequada organização interna, ante a possibilidade, por exemplo de modulação das penas se restar demonstrado que o ente: i) implementou medidas preventivas às infrações penais, antes da sua eventual ocorrência; ii) colaborou com as investigações; iii) ressarciu os danos ocasionados com o crime; e iv) incorporou mudanças em sua administração para evitar novas ocorrências.

Nesse ínterim, demonstra-se cabível a análise do *criminal compliance* enquanto instrumento fomentador de adequada cultura empresarial e sua legitimidade para suscitar a cooperação entre as pessoas jurídicas, particulares e a própria Administração Pública a fim de que se consolide um sistema voltado à delimitação de responsabilidades, junto da contenção e reparação de danos causados pelo risco empresarial.

3. GOVERNANÇA CORPORATIVA E COMPLIANCE

As considerações de Philip Wellner, em torno da conceituação dos programas de *compliance*, são de grande valia para a introdução dessa temática, que guarda estreita relação com a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Para o autor, essa agenda corporativa compreende a adoção de esforços internos e constantes de auto-organização, que se manifestam via medidas profiláticas de antecipação, identificação e prevenção de qualquer atividade ilícita que possa se desenvolver no bojo da companhia¹²².

Nessa mesma senda preambular, demonstra-se indispensável diferenciar os dois conceitos que dão título ao presente capítulo. Ecoando-se o preconizado por Souza e Pinto¹²³, apesar de aproximados e originários da doutrina anglo-saxã, os termos têm implicações distintas. Enquanto a governança corporativa apresenta escopo centrado na consecução de regras gerais e condutas para a boa gestão do ente coletivo, os programas de *compliance* voltam-se ao regular cumprimento das normas legais, técnicas ou éticas. De tal maneira, este se relaciona a um cumprimento normativo, abarcando, não somente a observância legal, como também princípios de ética empresarial, potencialmente geradores de uma responsabilidade

¹²² WELLNER, Philip A. Effective compliance programs and corporate criminal Prosecutions. *Cardozo Law Review*. New York, vol. 27-1, Oct./2005, p. 500

¹²³ SOUZA, Luciano Anderson de; PINTO, Nathália Regina. *Criminal Compliance*. v.4, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 31

social da empresa¹²⁴, constituindo importante ferramenta para o monitoramento da atividade empresarial, sobre o qual serão focados os aspectos analíticos desta pesquisa..

Com base nessas premissas iniciais e na ideia de que o Estado, inserido numa lógica neoliberal que enfeixa de elementos econômicos os aspectos sociais, demonstra-se incapaz de regular, por si só, todos os agentes privados, orientados sob essa perspectiva de maximização dos lucros, faz-se relevante o delinear de bases para a atuação conjunta desses entes¹²⁵. Nessa toada insere-se o *compliance*, o qual se expressa em diversas vertentes, inclusive de relevância penal, com múltiplos pilares que merecem ser pormenorizados, tendo em vista seu propósito de prevenção de riscos de delitos numa sistemática de autorregulação regulada.

3.1. ORIGENS E FINALIDADES DO *COMPLIANCE*

O longo diagnóstico desenvolvido em torno da nova conformação social de risco, conduzida pelo aumento de protagonismo de grandes corporações na cena internacional, expandindo-se a flexibilidade da atividade econômica, que se aproveita da desregulamentação típica da globalização, retoma posição central no delinear de expectativas em torno do *compliance*. O aspecto internacionalizante da economia revela a importância da instituição de órgãos internacionais, como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e a Organização Mundial do Comércio (OMC), voltados a assegurar uma esfera internacional favorável à celebração de negócios, partindo-se da elevação da confiança no sistema financeiro como bem imaterial indispensável para a consecução de tal objetivo¹²⁶.

A dirigência da preocupação internacional com o equilíbrio do mercado ganha ainda mais robustez nos anos finais da década de 1990 e iniciais da de 2000, marcados pela espiral de escândalos financeiros, que têm em comum a assunção de riscos exorbitantes em benefício de um crescimento econômico ganancioso¹²⁷. Como resultado do desprezo a outros valores,

¹²⁴ MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Compliance. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). *Lecciones de derecho penal económico y de la empresa*. Barcelona: Atelier, 2020, p. 97

¹²⁵ Essa conjuntura é aprofundada por Parker, que faz um diagnóstico do contexto econômico-político atual, apontando para a vivência do chamado *regulatory capitalism*, no qual os programas de *compliance* assumem destaque como instrumento voltado a restringir os espaços de riscos perigosos ocupados pelas corporações. Tal orientação das agendas corporativas em conformidade com políticas de prevenção, a exemplo do funcionamento de sistemas internos de coleta de dados e informações, seria uma estratégia fundamental para conter a irresponsabilidade, potencialmente danosa, das corporações. Vide: PARKER, Christine; NIELSEN, Vibeke. The Challenge of Empirical Research on Business Compliance in Regulatory Capitalism. *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 5, 2009, p 47

¹²⁶ HARVEY, David. *O enigma do Capital e as crises do capitalismo*. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 22-25

¹²⁷ Dentre as posturas predatórias assumidas por diversas companhias nesse contexto, Souza e Pinto destacam o caso envolvendo a Enron e WorldCom como paradigmáticos, apontando que “essas empresas norte-americanas, conforme divulgado nos anos 2001 e 2002, protagonizaram dois rumorosos escândalos financeiros, envolvendo bilhões de dólares de prejuízos em falcatacas contábeis praticadas por seus executivos, com vistas à artificiosas valorização em bolsa de valores”. Por consequência, escancarou-se a importância de medidas de transparência e prevenção a fim de evitar que administrações corporativas desconformes fossem capazes de abalar todo o

que não o benefício exclusivo ao retorno financeiro dos acionistas, vivenciou-se um abalo sistêmico do próprio capitalismo, como até então era conhecido, imergindo o mundo numa grave crise econômica, sobretudo a partir de 2008.

Nesse sentido, o paradigma dominante traçado por Milton Friedman, já em 1970, passa a perder força discursiva. O economista estadunidense sustentava a premissa de que a única responsabilidade social da empresa é o aumento de seus lucros, considerando que qualquer expansão desse conceito se traduziria em medidas autoritárias do Estado, geradoras de consequências negativas, como o aumento de preços aos consumidores e redução dos salários dos trabalhadores, pois as finanças da empresa estariam sendo usurpadas para atingir um interesse geral¹²⁸.

No lugar dessa tomada de posições, ganha importância aquelas voltadas à consideração de que há um mútuo interesse em incluir um papel social pró-ativo no âmbito da empresa, não sendo a incorporação de boas práticas corporativas algo alheio à função dos empresários¹²⁹. Ainda que a constatação de Friedman, de que a responsabilidade social tem alto custo, esteja correta, não se pode deixar de lado os retornos positivos à pessoa jurídica, provenientes dos investimentos em organização interna e programas de *compliance*. Dentre eles, destaca-se a preservação da imagem, credibilidade e reputação da empresa¹³⁰, inserindo-se numa dinâmica agregadora de valor mercadológico, ainda que distinta da econômica, por si só, além de preservar diversos bens jurídicos supraindividuais pela contenção dos riscos proibidos.

