

CRIMINALIDADE ECONÔMICA: A DIFICULDADE DA IMPUTAÇÃO PENAL

Rodrigo de Castro Villar Mello

I. INTRODUÇÃO

A acepção de direito econômico é talhada a partir do mosaico do Estado Liberal que, após a derrocada do Estado Absolutista propulsão, sobremaneira, por movimentos de grupos sociais que reivindicavam o reconhecimento de direitos e garantias individuais contra o poder absoluto, edifica-se sobre a legalidade idealizada para permitir a liberdade e os direitos civis e políticos (origem dos direitos de primeira dimensão), com influência filosófica dos princípios iluministas que resplandeciam valores individuais e a dignidade humana, a partir de inspirações da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Esse Estado Liberal se difundiu no século XVIII e seu auge se verificou no século XIX, com o incremento das relações comerciais derivadas de uma microeconomia predicada por fatores de produção determinados pela propriedade dos bens de produção, pelo capital produtivo privado e pelo trabalho assalariado reunidos e implementados por uma classe – a burguesia – que ascendeu do modelo mercantilista. O avanço da industrialização e do capitalismo evidenciado pela acumulação de riquezas são resultados desse liberalismo clássico que culminou em fortes desigualdades sociais e no questionamento do individualismo econômico marcado por conflito de classes e por disputas entre mercados econômicos.

Foi nesse cenário liberal qualificado pela ampla liberdade individual e pela detenção da propriedade privada, inclusive, dos meios de produção, que foi concebida, no Canadá, em 1889, a primeira lei antitruste¹ para permitir a intervenção do Estado no mercado com o intuito de corrigir as distorções levadas a efeito por grupos de agentes econômicos monopolistas.²

¹ Nesse sentido: “O pioneirismo do direito da concorrência é creditado ao Canadá que, em 1889, editou o *Act for the prevention and suppression of combinations formed in restraint of trade*, cuja finalidade era atacar arranjos ou combinações voltados a restringir o comércio mediante a fixação de preços ou a restrição da produção (cartéis), o que foi incorporado três anos depois ao primeiro Código Penal do Canadá. Nessa legislação explicitou-se que a fixação de preços e outros acordos entre competidores eram espécies de condutas abusivas. (GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste: o combate a cartéis*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 93)

² A propósito, Calixto Salomão Filho esclarece: “A preocupação principal é, portanto, com o poder dos monopolistas sobre os consumidores. Não só o poder econômico, também o poder político. [...] O Sherman Act é uma lei promulgada em um contexto político-econômico de proteção do consumidor contra o “excessivo poder econômico no mercado”. É essa sua única preocupação.” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 71)

O fracasso desse pensar liberal culminou no aparecimento do Estado Social (*Welfare State* ou Estado Providência), prestador e intervencionista, incumbido de exercer diretamente as atividades econômicas, por meio de empresas estatais, e munido de normas jurídicas que permitiam o dirigismo econômico, é dizer, a interferência do Estado na Ordem Econômica, para legitimar a sobreposição do interesse coletivo sobre o individual no âmbito da macroeconomia. Essas normas eram instrumentos concebidos para a consecução do novo catálogo de direitos (origem dos direitos de segunda dimensão) de natureza não mais apenas civil e política, mas também social a fim de reduzir a desigualdade verticalizada na sociedade.

Remonta à Constituição Mexicana, de 1917, e à da Alemanha, a Constituição Weimar, de 1919, o marco inicial de reconhecimento da relevância desses direitos sociais e econômicos, que foram o modelo de inspiração para as Constituições de outros Estados. Esses novos direitos de dimensão coletiva inumam a acepção individualista e a pretensa suficiência das liberdades clássicas, formais ou públicas negativas para conceber liberdades reais, concretas, materiais que impuseram ao Estado deveres prestacionais positivos para fazer frente às mazelas da sociedade massificada, onde uma única lesão ou ameaça era capaz de vitimar grupos, classes ou categorias de sujeitos determinados.

Essa dimensão coletiva é incrementada por um novo núcleo material de direitos denominados como “direitos de fraternidade ou de solidariedade”, que compõem os direitos humanos de terceira dimensão, cuja implementação não se satisfaz mais apenas com a tutela do direito de liberdade individual endereçada ao Estado ou mesmo com a implementação de direitos de uma determinada categoria. Os direitos não mais se referem a indivíduos determináveis e tampouco determinados; porém, sim, à toda humanidade, tanto à presente quanto às futuras gerações. São direitos que não admitem fracionamento entre os membros que compõem a coletividade e cuja proteção reivindica uma tutela jurisdicional suficientemente capaz de assegurá-los.

