

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO

Doutorado em Direito

FERNANDO GERALDO SIMÃO

**RESPONSABILIDADE PENAL INSTITUCIONAL: um ensaio propositivo sobre a
culpabilidade da pessoa jurídica**

SÃO PAULO-SP

2025

FERNANDO GERALDO SIMÃO

RESPONSABILIDADE PENAL INSTITUCIONAL: um ensaio propositivo sobre a culpabilidade da pessoa jurídica

Tese de Doutorado, desenvolvida sob a orientação do Professor Doutor Rogério Schietti Machado Cruz, apresentada para obtenção do Título de Doutor em Direito.

SÃO PAULO-SP

2025

Simão, Fernando Geraldo.

Responsabilidade penal institucional: um ensaio propositivo sobre a culpabilidade da pessoa jurídica. / Fernando Geraldo Simão. 2025.

133 f.

Tese (Doutorado) - Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2025.

Orientador (a): Prof. Dr. Rogério Schietti Machado Cruz.

1. Culpabilidade. 2. Culpabilidade institucional. 3. Culpabilidade empresarial. 4. Responsabilidade penal institucional. 5. Responsabilidade penal da pessoa jurídica.

I. Cruz, Rogério Schietti Machado. II. Título

CDU 34

FERNANDO GERALDO SIMÃO
RESPONSABILIDADE PENAL INSTITUCIONAL: UM ENSAIO PROPOSITIVO SOBRE A
CULPABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA

Tese apresentada ao Programa de
Pós-Graduação *Stricto Sensu* em
Direito da Universidade Nove de
Julho como parte das exigências
para a obtenção do título de Doutor
em Direito.

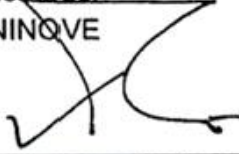

São Paulo, 23 de junho de 2025.

BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Rogerio Schietti Machado Cruz


Orientador
UNINOVE



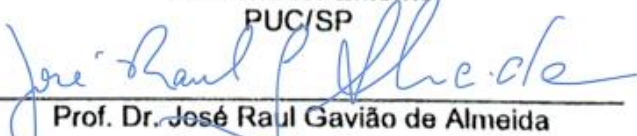
Prof. Dr. Antonio Carlos da Ponte
Examinador Interno
UNINOVE



Prof. Dr. José Renato Nalini
Examinador Interno
UNINOVE



Prof. Dr. Paulo Sérgio Feuz
Examinador Externo
PUC/SP



Prof. Dr. José Raul Gavião de Almeida
Examinador Externo
USP

À minha esposa e filhos, por sua compreensão, amor, constante incentivo e apoio; aos meus amigos, pela força e companhia; ao meu professor orientador, por sua paciência e nobre dedicação à docência; à Universidade e aos professores, pelo empenho na transmissão do conhecimento.

Resumo: O problema central deste estudo é a inadequação das teorias tradicionais de culpabilidade, centradas na pessoa física, para responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas no direito penal. A crescente complexidade das corporações e a ausência de normas processuais específicas geram dificuldades em atribuir sanções penais eficazes sem violar princípios fundamentais, como a culpabilidade e a segurança jurídica. As grandes empresas, especialmente em contextos globalizados, têm se destacado em crimes contemporâneos, causando danos sociais significativos. Assim, impunidade ou punição arbitrária geram desequilíbrios jurídicos e sociais graves. Este trabalho propõe a teoria da culpabilidade institucional, uma subespécie distinta do dolo ou culpa tradicionais. Ao rejeitar a responsabilidade objetiva, sustentou-se que a culpabilidade deve ser aferida pelas falhas sistêmicas e escolhas institucionais deliberadas, exigindo-se a comprovação de uma “vontade institucional”, expressa em políticas internas, governança corporativa e decisões estruturadas. Mecanismos eficazes de compliance foram considerados importantes fatores atenuantes da culpabilidade, enquanto falhas organizacionais evidentes possibilitariam a responsabilização penal sem necessidade de dupla imputação. A pesquisa identificou uma carência crítica no ordenamento jurídico brasileiro quanto à organicidade normativa e à especificidade processual necessárias para tratar adequadamente a culpabilidade institucional. Exemplos internacionais, como os modelos adotados por Espanha, França, Chile e Argentina, ofereceram perspectivas úteis e inspiradoras para a construção de um novo modelo brasileiro. Em especial, destacou-se o modelo construtivista da culpabilidade empresarial de Carlos Gómez-Jara Díez, que inspirou novas propostas dogmáticas sobre o tema. Esses achados apontam que a nova categoria da culpabilidade institucional é uma alternativa viável e necessária para responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas, fortalecendo o Estado Democrático de Direito e evitando arbitrariedades. A tese proposta demonstra que, sem mecanismos específicos e processos claros, a aplicação do direito penal às empresas continuará sendo ineficaz ou até mesmo arbitrária. Portanto, sugere-se com urgência a elaboração de novas normas materiais e processuais próprias, capazes de garantir segurança jurídica e organicidade ao tema.