Inspiradas por essa necessidade de regulação, diversas leis centralizaram seu escopo em fornecer “uma resposta às fraudes e às falhas generalizadas dos *gatekeepers*, responsáveis pela certificação das informações fornecidas ao mercado”, nos dizeres de Souza e Pinto¹³¹. Esse desígnio foi perseguido, em 2002, pelo *Sarbane-Oxley Act* (SOX), lei estadunidense que atesta a importância do alinhamento entre a governança corporativa e o *mandatory compliance*, como meios de garantir a regularidade dos balancetes empresariais.

O meio de restaurar a confiança dos investidores nos mercados financeiros, encontrado por essa legislação, foi o de combinar os controles internos voltados à prestação

mercado. Vide: SOUZA, Luciano Anderson de; PINTO, Nathália Regina. *Criminal Compliance*. v.4, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 31

¹²⁸ FRIEDMAN, Milton. *The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits*. The New York Times Magazine. 1970. p. 1-6

¹²⁹ MULLIGAN, Thomas. *A critique of Milton Friedman's essay "The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits"*. Journal of Business Ethics, v. 5, n. 4, 1986. p. 265–269

¹³⁰ BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal compliance*: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 81

¹³¹ SOUZA, Luciano Anderson de; PINTO, Nathália Regina. *Criminal Compliance*. v.4, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 29

de contas e a checagem de dados a serem divulgados pela companhia, junto de um recrudescimento da tutela penal, estabelecendo-se graves sanções aos envolvidos em manipulações de resultados contábeis. Tal severidade pode ser extraída, por exemplo, da Seção 1.102 que prevê a pena de prisão, de até vinte anos, àqueles que prestarem falsas declarações à comissão de valores mobiliários dos Estados Unidos (*Securities and Exchange Commission - SEC*).

A invocação ao conteúdo dessa norma estrangeira, para além de destacar as origens do *compliance* e sua relevância internacional, demonstra uma emblemática utilização da tutela penal, refletora de sua tendência expansiva. Esta, qualificada como meio regulatório necessário à contenção da criminalidade econômico-empresarial, provendo instrumentos impulsionadores do devido funcionamento das instituições econômicas e da salvaguarda ao sentimento de confiança coletiva perante o mercado financeiro, não está dispensada da vinculação aos princípios garantistas, sobretudo da legalidade e taxatividade¹³².

Nessa conjuntura, demonstra-se fundamental a estipulação de critérios claros e objetivos de avaliação das empresas, com o fulcro de consolidar sua viabilidade como um legítimo instrumento de prevenção e antecipação máximas de resultados danosos¹³³. Demonstra-se relevante, inclusive, o papel dos próprios órgãos fiscalizadores, que devem incorporar uma política equilibrada de incentivos e sanções, de maneira a suscitar uma atuação conjunta com as empresas na promoção de adequados parâmetros organizativos.

Observa-se a centralidade ocupada pelas normas regulatórias, voltadas ao estabelecimento das balizas exigíveis aos programas de *compliance*, e sua constante atualização frente às inovações dos mercados. A partir de então, visa-se obter uma significativa mudança quanto à mentalidade e cultura corporativas, alinhando-se as expectativas sociais e empresariais, quanto à contenção de danos. Nesse contexto, relevante se faz a exortação de Eduardo Diniz-Saad de que a efetiva contenção dos riscos empresariais deve ir além de políticas de combate, buscando-se soluções voltadas a superar “a subcultura de resistência, postura não-colaborativa e o descumprimento”¹³⁴, por parte dos corporações.

Traçados os parâmetros gerais em torno dos programas de *compliance*, mostra-se conveniente o fornecimento de maior substrato material a sua estruturação, discriminando-se

¹³² SOUZA, Luciano Anderson de. Estágio atual do Direito Penal Econômico e alternativas jurídicas. In: SOUZA, Luciano Anderson de. ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coord.). *Direito Penal Econômico: leis penais especiais*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 61

¹³³ SILVA SÁNCHEZ, Jésus María. *Libertad económica o fraudes punibles: riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 310.

¹³⁴ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 26

seus principais pilares.

3.2. PILARES DO *COMPLIANCE* E SUA ESTRUTURAÇÃO

Assim como a falta de estipulação de normas penais específicas às pessoas jurídicas compromete a eficácia da tutela penal, no âmbito dos crimes econômicos-empresariais, a fragilidade de parâmetros legais regularizadores dos programas de *compliance*, também é um óbice à sua real conformação, vez que não se tem clareza quanto às contrapartidas viabilizadas com os investimentos em adequação da organização interna. A gravidade deste panorama é sublinhada por Souza e Pinto¹³⁵, nos seguintes termos:

Essa área cinzenta mostra-se muito problemática na prática, pois pode fortalecer dois caminhos pouco desejados: a utilização simbólica dos controles internos e a insegurança jurídica em suas avaliações, tendo em vista que os julgadores podem carregar preconcepções negativas dos controles internos.

Por conseguinte, para que o propósito principal dos programas de *compliance*, leia-se: a prevenção de irregularidades no bojo empresarial, seja atendido, é indispensável a fixação, clara e objetiva, de *standards* de aplicação da lei.

Caso contrário, esse sistema poderia se enquadrar em duas possíveis classificações indesejadas: (i) a de custo improdutivo, sendo relegado pelos empresários, ou; (ii) mera “perfumaria”, dado que se os programas de *compliance* estiverem vazios de integridade e acompanhamento pelos órgãos fiscalizadores, constituiria mera fachada promocional de uma empresa que não é, de fato, comprometida com suas responsabilidades sociais de contenção de riscos. Lamentavelmente, nesses dois cenários, além da consequência evidente de não serem contidos os riscos perigosos e penalmente relevantes, não seria possível evitar ou reduzir a imposição de penas pelos entes estatais, que poderiam, no limite, torná-las ainda mais severas, se houver o entendimento de que se trata de uma farsa voltada a mascarar práticas criminosas¹³⁶.

Para tanto, é cabível o exame dos elementos que balizam uma estrutura corporativa adequada, cuja gestão volta-se, verdadeiramente, à minimização dos riscos. Em relação a eles, oportuno destacar que são variáveis, conforme segmento de mercado ocupado pela empresa, o que deve ser considerado na formatação de um efetivo programa de *compliance*, adequado à rotina e às necessidades típicas da companhia. Visa-se, com isso, evitar o chamado

¹³⁵ SOUZA, Luciano Anderson de; PINTO, Nathália Regina. *Criminal Compliance*. v.4, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 47

¹³⁶ SOUZA, Luciano Anderson de; PINTO, Nathália Regina. *Criminal Compliance*. v.4, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 47

*overcompliance*¹³⁷, entendido como um organograma tecnicista voltado apenas a fazer cumprir normas regulatórias, independente da formatação daquele comportamento empresarial, o que imbuiria esses regramentos de expressão meramente simbólica.

A fim de reduzir as subjetividades quanto à casuística de implementação dos programas de *compliance*, destaca-se a normativa australiana, *Compliance Standard* (AS-3806-2006), datada de 2006, enquanto expoente regulatório delimitador de características gerais que, quando verificadas, validam a eficácia dos mecanismos de controle interno. Para tanto, são estipulados quatro grupos de princípios: (i) compromisso, (ii) implementação, (iii) monitoramento e (iv) melhorias contínuas.