Esse modelo intervencionista não demorou para revelar suas imperfeições. O ideário paternalista emanado do espectro de um Estado extremamente provedor fracassou em sua missão constitucional de atender as demandas coletivas e demonstrou uma incapacidade mínima de se desincumbir das novas tarefas materiais que lhe foram atribuídas. Nessa ambiência, percebeu-se que era necessário reduzir o aparato estatal e devolver o exercício da

atividade econômica à iniciativa privada, inclusive, mediante delegação de serviços públicos aos particulares. Emerge, desta feita, o Estado Democrático de Direito ou Estado Regulador.

Nessa órbita, o paradigma tradicional de tutela de bens jurídicos também reclamou um repensar de sua forma de atuação. O conjunto de normas jurídicas especificamente vocacionado a disciplinar a atuação dos agentes econômicos na economia de mercado, bem como as formas de interferência estatal no processo de produção e circulação de bens e serviços foram atribuições materiais conferidas ao Direito Econômico, predicado pela ambiência sócio, econômico, cultural e política da sociedade na qual está inserido.

Esses novos bens jurídicos de natureza econômica e de envergadura constitucional, cuja essência transcende a esfera individual, passam a exigir suficiente proteção jurídico-estatal, em suas mais variadas formas, inclusive, por meio de normas penais incriminadoras de comportamentos proibidos ou não tolerados no exercício das atividades econômicas, quando um determinado bem jurídico denota relevante importância socioeconômica e, desta feita, reclama a atuação subsidiária e fragmentária do Direito Penal ou, em compasso com designação mais apropriada, do Direito Penal Econômico.³⁻⁴

Não por outro motivo, tomando-se por empréstimo a lição de Renato de Mello Jorge Silveira, “trabalha-se, no âmbito penal econômico, com um estímulo à empresa não cometer ilícito, autogerindo-se”.⁵ Essa autonomia-responsável se perfaz mediante a implementação de preceitos estatais que incentivam a adoção de providências para cumprimento normativo e o implemento de técnicas de vigilância e de detecção de fraudes, no âmbito de sua estruturação e funcionamento, a fim de cooperar com o Estado na prevenção e na repressão de ilícitos, sob

³ O ilustre professor Artur de Brito Gueiros Souza, com maestria, citando Klaus Tiedemann, esclarece que “pode-se situar o início da disciplina no conjunto da normatização havida no primeiro quarto do século XX, quando surgiu um direito econômico e industrial, tendo ela se ampliado nas épocas de penúria decorrentes das aludidas guerras mundiais, chegando a existir, em certo momento, na Alemanha, cerca de quarenta mil disposições penais em matéria econômica (TIEDEMANN, 1986, p. 71)”. (SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Inovações no Direito Penal Econômico: Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília, 2011, p. 106)

⁴ Essa foi o cenário em que se editou o Decreto-Lei n. 869/1938, que primeiro definiu os crimes contra a economia popular no ordenamento pátrio, com o propósito de prevenir condutas perigosas ou danosas à ordem econômica, inclusive, as práticas anticoncorrenciais, como acordos entre sociedades empresárias para impedir ou dificultar a concorrência ou, ainda, para ajustar venda de mercadorias abaixo do preço de custo.

⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; Saad-Diniz, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 72.

pena de responsabilidade do ente corporativo e também dos sujeitos que o integram, inclusive, dos agentes de vigilância (*gatekeepers*).⁶

Seguindo essa evolução, incorpora-se ao cenário econômico-jurídico também o conceito de autorregulação regulada ou correção concebida para o fim precípuo de, nas precisas palavras de Carlos Gómez-Jara Díez,

[...] se acentua la autorresponsabilidad empresarial, que com Heine puede formularse como um imperativo categórico: toda empresa debe comportarse (organizar-se) autorresponsablemente de tal manera que nadie resulte danado - es decidir, que el riesgo permanezca dentro del ámbito empresarial. La empresapasa de ser um mero actor económico baseado em la lógica racional de los costes/beneficios a convertirse em una persona jurídico-penal orientada por el esquema derechos/deberes; es decir, se constituye como um verdadeiro ciudadano fiel al Derecho.⁷

Acrescenta-se a esse contexto, ainda, novas formas de execução de condutas proibidas ou não toleradas que lesam ou colocam em riscos esses mais recentes bens jurídicos. Verifica-se um repertório de condutas não mais apenas perpetradas por pessoas físicas que executam ações, perfeitamente, compreendidas sob a ótica do finalismo (conhecimento e vontade de produzir o resultado) e suscetíveis de adequado juízo de censura do comportamento reprovável, inclusive, num plano normativo delimitado pelos tradicionais elementos da culpabilidade, bem como passível de um juízo de imputação penal. Pessoas jurídicas passaram a ser utilizadas para a prática de infrações penais, sobremaneira, de natureza econômica.