Palavras-chave: Culpabilidade; Culpabilidade Institucional; Culpabilidade Empresarial; Responsabilidade Penal Institucional; Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica.

Abstract: The central problem of this study is the inadequacy of traditional theories of culpability, which focus on individuals, for criminally holding legal entities accountable under criminal law. The increasing complexity of corporations and the lack of specific procedural rules create difficulties in applying effective criminal sanctions without violating fundamental principles, such as culpability and legal certainty. Large corporations, especially in globalized contexts, have been notably involved in contemporary crimes, causing significant social harm. Consequently, impunity or arbitrary punishment creates serious legal and social imbalances. This study proposes the theory of institutional culpability, a distinct subtype of traditional intent or negligence. By rejecting strict liability, the study argues that culpability must be assessed through systemic failures and deliberate institutional choices, requiring proof of an "institutional intent", expressed through internal policies, corporate governance, and structured decisions. Effective compliance mechanisms were considered important mitigating factors, whereas clear organizational failures could enable criminal liability without the need for dual imputation. The research identified a critical gap within the Brazilian legal system regarding normative coherence and procedural specificity necessary to adequately address institutional culpability. International examples, such as the models adopted in Spain, France, Chile, and Argentina, provided useful and inspiring perspectives for constructing a new Brazilian model. Particularly highlighted was Carlos Gómez-Jara Díez's constructivist model of corporate culpability, which inspired new doctrinal proposals on the subject. These findings indicate that institutional culpability is a viable and necessary alternative for criminally holding legal entities accountable, strengthening the Rule of Law and preventing arbitrary decisions. The proposed thesis demonstrates that, without specific mechanisms and clearly defined processes, the application of criminal law to corporations will remain ineffective. Therefore, it urgently suggests developing new substantive and procedural rules capable of ensuring legal certainty, proportionality, and effectiveness in the Brazilian criminal justice system.

Keywords: Culpability; Institutional Culpability; Corporate Culpability; Institutional Criminal Liability; Criminal Liability of Legal Entities.

Resumen: El problema central de este estudio es la inadecuación de las teorías tradicionales de la culpabilidad, centradas en la persona física, para responsabilizar penalmente a las personas jurídicas en el derecho penal. La creciente complejidad de las corporaciones y la falta de normas procesales específicas generan dificultades para aplicar sanciones penales eficaces sin violar principios fundamentales como la culpabilidad y la seguridad jurídica. Las grandes empresas, especialmente en contextos globalizados, han destacado por su participación en delitos contemporáneos, provocando daños sociales significativos. Por tanto, la impunidad o la aplicación arbitraria de sanciones generan graves desequilibrios jurídicos y sociales. Este trabajo propone la teoría de la culpabilidad institucional, una subespecie distinta del dolo o culpa tradicionales. Al rechazar la responsabilidad objetiva, sostiene que la culpabilidad debe ser evaluada por las fallas sistémicas y elecciones institucionales deliberadas, exigiendo la comprobación de una "voluntad institucional", expresada mediante políticas internas, gobernanza corporativa y decisiones estructuradas. Mecanismos eficaces de compliance se consideraron factores atenuantes importantes, mientras que fallas organizacionales evidentes permitirían la responsabilidad penal sin necesidad de una doble imputación. La investigación identificó una carencia crítica en el ordenamiento jurídico brasileño en cuanto a la coherencia normativa y especificidad procesal necesarias para tratar adecuadamente la culpabilidad institucional. Ejemplos internacionales, como los modelos adoptados por España, Francia, Chile y Argentina, aportaron perspectivas útiles e inspiradoras para construir un nuevo modelo brasileño. En particular, se destacó el modelo constructivista de culpabilidad empresarial de Carlos Gómez-Jara Díez, que inspiró nuevas propuestas doctrinales sobre el tema. Estos hallazgos señalan que la culpabilidad institucional es una alternativa viable y necesaria para responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, fortaleciendo el Estado Democrático de Derecho y evitando arbitrariedades. La tesis propuesta demuestra que, sin mecanismos específicos y procesos claramente definidos, la aplicación del derecho penal a las empresas seguirá siendo ineficaz. Por tanto, se sugiere con urgencia elaborar nuevas normas materiales y procesales específicas capaces de garantizar seguridad jurídica, proporcionalidad y eficacia al sistema de justicia penal brasileño.