Sobre a primeira classificação, extrai-se a necessidade de participação de todo o corpo executivo, o que, na prática, pode ser aferido pelo fornecimento constante de treinamentos, vez que as medidas de *compliance* devem ser comunicadas, de maneira clara e acessível, para serem efetivamente incorporadas. Além disso, a configuração de uma empresa compromissada com seu programa de *compliance* implica, diretamente, na adesão operacional de toda a companhia, independentemente das estruturas hierárquicas internas. Dado que essa agenda organizacional é uma estrutura alatere à pessoa jurídica, prestando assessoria quanto aos processos conformes de cada departamento, é fundamental que haja real adesão da diretoria, num modelo de *top-down compliance*, no qual a cúspide executiva se compromete com uma forte cultura de conformidade, que se espraia em cascata aos demais níveis estruturais.

A consecução do segundo grupo principiológico, tem algumas vertentes possíveis, ressaltando-se que deve prevalecer a independência desses programas, o que pode ser atingido, por exemplo, via formação de um comitê de *compliance*, formado por pessoas de confiança da empresa. A atuação em grupo quanto à condução dos programas de *compliance* produz como resultado positivo a dificuldade de cooptação de uma única pessoa, imbuída da função de *compliance officer*¹³⁸, vez que o órgão encontra-se despersonalizado e composto por

¹³⁷ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 89-95

¹³⁸ Nos subtítulos seguintes desta tese, serão tecidas considerações específicas em torno dos reflexos do *compliance* na responsabilização por ilícitos, tanto da pessoa jurídica, quanto das físicas, hipótese esta em que ganha centralidade a figura do de *compliance officer*, sendo detida maior atenção descritiva a essa figura. Porquanto, nesse momento, faz-se relevante transcrever os dizeres de Costa e Araújo: “Também referido com um gatekeeper, o *compliance officer* e aquele delegado da direção da empresa que tem como tarefa zelar pela correta implementação e supervisão do programa de *compliance*. Essa função pode estar concentrada em uma só pessoa, em um departamento composto de diversos funcionários ou ainda, em figuras externas à empresa, como auditores independentes ou advogados externos.”. Vide: COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAUJO, Marina Pinhão Coelho. *Compliance e o Julgamento da APN 470*. São Paulo; Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 22, n. 106 (jan./fev.), 2014. p. 217

diversos responsáveis pela checagem das operações internas.

Outro meio de implementação efetivo dos programas de *compliance* envolve a descrição das funções e seus respectivos encarregados, de maneira a traçar um ambiente favorável à determinação de responsabilidades específicas e individualização de condutas. Tal sistemática relaciona-se diretamente à confecção de registros das atividades realizadas, criando-se um arcabouço descritivo dos procedimentos internos.

O terceiro grupo, por sua vez, pode ser atingido pelo estabelecimento de canais de denúncia¹³⁹, que impliquem na abertura de espaços seguros de comunicação acerca de possíveis desvios internos, possibilitando que sejam acolhidos de pronto, evitando-se seu escalonamento para eventuais extrações de riscos permitidos. Ademais, nessa estrutura de monitoramento, também demonstram-se relevantes a classificação probabilística de eventuais falhas nos controles internos¹⁴⁰ e os meios pelos quais podem ser contornadas, incluindo-se procedimentos de investigação próprios.

Superando a estrutura interna da empresa o pilar do *compliance* relacionado ao controle e monitoramento também pode ser perseguido mediante a valorização dos *stakeholders*, entendidos como toda coletividade afetada pelas atividades empresariais, direta ou indiretamente¹⁴¹. Essa identidade funcional entre a corporação e as demais partes interessadas dá legitimidade aos programas de *compliance*, demonstrando o comprometimento da corporação com a responsabilidade social, o que pode ser materializado, por exemplo, via mecanismos de *feedbacks*, que visam dar visibilidade às externalidades empresariais que podem passar despercebidas de uma cultura organizativa fechada e ensimesmada.

Por fim, o quarto classificador, correspondente às melhorias contínuas, evidencia

¹³⁹ NIETO MARTÍN, Adán. Compliance, Criminologia e Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: NIETO MARTÍN, Adán; GARCIA DE LA GALANA, Beatriz; BLANCO CORDERO, Isidoro; LASCUARÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; FERNANDÉZ PEREZ, Patricia; SAAD-DINIZ EDUARDO; GOMES, Rafael Mendes (Org). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2^a ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 67.

¹⁴⁰ Em relação às diligências para mapear os riscos internos e externos sobre os quais a companhia encontra-se exposta, é válida a adoção de critérios de dupla aprovação (*four eyes policy*) e alertas (*red flags*), conforme foi proposto em: SOUZA, Luciano Anderson de; PINTO, Nathália Regina. *Criminal Compliance*. v.4, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 50

¹⁴¹ Souza e Pinto ressaltam a importância dos *stakeholders* para o afastamento de situações individuais influenciadoras do desenvolvimento de culturas indesejadas dentro da empresa, que tendem a usar a busca por resultados mais vantajosos como motivo para condutas indevidas. A esse respeito, destacam que: “Para que todos se sintam parte de um projeto maior e para que haja compreensão sobre os objetivos buscados, fala-se da importância da *stakeholder democracy*, da participação de todos no desenvolvimento das regras. Mais do que reunir todos os interessados em uma sala para discutir cada um dos pontos, o que seria inviável em estruturas empresariais mais complexas, o que se pondera são participações gerais para levantamento dos aspectos mais relevantes e existência de aberturas para questionamentos e dúvidas.”. Vide: SOUZA, Luciano Anderson de; PINTO, Nathália Regina. *Criminal Compliance*. v.4, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 106

que a dinamicidade econômica, inerente à atividade empresarial, impede a condução de riscos de maneira estática. Concerne ao corpo executivo, sobretudo aos que ocupam posições de garantia, o acompanhamento frequente das medidas estipuladas pelo programa de *compliance*, com o olhar analítico e fomentador de superação de eventuais fraquezas.

Essa breve explanação a respeito de aspectos extrapenais, inerentes à atividade empresarial, tem por objetivo demonstrar orientações gerais de regulamentação voltadas a superar as necessidades básicas de controle de uma corporação. No entanto, alguns dilemas são introduzidos nessa seara, a exemplo do enunciado por Philip Wellner¹⁴² de que, quanto melhor o programa de *compliance*, maiores as chances de descoberta de irregularidades e possível desincentivo à implementação de mecanismos de controle interno efetivos. Na mesma linha, William Laufer¹⁴³ ressalta que, sem exigências legislativas claras, evidenciadoras das contrapartidas da adoção de uma devida organização, a empresa se vê inserida numa dinâmica de desincentivos, caracterizada pela letargia regulatória.

Ambas posições divergentes desaguam na necessidade de haver maiores incentivos político-criminais aptos a dar concretude ao que se espera de uma devida organização. À vista disso, destacam-se as considerações de Souza e Pinto¹⁴⁴:

A adoção de um programa de *compliance* representa a incorporação de medidas preventivas idôneas e eficazes dentro da organização empresarial, constituindo um instrumento adequado para minimizar os riscos de responsabilidade penal da empresa (nos casos de crimes ambientais, no Brasil) ou administrativa, bem como penal ou administrativa de seus colaboradores e membros que ocupam cargo de direção.