⁶ O Brasil é signatário da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção que foi ratificada pelo Decreto Legislativo n. 348, de 18 de maio de 2005, e promulgada pelo Decreto Presidencial n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006, que ingressou no ordenamento jurídico pátrio com o status de lei ordinária para promover e fortalecer as medidas tendentes a prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção; para promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos; e para promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos. É também signatário da Convenção Interamericana contra a Corrupção aprovada por meio do Decreto Legislativo n. 152, de 25 de junho de 2002, e promulgada pelo Decreto Presidencial n. 4.410, de 7 de outubro de 2002, com o objetivo de promover e fortalecer o desenvolvimento, por cada um dos Estados Partes, dos mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção; e promover, facilitar e regular a cooperação entre os Estados Partes a fim de assegurar a eficácia das medidas e ações adotadas para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção no exercício das funções públicas, bem como os atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício. Outrossim, internalizou a Convenção da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), ratificada pelo governo brasileiro em 15 de junho de 2000 e promulgada por meio do Decreto n. 3.678, de 30 de novembro de 2000, que obrigou a criminalização do ato de corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações internacionais, bem como a adoção de medidas para prevenir e reprimir atos de corrupção nos sistemas de contratação públicos; para eliminar a dedução fiscal dos subornos; e para garantir a transparência das práticas contábeis e de auditorias. Na esteira desses compromissos internacionais, foi promulgada a mais importante lei para combate à corrupção nos variados segmentos estatais, a Lei 12.846/2013, que responsabiliza, de forma objetiva, nas esferas administrativa e civil, as pessoas jurídicas que tenham praticado atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, sem olvidar a importância concedida a mecanismos de *compliance* ao elencá-los como meio de atenuação de pena em caso de condenação (arts. 1º e 7º, inciso VIII).

⁷ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Imputabilidad de las persona jurídicas*. São Paulo: Revista IBCCRIM n. 63/2006, p. 57.

Tais condutas se evidenciaram no âmbito da atividade empresarial, que é uma atividade eminentemente econômica, campo mais sensível e tempestuoso para aplicação das normas do Direito Penal (Econômico), porquanto a atuação, em tais ambientes corporativos estruturalmente organizados, deriva da simbiose de um ou mais agir humano externado(s) a partir de uma divisão de tarefas e de uma estruturação funcional-hierárquica. Ademais, a culpabilidade demarcada pelos elementos normativos tradicionais torna insolúvel a investigação acerca do caráter ilícito do fato e da capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento sob o prisma de um injusto penal praticado pela pessoa jurídica.

O objeto do presente artigo reside, exatamente, na breve investigação do modelo de culpabilidade passível de eleição para responsabilizar penalmente a pessoa jurídica por crimes contra a ordem econômica, em consonância com os enunciados descritivos apresentados pela doutrina contemporânea para enfrentar essa mais recente forma de criminalidade, sem olvidar a dificuldade de imputação de ações ao ente moral e aos sujeitos que o integram.

II. MODALIDADE DE APURAÇÃO DA CULPABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA

A resistência ao reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica⁸ reside, principalmente, no fato de que elas atuam por intermédio de pessoas físicas que compõe o seu quadro estrutural, de modo que sempre haveria um agir humano, e não propriamente do ente moral, e a tais sujeitos que deveria ser imputada a infração. Esse é o terreno fértil para enraizamento da teoria da ficção jurídica e da parêmia “*societas delinquere non potest*”. Segundo Mark Pieth e Radha Ivory,

⁸ Juarez Girino dos Santos assim resume a celeuma: “A responsabilidade penal da pessoa jurídica é, talvez, o tema de política criminal e de direito penal mais controvertido da atualidade. Para começar, na área internacional existem duas posições diametralmente opostas: de um lado, os países regidos pelo sistema da “*common law*”, como Inglaterra e Estados Unidos, por exemplo, admitem a responsabilidade penal da pessoa jurídica, porque seus sistemas de justiça criminal, fundados em precedentes legais, não criam maiores resistências dogmáticas; de outro lado, os países regidos por sistemas legais codificados, como os da Europa continental e da América Latina, rejeitam a responsabilidade penal da pessoa jurídica, porque seus sistemas de justiça criminal, fundados na unidade interna de instituições e normas jurídicas, apresentam obstáculos dogmáticos insuperáveis. Em ambos os casos, existem exceções: nem todos os Estados norte-americanos adotam a responsabilidade penal da pessoa jurídica, e dúvidas sobre a reprovação penal da pessoa jurídica explicam a atual tendência de restringir a aplicação de pena às empresas, segundo a exposição de motivos do “*Model Penal Code*”; e nem todos os países de sistemas legais codificados rejeitam a responsabilidade penal da pessoa jurídica: a França instituiu a responsabilidade penal da pessoa jurídica em 1994 (art. 121 e 122, do Código Penal Francês) e o Brasil adotou o modelo francês de responsabilidade penal da pessoa jurídica, instituída pela Lei 9.605/98, que define crimes contra o meio ambiente.” (SANTOS, Juarez Cirino. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Instituto de criminologia e política criminal. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/responsabilidade_penal_juridica.pdf>. Acesso em 09.set.2020)