Palabras clave: Culpabilidad; Culpabilidad Institucional; Culpabilidad Empresarial; Responsabilidad Penal Institucional; Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica.

Sumário

INTRODUÇÃO	9
1. DEFININDO OS CONTORNOS SOBRE O PROBLEMA DA CULPABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA	12
1.1. Pessoa natural e pessoa jurídica: breves aproximações e diferenças ..	12
1.2. Instâncias de responsabilização do sujeito de direitos e obrigações.....	15
1.3. O debate sobre a adequação teórica da responsabilização penal da pessoa jurídica: algumas reflexões e exemplos internacionais	21
1.4. O conflito entre a dogmática penal e a política-crimal: a legitimidade legislativa para criação de crimes aplicáveis à pessoa jurídica	29
1.5. A falta de organicidade entre a política criminal adotada e a teoria do ordenamento jurídico: o problema da completude	31
2. A CONJUNTURA DOS DELITOS ECONÔMICOS E A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NO BRASIL	38
2.1. Uma análise sobre a abstratividade de conceitos, condutas do agente, prevenção e repressão.....	38
2.2. A responsabilização penal da pessoa jurídica na Constituição da República	46
2.3. Eficácia das normas constitucionais que admitem a responsabilização penal da pessoa jurídica	49
2.4. A responsabilização penal da pessoa jurídica na legislação infraconstitucional	51
2.5. Uma nova perspectiva: responsabilidade penal institucional.....	56
3. TEORIAS DA CULPABILIDADE.....	61
3.1. Noções Introdutórias sobre o desenvolvimento da culpabilidade	61
3.2. A culpabilidade para Günter Jakobs: funcionalismo sistêmico-radical ..	64
3.3. A culpabilidade para Claus Roxin: funcionalismo teleológico-valorativo	67
3.4.1. A culpabilidade como ânimo merecedor de repreensão	70
3.4.2. A culpabilidade como ter de responder pelo próprio caráter	71

3.4.3.	A culpabilidade como atribuição segundo necessidades preventivo-gerais	72
3.4.4.	Idoneidade para ser destinatário de normas e possibilidade de agir de outro modo segundo o livre-arbítrio.....	73
3.4.5.	A exculpação: causas excludentes e atenuantes da culpabilidade....	74
3.5.	A relação entre a culpabilidade e a pena: pressupostos da responsabilidade	75
3.6.	Considerações sobre a culpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro	78
3.7.	Críticas à culpabilidade pessoal tradicional frente aos novos contextos sociais empresariais e a introdução da culpabilidade institucional como nova subespécie de culpa	81
4.	A RESPONSABILIDADE PENAL INSTITUCIONAL E A NECESSIDADE DE UM DIREITO ESPECIAL FUNDADO NA CULPABILIDADE INSTITUCIONAL DA PESSOA JURÍDICA.....	85
4.1.	Responsabilidade penal institucional: um novo paradigma	85
4.2.	A individualização da conduta institucional.....	87
4.3.	Dolo, culpa pessoal e culpa institucional	91
4.4.	A capacidade de a pessoa jurídica ser destinatária de normas e a possibilidade de agir de outro modo segundo sua vontade institucional	95
4.5.	A culpabilidade institucional como pressuposto da sanção penal à pessoa jurídica.....	97
4.6.	A exculpação penal da pessoa jurídica: causas excludentes e atenuantes da culpabilidade institucional.....	100
4.7.	A intranscendência da responsabilização penal da pessoa jurídica	103
4.8.	Considerações finais	116
	CONCLUSÃO.....	122
	REFERÊNCIAS.....	125