A existência de lacunas quanto às consequências do *compliance* no âmbito criminal, fruto da falta de previsão normativa sobre o que se considera como efetivo ou não para os órgãos de fiscalização, será tomada como objeto de análise das instâncias finais desta tese. Para tanto, serão focalizados esforços voltados a compreender como a estruturação regulatória em torno do *compliance* pode ser uma via adequada ao suprimento de hiatos da responsabilidade penal em crimes econômico-empresariais. Fortalecidas as bases teóricas em torno dos modelos de devida organização, dá-se maior robustez à construção de uma culpabilidade corporativa, enquanto elemento subjetivo legitimador da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

¹⁴² WELLNER, Philip A. Effective compliance programs and corporate criminal Prosecutions. *Cardozo Law Review*. New York, vol. 27-1, Oct./2005, p. 505-513

¹⁴³ LAUFER, William S. *The missing account of progressive corporate criminal law*. New York University Journal of Law & Business, 14/2017, p. 79

¹⁴⁴ SOUZA, Luciano Anderson de; PINTO, Nathália Regina. *Criminal Compliance*. v.4, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 156

3.3. INFLUXOS DO *COMPLIANCE* NA RESPONSABILIDADE PENAL

A caracterização das bases do *compliance* demonstram sua valiosa posição no âmbito preventivo à criminalidade econômico empresarial. Isto é, esses programas são integralmente estruturados a partir de um propósito diligente, tornando-se eficientes à medida que integram a cultura corporativa como um todo e, constantemente empurram a gestão corporativa para um parâmetro de excelência na contenção de riscos penalmente relevantes. Por outro lado, salientam Helena Costa e Marina Araújo¹⁴⁵: “sua relação com o direito penal jamais será de plena harmonia, já que a racionalidade penal – não obstante as mutações que vem sofrendo – é oposta: trabalha-se após o dano, a lesão ou a criação de perigo.”.

Enquanto o *compliance* é tido como instrumento de controle corporativo *ex ante*, a apreciação dos fatos submetidos ao Poder Judiciário se dá de maneira *ex post*, o que demanda ser compatibilizado a fim de garantir a proporcionalidade da tutela penal. Isso porque, na medida em que esses programas estabelecem atribuições claras ao funcionamento do ente coletivo, podem funcionar como uma corrente de responsabilização penal, uma armadilha, se os elementos subjetivos que a compõem forem postos sob uma análise desvirtuada, após a ocorrência do fato, sobre a eficácia do modelo e sua aptidão quanto à contenção de riscos.

À fim de evitar essa problemática, propõe Sarcedo¹⁴⁶:

É preciso criar um novo paradigma no sentido de que a eficiência e a efetividade do programa de *compliance* possam ser valoradas numa perspectiva *ex ante*, para que o julgador possa aquilatar o comprometimento da companhia nas obrigações de *autorregulação regulada* que lhe foram impostas pelo Estado.

Seguindo-se essa linha argumentativa, para que o *compliance* seja uma ferramenta aliada ao princípio penal de salvaguarda aos bens jurídicos considerados caros à toda sociedade, cabível o aprofundamento em torno das potenciais influências que uma devida organização pode causar na responsabilização penal, tanto da pessoa jurídica quanto das físicas que compõem o ente coletivo. Nos dizeres de Souza e Pinto¹⁴⁷: “a criação de programas de cumprimento, com códigos de condutas, canais de denúncia e monitoramento, pode figurar como abrandamento da pena ou até não aplicação da pena, a depender da situação, bem como forma de exercício de defesa”.

¹⁴⁵ COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Compliance e o Julgamento da APN 470*. São Paulo; Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 22, n. 106 (jan./fev.), 2014. p. 229

¹⁴⁶ SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*. 2015. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 258.

¹⁴⁷ SOUZA, Luciano Anderson de; PINTO, Nathália Regina. *Criminal Compliance*. v.4, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 157

Ainda que, atualmente no Brasil, a responsabilidade penal da pessoa jurídica se defronte com brechas dogmático-penais e escopo limitado aos crimes ambientais, faz-se relevante alinhar maneiras de positivar um sistema mais coeso, que eleve a importância dos mecanismos de controle internos como forma de aferir a culpabilidade corporativa. Esse intento, conforme desenvolvido no item 2.3.3., desta pesquisa, não é estranho aos entendimentos jurisprudenciais, ainda que padeça de legitimidade legislativa para tanto.

Nesse sentido, a fixação de padrões de efetividade aos programas de *compliance* pelos órgãos fiscalizadores compõe, a *contrario sensu*, meio de aferir o que seriam os defeitos de organização, balizadores – nos sistemas de autorregulação regulada, demonstrados como os mais eficientes à contenção da criminalidade corporativa –, da culpabilidade empresarial.

Com a construção dessa sistemática, seria possível afastar a responsabilidade penal objetiva da corporação, a qual seria garantido o direito de defesa, sobretudo pela demonstração de que foram empenhadas todas as medidas exigíveis para prevenir, rastrear e sancionar condutas desviantes e produtoras de riscos exagerados. Essa forma de imputação também estaria apartada quanto ao exame das condutas dos dirigentes. Dado que os programas de *compliance* pressupõem a descrição minuciosa das funções empresariais a serem desempenhadas por seus respectivos encarregados, junto do registro de todas as atividades realizadas, demonstra-se facilitada a tarefa de individualização das condutas ilícitas e a eventual punição dos reais agentes idealizadores e executores de fatos típicos.

Preserva-se, com isso, a defesa da imputação subjetiva, sem desconsiderar a realidade das empresas na contemporaneidade, cuja formação do elemento subjetivo se dá para além da mera somatória das vontades individuais de seus membros e alça *status* próximos à autonomia. Dar relevância à implementação de programas de *compliance* eficazes, que passem a compor, efetivamente, os valores internos da companhia enfraquece a ideia de associação diferencial, pois se a companhia se preocupa com os meios de consecução de seus objetivos e não apenas com os resultados, aqueles que, mesmo assim, optem por comportamentos desviados ao ordenamento jurídico o fazem por uma decisão racional e individualizada de burla, excluindo-se a pessoa jurídica do alvo da responsabilização.

A experiência norte-americana pode ser inspiradora aos regramentos nacionais, sobretudo à vista das diretrizes sobre adequação dos programas de *compliance* e das estruturas de controle interno, publicadas pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos, em junho de 2020¹⁴⁸. Segundo a normativa, a demonstração de efetividade da organização empresarial

¹⁴⁸ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE: Evaluation of Corporate Compliance Programs. Washington D.C., 1º de junho de 2020

perpassa compreender se o programa está bem estruturado, aplicado seriamente e se funciona, quando posto em prática¹⁴⁹. Além disso, o cumprimento dos marcos regulatórios deve se dar de maneira casuística, considerando-se os riscos específicos enfrentados pela companhia, levando em conta, por exemplo, o local onde são desenvolvidas suas atividades e o ramo mercadológico em que atua.

Paralelo a essas orientações, Anabela Rodrigues¹⁵⁰ segmenta a avaliação dos programas de *compliance*, após a ocorrência de um fato ilícito no bojo da companhia, em duas vertentes: uma formal e outra material. No primeiro parâmetro, deverá ser examinado se a empresa oferecia treinamentos; dispunha de canais de denúncia, conhecidos e utilizados pelos colaboradores; e previa situações semelhantes em seu código de conduta. Em relação ao segundo, tem-se a ponderação quanto à própria implementação do programa de *compliance* em concreto, devendo-se avaliar, essencialmente, a existência de controles internos, a origem da falha e como ela conseguiu escapar dos mecanismos de monitoramento.