de acordo com a teoria da ficção (ou “nominalista”) da personalidade jurídica, a Ocorporação não é nada mais do que um conceito jurídico, um termo utilizado para descrever um grupo de indivíduos constituído a qualquer momento. A corporação, por esse ponto de vista, só pode agir por meio de seus representantes humanos, seu pessoal operacional, sendo seus “membros” diretores e gerentes seniores seus “cérebros” ou “centro nervoso”. A empresa pode agir com culpa criminal na visão nominalista, mas apenas porque pode ser identificada com um ser humano que lhe serve como “direção mental e vontade”. Isso é conhecido como o modelo de identificação (ou “alter ego”) da responsabilidade penal das pessoas jurídicas.⁹

Em sentido antagônico, os defensores da teoria da realidade ou organicista apregoam que o ente corporativo atua em consonância com uma diretiva resultante da agregação de vontades dos sujeitos que o compõem, e não por intermédio da soma das diversas vontades individualizadas deles. Assim, “[a] verificação da culpabilidade neste aspecto far-se-á como juízo de reprovação lastreado em considerações normativas, recaindo sobre o ente coletivo, sem prejuízo da responsabilidade individual das pessoas físicas identificáveis e culpáveis.”¹⁰

Idealiza-se, nessa esteira, dois principais modelos de verificação da culpabilidade do ente moral passíveis de eleição legislativa para legitimar a sua responsabilidade penal: a heterorresponsabilidade e a autorresponsabilidade. Heterorresponsabilidade (responsabilidade vicarial, por transferência, por ricochete ou por empréstimo) é a responsabilidade que recai sobre a pessoa jurídica por derivação da conduta perpetrada por uma ou mais pessoas físicas que a integram e que praticaram esse ato para favorecê-la. Por sua vez, a autorresponsabilidade (por defeito de organização) é uma responsabilidade autônoma ou originária que decorre da prática do ato proibido pelo próprio ente moral no exercício de suas atividades.

Sobre o tema, Fabio André Guaragni e Maria Fernanda Loureiro elucidam, *in verbis*:

De modo contrário aos modelos da heterorresponsabilidade o sistema de autorresponsabilidade concebem as condutas como próprias das pessoas jurídicas, ou seja, de modelo autônomo. As ações penalmente relevantes são originárias da empresa, o que caracteriza uma responsabilidade verdadeiramente da pessoa jurídica. [...] a atribuição de responsabilidade ao ente coletivo não passa pela atribuição ao ser

⁹ IVORY, Radha; PIETH, Mark. Surgimento e convergência: visão geral dos princípios da responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: Fauzi Hassan Choukr; John Vervaele; Maria Fernanda Loureiro. (Org.). Aspectos Contemporâneos da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. 1.ed. São Paulo: FECOMÉRCIO, 2014, V. II, p. 24.

¹⁰ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. *Comentários à Lei de Crimes Ambientais - Lei n° 9.605/1998*, pp. 93-95.

humano, que pode ocorrer ou não. São atribuições de responsabilidade sem relação de dependência entre si.¹¹

Como bem esclarece Carlos Gómez-Jara Diez, “habria um princípio de autorresponsabilidad individual, por um lado, y um princípio de autorresponsabilidad empresarial, por outro, o excluyentes entre si.”¹²

Deve-se destacar que no âmbito da heterorresponsabilidade a existência de eventuais mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica têm pouca – senão nenhuma – relevância, porquanto a responsabilidade penal emana de práticas naturalmente executadas por agentes que integram o ente moral, independentemente de técnicas de prevenção de ilícito e de evitação de condutas antiéticas.¹³ Por outro lado, a conduta proibida levada a efeito pelo ente corporativo no desempenhar da atividade econômica suscetível de ser-lhe imputada, exige a investigação sobre as existência de *compliance programmes*, como mecanismos e procedimentos internos capazes de prevenir atos lesivos, sob pena de o defeito de organização legitimar a sua responsabilidade penal.

Discute-se, ainda, sobre modelos mistos de responsabilidade que têm por objetivo reunir as características mais adequadas do modelo da heterorresponsabilidade e da autorresponsabilidade para criar um modelo que melhor se coadune com as infrações que possam ser perpetrada pelo ente moral a partir do agregação de vontades humanas, sem olvidar os *compliance programmes* que tenham sido implementados pela pessoa jurídica, na sua estrutura organizacional, para prevenir o ilícito e o possível efeito conseqüente do defeito de organização corporativa em decorrência da abstenção desse atuar.