INTRODUÇÃO

A responsabilização penal das pessoas jurídicas constitui um dos mais desafiadores temas no contexto do direito penal contemporâneo, especialmente em razão da inadequação das teorias tradicionais, centradas na culpabilidade da pessoa natural, para lidar com a realidade das grandes corporações atuais. O desenvolvimento acelerado e globalizado das empresas trouxe à tona uma série de novos ilícitos¹ que exigem uma resposta jurídica diferenciada e eficaz. Contudo, o ordenamento jurídico brasileiro carece de um arcabouço material e processual específico e coerente que permita a responsabilização penal das pessoas jurídicas de maneira adequada e alinhada aos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

No contexto atual, parte das grandes empresas transcende a mera ficção jurídica, adquirindo uma relevância prática e econômica capaz de influenciar diretamente a sociedade e o meio ambiente. A complexidade das estruturas corporativas, aliada à globalização, faz emergir desafios inéditos para o sistema penal. A criminalidade corporativa contemporânea, movida pela ganância, não apenas gera danos sociais significativos, como também evidencia uma lacuna normativa na aplicação de sanções penais. Por outro lado, a aplicação indiscriminada ou inadequada dessas sanções pode violar princípios constitucionais, tais como a culpabilidade, a intranscendência e a proporcionalidade das penas, comprometendo a segurança jurídica.

Diante disso, a presente tese propõe o desenvolvimento de um novo paradigma para enfrentar essa complexa problemática: a teoria da culpabilidade institucional. Este modelo representa uma subespécie distinta da culpabilidade, adaptada especificamente à realidade das pessoas jurídicas. O conceito de culpabilidade institucional afasta a responsabilidade objetiva tradicionalmente atribuída às empresas, propondo uma abordagem que leva em conta as falhas sistêmicas, políticas organizacionais e escolhas corporativas internas que fomentam ou negligenciam práticas ilícitas. Assim, defende-se que a empresa, enquanto sujeito jurídico e de fato², pode manifestar uma "vontade institucional" expressa em suas

¹ Aqui se fala de maneira abstrata, pois, no ordenamento jurídico brasileiro, por enquanto, a pessoa jurídica apenas pode responder por crimes ambientais. Apesar disso, vemos uma tendência de que esse rol aumente nos próximos anos.

² Sujeito de fato enquanto organismo que, apesar de artificial, existe.

políticas, cultura, governança corporativa e decisões estruturadas, passíveis de análise crítica para aferição da responsabilidade penal.

A experiência internacional fornece subsídios importantes para a construção deste modelo. Diversos países europeus e latino-americanos já avançaram na formulação de legislações específicas para responsabilização penal das pessoas jurídicas, tais como Espanha, França, Chile e Argentina. Tais legislações³ frequentemente destacam a importância dos mecanismos internos de compliance e governança corporativa como critérios decisivos para a avaliação da responsabilidade penal (institucional⁴).

Para construir esta nova teoria, inicialmente é necessária uma clara diferenciação entre a pessoa natural e a pessoa jurídica, especialmente quanto à capacidade jurídica e à atribuição de direitos e deveres. No Capítulo 1, introduziremos a problemática objetivando alcançar a questão central da culpabilidade penal da pessoa jurídica, destacando as aproximações e diferenças entre a pessoa natural e a pessoa jurídica, e analisando as instâncias de responsabilização a que estão submetidos esses sujeitos. A análise das diferentes instâncias de responsabilização (administrativa, civil e penal) demonstra a necessidade de um modelo integrado e com organicidade, capaz de articular as distintas esferas sancionatórias sem violar o princípio do *ne bis in idem*, garantindo segurança jurídica e proporcionalidade na aplicação das penas.

O Capítulo 2 discute a conjuntura dos delitos econômicos e a responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil, apresentando uma análise detalhada sobre conceitos como conduta do agente, prevenção e repressão. Este capítulo também revisa a responsabilização penal da pessoa jurídica na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, analisando a eficácia das normas constitucionais e infraconstitucionais pertinentes, com ênfase especial na aplicação dessas normas em delitos ambientais.