Essas propostas de balizas são essenciais à aferição de responsabilidades, imbuindo os marcos regulatórios de dar concretude ao que se espera da atuação empresarial e quais os pontos sensíveis à companhia deve deter atenção a fim de se adequar às expectativas de controles de risco. A fim de completar a análise reflexiva em torno dos influxos do *compliance* no estabelecimento da responsabilidade penal, faz-se necessário empenhar maior atenção à figura do *compliance officer*.

3.3.1 COMPLIANCE OFFICER

A figura do *compliance officer* pode ser definida, em linhas gerais, como o agente responsável por estabelecer e fazer cumprir o código de conduta da empresa, de forma que sua tarefa principal volta-se a garantir a adequada implementação e acompanhamento do programa de *compliance*. Conforme previamente elucidado, essa função pode ser desempenhada tanto por uma pessoa, quanto por um departamento da companhia ou, até mesmo, por uma figura de auditoria externa.

Independente da formatação do *compliance officer*, eleita pela companhia, ressalta-se que essa estrutura não definirá as decisões a serem tomadas pela empresa, servindo apenas de alerta sobre os riscos inerentes dessas. Diante de um escopo eminentemente voltado à assessoria administrativo-jurídica, é frequente que o *compliance officer* não tenha acesso às

¹⁴⁹ Síntese extraída das ponderações feitas por Souza e Pinto em: SOUZA, Luciano Anderson de; PINTO, Nathália Regina. *Criminal Compliance*. v.4, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 53

¹⁵⁰ RODRIGUES, Anabela Maria Pinto de Miranda. Compliance programs and corporate criminal compliance. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, n. 149, nov/2018, p. 22

deliberações tomadas pelo alto escalão executivo, muito menos poder de voto sobre elas, concentrando sua atuação na prestação de assessoria aos demais membros da companhia, sobre a legalidade e correção de determinada conduta tida como duvidosa ou questionável, a fim de dar observância prática ao programa de *compliance*¹⁵¹.

De tal forma, nos exatos termos de Costa e Araújo, tem-se: “Evidente, pois, que não se pode aceitar a imputação de condutas ilícitas ao *compliance officer* sem que haja a análise efetiva da estrutura do delito em todos os seus componentes tradicionalmente estabelecidos”¹⁵². A incompatibilidade da responsabilidade penal objetiva, largamente discutida na presente tese, também merece destaque referencial quanto a apuração de condutas do *compliance officer*. Não se pode deixar de lado a ponderação em torno dos poderes de vigilância, efetivamente desempenhados por aquele agente, bem como os demais espectros de sua atuação, avaliando sua eventual capacidade em deixar de cumprir uma ordem hierarquicamente superior, para compor o eventual elemento subjetivo da imputação¹⁵³.

Nessa toada, cabível a exortação de Costa e Araújo¹⁵⁴ de que o *compliance officer*:

(...) não assume o dever de evitar todo e qualquer resultado de prática de crimes dentro da empresa, mas sim de estabelecer regras, fiscalizar sua aplicação e comunicar eventuais problemas àqueles que detêm, na empresa, os poderes de administração. Esse dever de evitação – no que se refere a práticas criminosas da administração – somente pode ser assumido nas hipóteses em que o *compliance officer* tenha capacidade de administração e decisão no âmbito da empresa, ou poder de voto ou suspensão de condutas dos administradores.

A escolha realizada acerca dos aspectos considerados como principais a respeito da função atribuída ao *compliance officer*, baseia-se na ponderação em torno dos riscos de afetação pessoal, inclusive no âmbito penal, daqueles que realizam essa atividade de supervisão e vigilância da observância normativa de terceiros. O problema relacionado à falta de especificidade legal, diagnosticado a respeito do instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica e das contrapartidas esperadas pelas companhias em relação à implementação de programas efetivos de *compliance*, também pode ser vislumbrado quando se trata das obrigações legais atribuídas ao *compliance officer*.

Identificado mais um ponto de insegurança jurídica quanto ao desempenho da

¹⁵¹ DE LA MATA BARRANCO, Norberto. La actuación conforme a protocolos de prevención de delitos como causa de exención de responsabilidad penal. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Navarro: Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

¹⁵² COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Compliance e o Julgamento da APN 470*. São Paulo; Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 22, n. 106 (jan./fev.), 2014. p. 223

¹⁵³ NIETO MARTÍN, Adán. Introdução. In: ____; ARROYO ZAPATERO, Luis (Org.). *El derecho penal económico en la era del compliance*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 28

¹⁵⁴ COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Compliance e o Julgamento da APN 470*. São Paulo; Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 22, n. 106 (jan./fev.), 2014. p. 226

atividade empresarial, no Brasil, demonstra-se ser indispensável à sua mitigação a fixação de critérios materiais limitadores da imputação nos sistemas de delegação de deveres corporativos. Aliado a isso, extraem-se as propostas de Sarcedo¹⁵⁵:

Responsabilizando-se a própria corporação por seus déficits organizacionais na condução de suas atividades sociais, distribui-se melhor o peso das responsabilidades e dos deveres em seu organograma interno, pois eventuais falhas que importem na ocorrência do delito terão suas consequências suportadas por toda a coletividade profissional daquele ente coletivo.

Tais considerações buscam formatar um sistema econômico empresarial mais previsível quanto às consequências das condutas tomadas por seus agentes, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, além de ampliar o caráter de proporcionalidade em torno da tutela penal aplicável a essa seara. Sobre este aspecto, vale ressaltar que não se trata da exclusão das imputações individuais, que continuariam a ocorrer, se demonstrados requisitos de dolo ou culpa, conforme tipicidade específica, mas sim de não ser a principal estratégia persecutória do Estado. Por sua vez, dá-se protagonismo ao agir coletivo motivado pela vontade do todo corporativo numa perspectiva de legítima autorregulação regulada.

CONCLUSÃO

1. A conformação social contemporânea, especialmente a partir do século XX, pós-Revolução Industrial, atualiza as dinâmicas de poder, sobretudo diante da flexibilização dos fluxos econômicos, típica dos processos de globalização e da agenda neoliberal desregulatória. Nessa conjuntura denominada “sociedade do risco”, o protagonismo na cena global é deslocado dos Estados às empresas que tendem a se organizar de maneira livre com orientação à reprodução máxima dos lucros. No entanto, esses espaços de autonomia das empresas, cada vez mais agigantadas e complexas, que desprezam a responsabilidade social que não o benefício exclusivo do retorno financeiro aos acionistas, foram levados a tal limite que culminou na vivência de graves crises sistêmicas. A colocação do delito como meio de garantir maior eficiência lucrativa levou à produção de externalidades negativas, produzidas por esses entes coletivos, que puderam ser sentidas em diversas frentes, como o meio ambiente, ordem econômica e confiança nos mercados financeiros.