A contextualização do modelo adequado de responsabilidade pode ser encontrada no ordenamento pátrio a partir do superado entendimento dos Tribunais Superiores, no sentido de que a responsabilização do ente coletivo estaria condicionada ao oferecimento da denúncia, simultaneamente, em face da pessoa física que, em posição apical dentro do ente, tivesse sido a responsável pela tomada de decisão conducente à infração. Tratava-se de modelo de

¹¹ LOUREIRO, Maria Fernanda; GUARAGNI, Fabio André. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: rumo à autorresponsabilidade penal. In: Fauzi Hassan Choukr; John Vervaele; Maria Fernanda Loureiro. (Org.). Aspectos Contemporâneos da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. 1ed. São Paulo: Fecomércio, 2014, V. II, p. 129.

¹² GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. *Responsabilidad penal de los directivos de empresa*. São Paulo: Revista IBCCRIM nº 68/2007. pp. 180/181.

¹³ Sobre o tema, Luiz Arroyo Zapatero; Adán Nieto Martín (diretores) in *El Derecho Penal Económico en la era compliance*. Valência: Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 15-16.

heteroresponsabilização do ente coletivo baseado na imputação paralelo ou na dupla imputação, porquanto era imprescindível a demonstração do atuar da pessoa física em nome e no interesse/benefício do ente moral (teoria do interesse).¹⁴

Fabio André Guaragni e Maria Fernanda Loureiro destacam:

O raciocínio doutrinário e jurisprudencial funda-se na ideia de que a pessoa jurídica não dispõe de aspecto volitivo próprio o que a torna dependente de elementos subjetivos da pessoa física que a representa, caracterizando, assim, a responsabilidade por empréstimo, por ricochete, subsequente, por rebote, indireta, uma vez que o ente coletivo vale-se do aparato psíquico da pessoa natural para sua manifestação volitiva. [...]

Tais aspectos caracterizam os dois grandes modelos de heteroresponsabilidade penal: a. a responsabilidade penal da pessoa jurídica por ricochete, modelo francês; b. a responsabilidade penal da pessoa jurídica por identificação, modelo inglês. Ambos são modelos de “derivativa theories” ou “vicarious liability”, em que a responsabilidade de uma pessoa física precisa ser afirmada para haver a da pessoa jurídica, que deriva daquela.¹⁵

Trilhando uma tendência mundial, as decisões mais recentes do Superior Tribunal de Justiça, que se reportam a tradicional precedente do Supremo Tribunal Federal – o Recurso Extraordinário n. 548.181/PR, de relatoria da Ministra Rosa Weber, julgado em 06 de agosto de 2013 –, deixaram de exigir a imputação penal simultânea da ação delituosa ao ente corporativo e à pessoa física, de modo que a ação delituosa institucional pode ser desassociada das ações humanas dos indivíduos que ocupam posições organizacionais.¹⁶

Como bem preleciona Francisco Muñoz Conde, “a culpabilidade não é um fenômeno individual, mas social. Não é uma qualidade da ação, mas uma característica que se lhe atribui para poder imputá-la a alguém como seu autor e fazê-lo responder por ela. É, pois, a sociedade, ou melhor, seu Estado representante, produto da correlação de forças sociais

¹⁴ Não por outro motivo, Sérgio Salomão Schecaria destacou que “(...) ao lado do 'princípio da culpabilidade individual', de raízes éticas, surge a construção categórica de uma outra culpabilidade de natureza coletiva. Esta dicotomia por contraste, contempladora de duas individualidades que se condicionam reciprocamente, fez com que se pudesse reconhecer autonomia à culpa individual e à coletiva enquanto disciplinas de relevo e que podem ter um estudo paralelo em face de terem uma origem em um condicionamento comum. Se é verdade que a culpabilidade é um juízo paralelo –já que não igual – para a culpa coletiva. Este sistema dicotômico pode ser chamado de modelo de dupla imputação.” (SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. 2ª ed. São Paulo: Editora Método, 2003, p. 194)

¹⁵ LOUREIRO; GUARAGNI, op. cit., p. 126.

¹⁶ AgRg no RMS 48851/PA, Rel. Min. Nefi Coredeiro, Sexta Turma, DJe 26/02/2018; AgRg no RMS 48.085/PA, Rel. Min. Gurgel de Faria, Quinta Turma, DJe 20/11/2015; e RHC 48.172/PA, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 10/11/2015.

existentes em um determinado momento histórico, quem define os limites do culpável e do inculpável, da liberdade e da não liberdade.”¹⁷

Destarte, o conceito de culpabilidade deve se amoldar ao fundamento da responsabilidade penal pretendido pelo ordenamento jurídico na qual se insere, mediante a realização de um juízo de censura social que recaia sobre determinada conduta perpetrada em contrariedade com a norma penal incriminadora, depurando-se elementos normativos próprios quando imprescindível para a imputação da ação típica a uma pessoa jurídica, independentemente da reprovabilidade do comportamento dos elementos humanos que possam ter participado da ação delituosa aferida a partir dos tradicionais elementos normativos.