O Capítulo 3 explora as principais teorias da culpabilidade, com destaque para a análise da culpabilidade segundo os postulados de Günter Jakobs e Claus Roxin. Além disso, são discutidas críticas à culpabilidade tradicional diante das novas realidades sociais. O capítulo culmina com a introdução do conceito de culpabilidade

³ As quais ainda são jovens e também precisam ser aprimoradas, segundos os seus próprios juristas.

⁴ Institucional, por ser o termo utilizado nesta tese para nos referirmos à responsabilidade penal da pessoa jurídica, que pressupõe a culpabilidade institucional.

institucional, apresentando-a como uma nova subespécie de culpa que se adequa à complexidade das entidades corporativas contemporâneas.

No Capítulo 4, edificando sobre as teorias anteriormente abordadas, propomos a culpabilidade penal institucional como pressuposto da sanção penal, concebendo uma nova teoria da culpabilidade e afastando definitivamente a ideia de responsabilidade penal objetiva. Além disso, discutimos a necessidade urgente de um direito material e processual específicos para a responsabilização penal de pessoas jurídicas. Nesse contexto, analisamos a relevância da implementação de medidas de compliance como fator mitigador da culpabilidade penal e abordamos os desafios decorrentes da inexistência de um processo penal coletivo.

Enfim, com base na análise crítica das principais teorias existentes e inspirando-nos particularmente no modelo construtivista proposto por Carlos Gómez-Jara Díez, nossa tese busca formular critérios claros e bem definidos para imputação penal às pessoas jurídicas.

1. DEFININDO OS CONTORNOS SOBRE O PROBLEMA DA CULPABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

1.1. Pessoa natural e pessoa jurídica: breves aproximações e diferenças

Segundo Maria Helena Diniz⁵, o conceito jurídico de "pessoa" corresponde àquele ente – individual ou coletivo – que pode ser titular de direitos e obrigações, o que o torna sujeito de direito. Essa posição, vinculada à doutrina tradicional, difere da visão kelseniana (objetiva), que entende ser a pessoa apenas como uma construção teórica do Direito, uma representação da unidade dos deveres e direitos atribuídos por normas jurídicas, descartando a necessidade de uma ligação com a realidade física do indivíduo ou grupo.

Diniz adota a primeira concepção (subjética), segundo a qual toda pessoa, seja natural, seja jurídica, é dotada de personalidade jurídica, isto é, possui a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações. Para ela, a personalidade é um conceito fundamental do ordenamento jurídico, com respaldo tanto na legislação civil quanto nos direitos constitucionais que garantem vida, liberdade e igualdade.

Ela também diferencia personalidade de capacidade: enquanto a personalidade é atributo inerente à condição de pessoa, a capacidade representa a possibilidade de exercer direitos e deveres por si mesmo. Essa capacidade se subdivide em capacidade de direito (ou de gozo) e capacidade de exercício (ou de fato), sendo a última dependente de requisitos legais. Diniz observa ainda que a ausência de capacidade exige a atuação por meio de representantes ou assistentes, sob estrita observância legal.

Quanto aos direitos da personalidade, Diniz sustenta que eles coexistem com os direitos patrimoniais e pessoais e são inerentes à pessoa natural, embora também possam ser reconhecidos à pessoa jurídica. Tais direitos protegem atributos essenciais do indivíduo, como imagem e honra, e sua violação enseja reparação, inclusive por dano moral, conforme jurisprudência consolidada e o artigo 52 do Código Civil.

O Código Civil brasileiro estabelece, de forma clara e objetiva, as bases jurídico-legais sobre a personalidade, o início e o fim da existência legal das pessoas e a estrutura das pessoas jurídicas. Sob esse prisma legal, toda pessoa é titular de direitos e deveres (art. 1º), e sua personalidade civil tem início com o nascimento com

⁵ DINIZ, Maria H. Curso de Direito Civil Brasileiro - Teoria Geral do Direito Civil Vol.1 - 41ª Edição 2024. 41. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. p. 115-117.

vida, ainda que a lei proteja, desde a concepção, os direitos do nascituro (art. 2º). A personalidade termina com a morte (art. 6º), podendo esta ser presumida em situações legalmente definidas, como desaparecimento em perigo de vida ou em guerra (arts. 7º e 8º). Os atos como nascimento, emancipação, óbito e decisões judiciais relacionadas à capacidade devem ser registrados publicamente (arts. 9º e 10). A capacidade de exercer pessoalmente atos da vida civil varia conforme a idade e a condição do indivíduo. São absolutamente incapazes os menores de 16 anos (art. 3º) e relativamente incapazes, entre outros, os adolescentes entre 16 e 18 anos e os que, por condições específicas, não podem expressar sua vontade (art. 4º). A menoridade termina aos 18 anos, mas a capacidade plena pode ser antecipada nos casos previstos em lei, como emancipação, casamento ou exercício de atividade econômica (art. 5º).