2. Dado que o direito penal volta-se à promoção de estabilidade das expectativas

¹⁵⁵ SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*. 2015. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 76-77

sociais, fornecendo instrumentos de prevenção e contenção daquelas condutas consideradas como às mais graves aos bens jurídicos, demonstra-se inadmissível sua abstenção diante de tamanha danosidade que pode ser produzida no âmbito corporativo enquanto centro gerador de riscos. No entanto, a simples transposição da dogmática penal clássica para lidar com a delinquência empresarial, sem racionalidade própria, leva a questionamentos quantos aos institutos próprios desse ramo do direito

3. Dentre os novos paradigmas introduzidos pela criminalidade econômico-empresarial deu-se destaque, em especial: (i) ao princípio da ilicitude e da tipicidade, considerando-se a ampla zona cinzenta entre o proibido e o permitido, sobre a qual se posicionam muitas das complexas condutas empresariais; (ii) aos bens jurídicos supraindividuais, cuja violação impacta numa vitimização difusa, potencialmente imaterial e de profunda danosidade social; e (iii) ao princípio da culpabilidade, que concentra a maior parte dos dissensos doutrinários, haja vista o aglutinamento de vontades corporativas no âmbito da empresa.

4. A complexidade empresarial tem como expoente a dificuldade de individualização das condutas perpetradas no bojo das companhias, marcadas por avançadas divisões de trabalho e departamentalização, que transformam seus membros em engrenagens facilmente intercambiáveis, demandando estratégias aptas a atingir o ponto nevrálgico da incidência criminosa: a responsabilização penal da pessoa jurídica.

5. Foi dada relevância à responsabilização sob o viés penal, em detrimento de outras formas de contenção, como o direito administrativo sancionador, considerando, sobretudo, seu poder comunicacional. Esse ramo do direito foi considerado como compatível com a natureza da pessoa jurídica, tendo em vista, essencialmente, que a aplicação de um grave juízo de reprovação, proveniente da incidência das sanções penais, impacta gravemente a sustentabilidade financeira do ente, bem como seu ativo relacionado à reputação no mercado.

6. Em análise aos sistemas de heterorresponsabilidade, os quais compreendem que os elementos subjetivos de dolo ou culpa só podem ser preenchidos por pessoas físicas, cabendo transferência à respectiva pessoa jurídica, caso essas possuam poderes decisórios no âmbito da companhia e ajam em favor da empresa da qual fazem parte. Dentre as problemáticas atinentes a esse modelo, destaca-se a dificuldade de individualizar condutas criminosas praticadas em contexto empresarial massificado e despersonalizado, além da consagração da responsabilidade objetiva por ricochete às pessoas jurídicas, o que não é compatível com o

ordenamento jurídico brasileiro que considera indispensável à imputação penal a conformação do elemento subjetivo do agente.

7. Já os sistemas de autorresponsabilidade baseiam-se estritamente no conceito de culpabilidade da empresa, consolidando a concepção de “defeito de organização” como central para a aferição do elemento subjetivo nessa seara delitiva. A principal oposição feita a essa sistemática diz respeito a sua fragilidade quanto à manutenção do poder comunicacional do direito penal, dado que sempre que a falha de organização fosse constatada no caso concreto, haveria incidência da mesma norma impositiva da devida organização.

8. Por fim, os modelos híbridos, tendentes à autorresponsabilidade, foram diagnosticados como os mais propícios a contenção da criminalidade econômico-empresarial, sobretudo, porque permitem a imputação de um fato típico à pessoa jurídica, ainda que não seja possível identificar um correspondente natural determinado, oportunizando ao ente coletivo o exercício de defesa sob a alegação de que cumpriu com as exigências de prevenção de riscos.

9. Como resultado da adjudicação da responsabilidade penal, foram desenvolvidas considerações acerca das sanções penais compatíveis com a estrutura empresarial, que dividem-se, essencialmente, em três grupos: multas, penas restritivas de direitos, perdimentos e demais efeitos, especialmente relacionados ao abalo reputacional do ente condenado.

10. Ainda que a responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil esteja limitada aos crimes ambientais, nos termos da Lei Federal nº 9.605 de 1998, permeada de diversas críticas quanto à técnica legislativa empenhada, o exame da Constituição Federal diretiva de 1988 permite extrair uma orientação dada ao legislador ordinário para a estipulação de instrumentos aptos a tutelar bens jurídicos supraindividuais, não estando vetada, para tanto, a incorporação da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Ademais, a jurisprudência atual tem se conduzido a consagrar a importância avaliativa da postura empresarial diante de crimes cometidos no deslinde de suas atividades, aproximando-se da sistemática de autorresponsabilidade, ainda que não haja, por ora, instrumentos legislativos legitimadores, o que aprofunda a insegurança jurídica quanto ao tratamento esperado pelos operadores do direito.

11. Dada proeminência dos modelos de autorregulação regulada para a contenção da criminalidade econômico-empresarial, o *criminal compliance*, enquanto instrumento e

estrutura de governança corporativa voltada à prevenção de crimes dentro da empresa, exerce papel fundamental. Isso porque, sua funcionalidade perpassa uma perspectiva jurídico-regulatória, com profundo conhecimento sobre os procedimentos e atividades empresariais, possibilitando adequá-los a um padrão de organização ideal e conforme às normas jurídicas sobre o tema.

12. A fixação de padrões para a aferição da efetividade dos programas de *compliance* é outra demanda regulatória latente, dado que a adesão a uma adequada cultura organizativa perpassa clareza quanto aos incentivos político-criminais para a incorporação de mecanismos de controle interno, que demandam o dispêndio de recursos corporativos. Dessa maneira, os programas de *compliance* constituem instrumentos adequados para reduzir riscos de incidência de responsabilidade da empresa e seus colaboradores, diante de eventuais falhas penalmente relevantes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, Amanda Moniz de. *Os crimes de perigo abstrato na sociedade global de risco*. 120 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Departamento de Direito Público, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2013. Disponível em: <http://www.tcc.sc.usp.br/tce/disponiveis/89/890010/tce-26112013-150227/?&lang=br>. Acesso em: 08 out. 2023.
- ALBRECHT, H.J. *Investigaciones sobre la criminalidad económica en Europa: conceptos y comprobaciones empíricas*. AAVV., Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y la criminología. Madrid: UNED, 2001.
- BAIGÚN, David. *La responsabilidad de las personas jurídicas*: ensayo de un modelo teórico. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2000.
- BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial: fundo de comércio ou fazenda mercantil*. São Paulo: Saraiva, 2^a ed., 1988.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: As consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo*: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECHARA, Fábio Ramazzini; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. *Compliance e direito penal econômico*. São Paulo: Grupo Almedina, 2019.

BECK, Ulrich; NASCIMENTO, Sebastião. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2011.

BECKER, Gary S. Nobel Lecture: *The Economic Way of Looking at Behavior*. In *The Journal of Political Economy*. Vol. 101, n. 3. Chicago: University of Chicago Press, 1993.

BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal compliance*: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

CALLEGARI, André Luís. *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro*: aspectos criminológicos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. Responsabilidade Penal da Empresa sob o Prisma da Culpabilidade. In: *Inovações No Direito Penal Econômico*: Prevenção e Repressão da Criminalidade Empresarial. ESPMU (Escola Superior do Ministério Público da União), 2018.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. A construção da personalidade jurídica na prevenção de crimes através da responsabilidade penal de pessoas jurídicas: legitimização e eficácia. In SAAD-DINIZ, Eduardo; BRODOWSKI, Dominik; SÁ, Ana Luíza de (Org.).*Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira*. São Paulo: LiberArs, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Editora Coimbra, 1994.

CASTRO MARQUINA, G. *La necesidad del derecho penal económico y su legitimidad en el Estado social y democrático de derecho*. Montevidéu, Buenos Aires: BdeF-Euros Editores, 2016.