III. A PROBLEMÁTICA IMPUTAÇÃO DA AÇÃO DELITUOSA

As formas de execução da ação típica para a determinação da autoria de condutas criminosas econômicas, em sentido *lato sensu* (autoria e participação), ultrapassam a concepção clássica de autor, coautor e partícipe, inclusive, aquela justificada pela teoria do domínio do fato. Não por outra razão, Eduardo Demetrio Crespo, professor titular de Direito Penal da Universidade de Castilla-La Mancha (Espanha), pontuou que “la criminalidad empresarial se caracteriza por algunas peculiaridades en el modo de realización delictiva, tales como la división funcional del trabajo en el plano horizontal, y la jerarquía en el plano vertical. En este sentido, los problemas de autoría y participación que se presentan no sólo afectan a los delitos socioeconómicos en sentido estricto, sino que son comunes a otras infracciones, en las que intervienen estructuras organizadas de personas”.¹⁸

Essa nova perspectiva é ainda mais latente quando em foco as ações neutras levadas a efeito dentro de um contexto fático de execução da empreitada criminosa. O enfoque acerca das ações neutras se verificou na Alemanha, em 1985, a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal alemão em julgamento de participação criminal dos empregados de uma determinada empresa no delito de sonegação fiscal cometido por seu dono.¹⁹

¹⁷ CONDE, Francisco Muñoz. Teoria Geral do Delito. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p.128.

¹⁸ CRESPO, Eduardo Demetrio. *Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados*. Revista n. 28 Jul.-Sep. 2009. Disponível em: <https://legal.legis.com.co/document?obra=rpenal&document=rpenal_7680752a809e404ce0430a010151404c> Acesso em: 09.set.2020.

¹⁹ WOHLLEBEN, Marcus. *Beihilfe durch äusserlich neutrale Handlungen*. Munique: Beck, 1996. p.3.

Hassemer define ação neutra aquelas condutas “que desde la perspectiva de un observador imparcial no tienen ninguna tendencia objetiva hacia el injusto, aunque pueden llegar a recibir esa tendencia mediante informaciones adicionales – especialmente sobre el lado interno del que presta la ayuda”.²⁰ Como bem destaca Isidoro Blanco Cordero, “sólo se admite la cooperación punible cuando el sujeto actúe exclusivamente motivado por la realización del hecho antijurídico principal”.²¹

Entretanto, sob as cercanias do Direito Penal Econômico e da ação delituosa empresarial, tormentosa é a atividade investigativa acerca da conduta típica dos agentes envolvidos na sua execução e a possibilidade de imputação do resultado perigoso ou danoso, dos elementos subjetivos móveis e da acessoriedade da participação para a ação nuclear, bem como dos limites da regra disposta no art. 29, do Código Penal, que estabelece responsabilidade penal para todos os agentes que, “de qualquer modo, concorre para o crime”.

Claus Roxin, desde 1963, advertia que os “crímenes de guerra, de Estado y de organizaciones como las que aquí se analizan no pueden aprehenderse adecuadamente con los solos baremos del delito individual. De donde se deduce que las figuras jurídicas de autoría, inducción y complicidad, que están concebidas a la medida de los hechos individuales, no pueden dar debida cuenta de tales sucesos colectivos, contemplados como fenómeno global. Pero ello no nos exime la obligación de considerar los comportamientos de los intervinientes a título individual en tales hechos también desde la perspectiva dogmática del delito individual, con arreglo a cuyos presupuestos los juzgan predominantemente nuestros Tribunales”.²²

Esse é o contexto no qual defende-se a reconfiguração das categorias de ação e culpabilidade. No âmbito da estrutura corporativa, a definição e a imputação dos atos de execução requer um maior grau de investigação, porquanto um sócio com poder de decisão, um administrador ou mesmo um colaborador ao qual se atribui a função de gerir o programa de criminal *compliance* (*compliance officer*) podem não praticar os atos específicos de execução e, simplesmente, instruir a ação de outros componentes humanos que a executam dentro da

²⁰ Hassemer *apud* Luis Roca de Agapito. *Límites de la responsabilidad penal por actividad (profesional) cotidiana*. Disponível em: <https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/4139/pg_343-396_ep28.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 10.set.2020.

²¹ CORDERO, Isidoro Blanco. *Límites a la participación delictiva las acciones neutrales y la cooperación en el delito*. Granada: Comares, 2001, p. 56.

²² ROXIN, CLAUDIUS. Problemas de Autoría y de Participación en la Criminalidad Organizada. *Revista Penal* n. 2, 1998, p. 65 e ss.

divisão de funções corporativa, em observância das diretivas hierárquicas, obtendo um resultado não tolerado ou proibido por uma norma penal incriminadora.

É pela dificuldade da imputação individualizada que Roxin desenvolve a teoria do domínio da vontade em virtude de estruturas organizadas de poder para a responsabilização penal não apenas do autor imediato, mas também do “el hombre de atrás” por meio do domínio mediato da ação a partir do aparato organizado de poder. A construção de sua teoria se fundamenta na ação delituosa no âmbito de organizações que se encontram à margem do ordenamento jurídico, uma vez que “de la estructura del dominio de la organización se deduce que éste solo puede existir donde la estructura en su conjunto se encuentra al margen del ordenamiento jurídico, puesto que en tanto que la dirección y los órganos ejecutores se mantengan en principio ligados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, las órdenes de cometer delitos no pueden fundamentar dominio, porque las leyes tienen el rango supremo y el cumplimiento de órdenes antijurídicas, y con ello el poder de voluntad del sujeto detrás.”

A adoção dessa teoria implicaria ampliar o conceito de autoria mediata que, no ordenamento o pátrio, justifica-se apenas nas hipóteses de erro ou de coação determinado por terceiro, bem como de utilização de agente inimputável, meros instrumentos para a ação delituosa. A tipicidade da conduta do autor mediato é, desta feita, consectária da construção doutrinária, ao contrário da legislação da Alemanha e da Espanha, que expressamente preveem essa espécie de autoria da ação típica. Diversamente ocorre com a tipicidade da conduta do partícipe, que não prescinde da norma de extensão do art. 29, do Código Penal, omissa quanto ao conceito de acessoriedade da participação, o que revelou um cenário propício para construção de diversas teorias –acessoriedade mínima; acessoriedade limitada; acessoriedade máxima e hiperacessoriedade – que perquirem definir quem é o partícipe em ação típica alheia.

Sob essa ótica, os resultados lesivos deveriam ser imputados ao agente com poder de decisão no âmbito do ente moral, porquanto é ele que dirige a ação delituosa ao resultado lesivo, mediante o domínio da vontade na estrutura hierárquica do ente moral, e não aqueles indivíduos que executam a ordem superior sem vontade e consciência de praticar uma infração penal.

Entrementes, Francisco Muñoz Conde adverte que “[u]na aplicación de la técnica de Roxin a tales organizaciones sin una comprobación estricta de sus presupuestos puede llevar a una peligrosa ampliación de los límites de la penalidad o a un concepto unitario de autor en

que cualquier cabecilla o miembro de la organización podría ser condenado por un delito singular cometido por uno de ellos”.²³

Modelos outros de responsabilização do ente moral podem ser citados nessa árdua missão de fundamentar a imputação da ação culpável ao ente coletivo. Klaus Tiedemann defende que a culpabilidade do ente moral deflui do defeito de organização decorrente da inobservância das medidas necessárias à promoção da conduta ética e prevenção do delito.²⁴ Ernst-Joachim Lampe propugna a possibilidade de imputação pelo caráter da empresa (teoria do injusto do sistema), é dizer, a partir de relações organicistas que pode constituir um sistema de injustos passível reprovabilidade jurídica pelo seu mal caráter empresarial.²⁵

Dentre outros modelos construídos para tentar fundamentar a imputação da ação ao ente moral, encerrando o presente catálogo exemplificativo dessa problemática temática, pode-se destacar o da culpabilidade construtivista do já referido professor Cárlos Gomez-Jara Díez, a qual se funda na autorresponsabilidade do ente que se organiza e se expressa por suas próprias diretivas (sistema autopoietico).²⁶

IV. CONCLUSÃO

A responsabilização penal deve-se adequar às novas formas de criminalidade econômica para permitir a imputação penal das condutas praticadas pelos entes corporativos no exercício da atividade econômica, independentemente da atuação dos sujeitos que integram as estruturas hierarquicamente organizada desses entes, por meio de modelos de responsabilidade normativa que oriente a imputação direta de condutas típicas.

Trata-se de uma necessidade constitucional em prol social que não prescinde da superação da visão refratária à responsabilização penal da pessoa jurídica a fim de que se

²³ MUÑOZ CONDE, Francisco. *¿Dominio de la voluntad em virtude de aparatos de poder organizados em organizaciones “no desvinculadas al derecho”?*. Revista Penal. n. 6. Disponível em: <<http://www.cienciaspenales.net/files/2016/09/16mconde.pdf>>. Acesso em: 10.set.2020.

²⁴ BACIGALUPO, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Barcelona: Bosch, 1998, p. 171.