CIGÜELA SOLA, Javier. *Collective organizations as meta-subjects: from collective guilt to structural responsibility paradigm*. Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, Giessen, n. 4, p.242-247, 2016. Disponível em: <http://www.zis-online.com/dat/artikel/2016_4_1006.pdf>. Acesso em 21 out. 2024.

COLLADO GONZÁLES, Rafael. *Empresas criminales: un análisis de los modelos legales de responsabilidad penal de las personas jurídicas implementados por Chile y España*. Santiago: Thomson Reuters, 2014.

COLOMBO, Silvana; FREITAS, Vladimir Passos de. *Da teoria do risco concreto à teoria do risco abstrato na sociedade pós-industrial: um estudo da sua aplicação no âmbito do direito ambiental*. São Paulo. Revista Quaestio, v. 8, n. 03, p. 1895–1912, 2015. DOI: 10.12957/rqi.2015.18820. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/quaestiojuris/article/view/18820>>. Acesso em: 17 out. 2023.]

CONTI, Thomas Victor; TIMM, Luciano Benetti. *Law and Economics do parágrafo único do art. 40 da Lei de Propriedade Intelectual*. JOTA. out. 2020 Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/law-and-economics-do-par-un-do-art-40-da-lei-de-propriedade-intelectual>. Acesso em: 30 out. 2024.

COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Compliance e o Julgamento da APN 470*. São Paulo; Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 22, n. 106 (jan./fev.), 2014.

COSTA, Helena Lobo da. *Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. 2013. Tese (Livre-Docência em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

CRANE, Andrew; MATTEN, Dirk. *Business Ethics: Managing Corporate Citizenship and Sustainability in the Age of Globalization*. 4^a ed. Oxford: Oxford University, 2016.

CUESTA ARZAMENDI, José Luís de la. Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español. In CUESTA ARZAMENDI, José Luis de la (Dir.). MATA BARRANCO, Norberto J. de la (Coord.). *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Navarra (Esp.): Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros. *Direito penal econômico: a pessoa coletiva*

como agente de crimes e sujeito de penas. Curitiba: Juruá, 2010.

ECHARRI CASI, Fermín Javier. *Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: las consecuencias accesorias*. Navarra: Aranzadi, 2003.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. ¿Culpabilidad y punición de personas jurídicas?. In: LYNETTE, Eduardo Montealegre (Coord.). *El Funcionalismo en Derecho Penal*. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Fortalezas, debilidades y perspectivas de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles. In: ONTIVEROS ALONSO, Miguel (Coord.). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014. p. 135-176.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Las consecuencias jurídicas del delito. In: BAJO FERNANDES, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Pamplona: Aranzadi, 2012.

FERGUSON, Charles H. *O sequestro da América: como as corporações financeiras corromperam os Estados Unidos*. Trad. de Alexandre Martins. Revisão técnica de Eduardo Sá. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

FERREIRA, L. A. *As redes complexas e o estudo do risco sistêmico no sistema financeiro*. Dissertação (Mestrado) - Escola de Artes, Ciência e Humanidades, Universidade de São Paulo. 2013

FRANCO, Alberto Silva. *A crise financeira de 2008: quatro anos depois*. São Paulo: Revista brasileira de ciências criminais, v. 21, n. 103, p. 131–157, jul./ago. 2013.

FREITAS JUNIOR, Dorival de. *A responsabilidade da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção*. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

FRIEDMAN, Milton. *The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits*. New York: The New York Times Magazine. 1970.

GIORGIO, Rafaelle de. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Trad. Cristiano Paizão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas*. São Paulo: Atlas, 2015

GÓMEZ-JARA DIÁZ, Carlos. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. Buenos Aires: IB de F, 2010.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Fundamentos Modernos de la Culpabilidad Empresarial*. Ediciones Jurídicas de Santiago, 2008.

HARRIS, Ron. *The Transplantation of the Legal Discourse on Corporate Personality Theories: From German Codification to British Political Pluralism and American Big Business*. Washington: Washington and Lee University School of Law. SSRN Electronic Journal, v. 63, n. 4, 2007.

HARVEY, David. *O enigma do Capital e as crises do capitalismo*. São Paulo: Boitempo, 2011.

HEINE, Günter: La responsabilidad penal de las empresas: evolución y consecuencias nacionales. Trad. Alda Figueroa Navarro y José Hurtado Pozo. In: HURTADO POZO, José; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo; SIMONS VALLEJO, Rafael. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*: una perspectiva comparada. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001.

HEINE, Günter: Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originaria de la empresa. In modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. p. 17-53.

HEINRICH, Michael. *Crítica de la economía política*: una introducción a El Capital de Karl Marx. Madrid: Escolar y Mayo Editores, 2008.

IRTI, Natalino. *A ordem jurídica do mercado*. Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro, n. 145, p. 44-49, jan./mar. 2007. Tradução de Alfredo Copetti Neto e André Karam Trindade.

JAKOBS, Günther. La responsabilidad de los foráneos. Trad. Jorge Fernando Perdomo Torres. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJÓ SANCHEZ, Bernardo (ed.). *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*: seminario con Günther Jakobs y la UAM. Madrid: Aranzadi, 2008.

LAUFER, William. La culpabilidad empresarial y los límites del derecho. In: GÓMEZ-JARA DIÁZ, Carlos. *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas*. Navarra: Aranzadi, 2006.

LAUFER, William S. *The missing account of progressive corporate criminal law*. New York University Journal of Law & Business 14/2017, p. 71-142.

LIST, Cristian.; PETTIT, Philip. *Group Agency*. Oxford University Press, 2011.

LUISI, Luiz. Notas sobre a Responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: DOTTI, René Ariel; PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva* – 3^a ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica no Direito brasileiro: mais dúvidas do que certezas*. Revista dos Tribunais, v.3, n.10, p. 115-145, abr./jun. 2022.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Reminiscências da responsabilidade penal da pessoa jurídica e sua efetividade*. Revista Brasileira de Ciências Criminais (Periódico) v. 17, n. 79, p. 75-100, jul./ago. 2009.

MATUS ACUÑA, Jean Pierre. *Presente y futuro de la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus directivos y empleados*. Revista de Derecho – Consejo de Defensa del Estado, nº 21, jun. 2009. p. 47-68.

MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Compliance. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). *Lecciones de derecho penal económico y de la empresa*. Barcelona: Atelier, 2020.

MORAES, Rodrigo Iennaco. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, Curitiba: Juruá, 2010.

MULLIGAN, Thomas. *A Critique of Milton Friedman's Essay 'The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits'*. Journal of Business Ethics, v. 5, n. 4, p. 265-269, 1986.

NIETO MARTÍN, Adán. Compliance, Criminología e Responsabilidad penal da pessoa jurídica. In: NIETO MARTÍN, Adán; GARCIA DE LA GALANA, Beatriz; BLANCO CORDERO, Isidoro; LASCUARÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; FERNANDÉZ PEREZ, Patricia; SAAD-DINIZ EDUARDO; GOMES, Rafael Mendes (Org). *Manual de*

cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 2^a ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019

NIETO MARTÍN, Adán. Introdução. In: ____; ARROYO ZAPATERO, Luis (Org.). *El derecho penal económico en la era del compliance.* Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013

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

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. Sanciones penales contra empresas en España. In KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (Ed). *Compliance y teoria del derecho penal.* Madri: Marcial Pons, 2013.