²⁵ Silvina Bacigalupo esclarece: “Ya que el injusto de una filosofía empresarial criminógena se encuentra en el ámbito ético-social, también se encuentra en ese ámbito la culpabilidad del management (como parte del sistema, no como expresión de personalidad!). La culpabilidad de un autor consiste en haber permitido la realización del injusto. La culpabilidad de la empresa o de su management consiste en haber creado o en haber mantenido (cultivado) tal filosofía. La culpabilidad es siempre la expresión de un mal carácter. Lo mismo ocurre con la culpabilidad de la empresa: Es consecuencia de un mal carácter empresarial. Por lo tanto, debe responder por ese carácter.” (Ibid. p. 190).

²⁶ GOMEZ-JARA DÍEZ, Cárlos *apud* BUSATO, Paulo César. Crítica ao modelo construtivista de culpabilidade da pessoa jurídica. Disponível em <<http://genjuridico.com.br/2016/09/27/critica-ao-modelo-construtivista-de-culpabilidade-da-pessoa-juridica/>>. Acesso em: 10.set.2020.

proteja, eficazmente, a atividade e a ordem econômicas para permitir a higidez do conjunto de normas constitucionais que asseguram o modelo político-econômico do país e as modalidades de intervenção do Estado na economia, em direção similar à adoção que fez a Constituição de 1988 pela responsabilidade pena da pessoa jurídica por crimes contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular, bem como contra o meio ambiente.

Entretanto, necessário a eleição de um modelo concreto de imputação que permita atribuir ao agente com poder de decisão na estrutura hierárquica da pessoa jurídica a conduta típica levada a efeito por órgãos de execução ou mesmo por órgãos intermediários, sem prejuízo da imputação direta da ação ao ente moral com adequação das penas a sua realidade, nada obstante seja necessário um contínuo aperfeiçoamento dos critérios orientadores de determinado modelo para tornar efetiva as propensões do Direito Penal Econômico.

V. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACIGALUPO, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Barcelona: Bosch, 1998.

CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito*. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CORDERO, Isidoro Blanco. *Límites a la participación delictiva las acciones neutrales y la cooperación em el delito*. Granada: Comares, 2001.

CRESPO, Eduardo Demetrio. *Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados*. Revista n. 28 Jul.-Sep. 2009. Disponível em: https://legal.legis.com.co/document?obra=rpenal&document=rpenal_7680752a809e404ce0430a010151404c.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste: o combate a cartéis*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMEZ-JARA DÍEZ, Cárlos *apud* BUSATO, Paulo César. Crítica ao modelo construtivista de culpabilidade da pessoa jurídica. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2016/09/27/critica-ao-modelo-construtivista-de-culpabilidade-da-pessoa-juridica/>.

_____. *Imputabilidad de las persona jurídicas*. São Paulo: Revista IBCCRIM n. 63/2006.

_____. *Responsabilidad penal de los directivos de empresa*. São Paulo: Revista IBCCRIM nº 68/2007.

Hassemer *apud* Luis Roca de Agapito. *Límites de la responsabilidad penal por actividad (profesional) cotidiana*. Disponível em:
https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/4139/pg_343-396_ep28.pdf?sequence=1&isAllowed=y

LOUREIRO, Maria Fernanda; GUARAGNI, Fabio André. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: rumo à autorresponsabilidade penal. In: Fauzi Hassan Choukr; John Vervaele; Maria Fernanda Loureiro. (Org.). *Aspectos Contemporâneos da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. 1ed.São Paulo: Fecomércio, 2014, V. II, p. 129.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *¿Dominio de la voluntad em virtude de aparatos de poder organizados em organizaciones “no desvinculadas al derecho”?*. Revista Penal. n. 6. Disponível em: <<http://www.cienciaspenales.net/files/2016/09/16mconde.pdf>>.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. *Comentários à Lei de Crimes Ambientais - Lei nº 9.605/1998*.

IVORY, Radha; PIETH, Mark. *Surgimento e convergência: visão geral dos princípios da responsabilidade penal da pessoa jurídica*. In: Fauzi Hassan Choukr; John Vervaele; Maria Fernanda Loureiro. (Org.). *Aspectos Contemporâneos da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. 1.ed. São Paulo: FECOMÉRCIO, 2014, V. II.

ROXIN, CLAUS. Problemas de Autoría y de Participación en la Criminalidad Organizada. Revista Penal n. 2, 1998.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Instituto de criminologia e política criminal

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Inovações no Direito Penal Econômico: Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília, 2011.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Editora Método, 2003.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; Saad-Diniz, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

WOHLLEBEN, Marcus. *Beihilfe durch äusserlich neutrale Handlungen*. Munique: Beck, 1996.

ZAPATERO, Luiz Arroyo; Adán Nieto Martín (diretores) *in El Derecho Penal Económico en la era compliance*. Valência: Tirant Lo Blanch, 2013.