PARKER, Christine; NIELSEN, Vibeke. The Challenge of Empirical Research on Business Compliance in Regulatory Capitalism. *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 5, 2009.

PATERNOSTER, Raymond; SIMPSON, Sally. *A Rational Choice Theory of Corporate Crime. In Routine.* Activity and Rational Choice. Clarke, Ronald V.; Felson, Marcus. New Brunswick: Transaction Pub, 2008.

PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel. Modelos tradicionaes de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas. In: DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis (Dir.); DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. (Coord.). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas.* Pamplona: Aranzadi, 2013.

PIETH, Mark; IVORY, Radha. Emergence and convergence: corporate criminal liability principles in overview. In: PIETH, Mark; IVORY, Radha (ed.). *Corporate criminal liability: emergence, convergence, and risk.* New ork: Springer, 2011.

POSNER, Richard. *Economic analysis of law.* 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007

PRADEL, Jean. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Trad. José Hurtado Pozo. In: HURTADO POZO, José; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo; SIMONS VALLEJO, Rafael. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada.* Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001.

PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 4^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ROCA DE AGAPITO, Luis. *La responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa: estudio histórico-comparado, dogmático y político-criminal*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2003.

RODRIGUES, Anabela Maria Pinto de Miranda. Compliance programs and corporate criminal compliance. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, n. 149, p. 17-28, nov/2018

RODRIGUES, Anabela M. *Direito penal económico - É legítimo? É necessário?*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol 127. ano 25. p. 15-38: Ed. RT, jan. 2017.

RODRIGUES, Anabela M.. *Direito penal económico-fundamento e sentido da aplicação das penas de prisão e de multa*. Revista do Ministério Público, v. 151, 2017. Disponível em: <<http://www.cpjm.uerj.br/wp-content/uploads/2020/04/Direito-Penal-Econ%C3%B3mico-Fundamento-e-sentido-da-aplica%C3%A7%C3%A3o-das-penas-de-pris%C3%A3o-e-de-multa.pdf>>. Acesso em: 6 out. 2023.

ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madri: Reus, 1981.

SAAD-DINIZ, Eduardo. *A criminalidade empresarial e a cultura de compliance*. Revista eletrônica de direito penal, v. 2, n. 2, p. 112-120, 2014. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002904851>. Acesso em: 17 out. 2023.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo Thomson Reuters Brasil, 2019.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Reflexões sobre a disfunção dos mercados. In: *Teoria crítico-estruturalista do Direito Comercial*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio*. Tese de Livre-Docência apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. 2ª ed. Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020.

SANTOS, Cláudia Cruz. *O crime de colarinho branco* (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal). Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica*: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa. 2015. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

SHÜNEMANN, Bernd. La responsabilidad penal de las empresas: para síntesis entre dogmática y política criminal. In: ONTIVEROS ALONSO, Miguel (Coord.). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014.

SILVA, Carlos Eduardo Alves da. A crise na valoração dos bens jurídicos supraindividuais nos crimes de colarinho branco. In: *Sistema de Justiça Criminal*, ESPMU, 2018.

SILVA, Ivan Luiz da. *O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal*. Brasília: Revista de Informação Legislativa. Ano 50. Número 197. jan./mar. 2013. p. 65-74.

SILVA, Marcos Ricardo Cruz da; MONTEIRO, Augusto de Oliveira. *Restruturação da Governança Corporativa e de Compliance em uma situação de crise*: o caso da Odebrecht. Revista Gestão e Planejamento, Salvador, v. 20, p. 420-436, 2019.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2. ed. ampliada y actualizada. Buenos Aires: IB de F, 2010

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La responsabilidad de las personas jurídicas en derecho español. In: *Criminalidad de empresa y compliance*: prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español. In: *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Buenos Aires: IB de F, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jésus María. *Libertad económica o fraudes punibles*: riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial. Madrid: Marcial Pons, 2003,

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Teoría del delito y Derecho Penal Económico*. Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim, v. 20, 2012. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/79696>>. Acesso em: 17 out. 2023.

SILVEIRA, Rafael Alcadipani da; MEDEIROS, Cintia Rodrigues Oliveira. *Viver e morrer pelo trabalho: uma análise da banalidade do mal nos crimes corporativos*. Escola de Administração da Universidade Federal da Bahia - Organizações & Sociedade, v. 21, n. 69, p. 217–234, 2014.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. 2^a ed. São Paulo: Método, 2003.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias de direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 1999.

SHÜNEMANN, Bernd. Los fundamentos de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de las empresas. Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio. Trad. Lourdes Baza. Madrid: Tecnos, 2002.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Atribuição de responsabilidade na criminalidade empresarial: das teorias tradicionais aos modernos programas de *compliance*. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v.12, n. 54, jul./set. 2014.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Criminologia e delinquência empresarial: da cultura criminógena à cultura do compliance*. Quaestio Iuris, 2017.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes Contra a Administração Pública*. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

SOUZA, Luciano Anderson de. Estágio atual do Direito Penal Econômico e alternativas jurídicas. In: SOUZA, Luciano Anderson de. ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coord.).

Direito Penal Econômico: leis penais especiais. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

SOUZA, Luciano Anderson de; PINTO, Nathália Regina. *Criminal Compliance.* v.4, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal Econômico: fundamentos, limites e alternativas.* São Paulo Quartier Latin, 2012.

SOUZA, Luciano Anderson de.; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Direito Penal Econômico - Parte Geral e Leis Penais Especiais.* 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

SUTHERLAND, Edwin H. CRESSEY, Donald R. *Principles of criminology.* 11th ed. New York: General Hall, 1992.

SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco.* Rio de Janeiro: Renavan, 2016.

SZCZARANSKI CERDA, Clara Leonora. *Un asunto criminal contemporáneo: rol de las empresas, responsabilidad penal de las personas jurídicas y corrupción.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica para além da velha questão de sua constitucionalidade.* Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 18, n. 214, set/2010, p. 17-18.

TAUCHERT, Maicon Rodrigo. *Justiça Retributiva e Justiça Restaurativa: paradoxos necessários para o direito penal brasileiro.* Revista São Luís Orione, Araguaína - TO, v. 10, nº 10, 2016.

THOMSEN, Steen; HANSMANN, Henry. *The Governance of Foundation Owned Firms.* 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3112766. Acesso em 27 de julho de 2023.

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad.* 2^a ed. Trad. manuel Abanto Vásquez. Lima: Grijley, 2007.

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

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE: *Evaluation of Corporate Compliance Programs.*

Washington D.C., 1º de junho de 2020.

WELLNER, Philip A. Effective compliance programs and corporate criminal Prosecutions. *Cardozo Law Review*. New York, vol. 27-1, Oct./2005.

WELZEL, Hans. O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Ed. RT, 2001.

WUNDERLICH, Alexandre. *Breves impressões sobre o tratamento da criminalidade econômico-Empresarial*. In: Criminalidade Organizada Transnacional. Almedina, 2021.

ZULETA, R. *Escândalo Panamá Papers: como tudo começou*. Disponível em: <https://exame.com/mundo/mensagem-laconica-abre-caminho-para-escandalo-panama-papers/>. Acesso em: 20 out. 2024.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, los entes sin personalidad y de sus directivos: análisis de los arts. 31 bis y 29 del Código Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.

ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. 3ª ed. Navarra: Aranzadi, 2009.