Os direitos da personalidade são inalienáveis, irrenunciáveis e não podem ser limitados voluntariamente, salvo exceções legais (art. 11). Em caso de ameaça ou lesão, é possível buscar a cessação da violação e reparação por danos (art. 12). Esses direitos abrangem, entre outros, a integridade física, o nome, a imagem, a vida privada e a liberdade individual (arts. 13 a 21), sendo assegurada a proteção inclusive após a morte.

Ainda segundo o mesmo diploma, as pessoas jurídicas podem ser de direito público (interno ou externo) ou de direito privado (art. 40). Entre as entidades privadas, estão incluídas associações, sociedades, fundações, organizações religiosas, partidos políticos e empreendimentos de economia solidária (art. 44).

A existência legal das pessoas jurídicas de direito privado começa com a inscrição do ato constitutivo no registro competente (art. 45). Esse documento deve conter informações essenciais como finalidade, sede, forma de administração e regras de extinção (art. 46). A pessoa jurídica responde por atos praticados por seus administradores dentro dos limites de seus poderes (arts. 47 e 48), inclusive em ambiente virtual (art. 48-A), e é distinta das pessoas de seus membros, motivo pelo qual mantém sua autonomia patrimonial em relação a eles (art. 49-A), salvo nos casos de abuso, que podem justificar a desconsideração da personalidade jurídica (art. 50).

Por fim, em regra, a extinção da pessoa jurídica ocorre mediante dissolução, permanecendo para fins de liquidação até o encerramento do processo (art. 51). Importante destacar que a proteção aos direitos da personalidade também se aplica, no que couber, às pessoas jurídicas (art. 52). Ainda, de acordo com a Lei nº 6.404/76

(Lei das S.A.) a pessoa jurídica também pode ser extinta pela incorporação, fusão ou cisão (arts. 216 e 219).

Nesse contexto, é importante mencionar as ideias de Ávila Negri⁶, que examina a forma como o Direito, para ele, aplica os conceitos de personalidade e capacidade indistintamente às pessoas naturais e jurídicas, questionando essa equivalência. O jurista critica a equiparação entre sujeitos humanos e corporações, partindo da célebre decisão da Suprema Corte dos EUA no caso *Dartmouth College v. Woodward* (1819), em que se definiu a *corporation* como “um ser artificial, invisível e intangível, que existe apenas na contemplação do Direito”. Ávila Negri então argumenta que tal visão, de equivalência entre pessoas físicas e jurídicas, resulta em uma “expropriação da subjetividade” do ser humano, quando se estende automaticamente à pessoa jurídica a titularidade de direitos originalmente concebidos para indivíduos dotados de consciência própria, vontade e dignidade.

Entretanto, embora pertinente a crítica à transposição automática de direitos da personalidade às pessoas jurídicas, a concepção de que toda corporação é apenas um ente idealizado pelo Direito, em nosso entendimento, revela-se ultrapassada diante da realidade contemporânea. Com a globalização e o avanço das corporações, sobretudo aquelas transnacionais, muitas dessas entidades exercem influência real, operam com poder socioeconômico concreto e impactam diretamente a vida de milhões de pessoas, inclusive em contextos culturais e ambientais diversos. Assim, apesar de a pessoa jurídica continuar sendo, segundo uma classificação clássica, uma ficção jurídica, é reducionista ignorar que, em certos casos, ela também atua como um agente de fato no mundo fenomênico. Por esse motivo, entendemos adequado superar tal ideia, de modo a reconhecer a pessoa jurídica não como uma mera ficção jurídica, mas sim como uma ficção jurídica *a priori*. Porque, como iremos expor melhor adiante, em alguns casos, apesar de a pessoa jurídica ser um organismo artificial, ela é real, manifesta-se no mundo de fato e possui uma espécie de elemento anímico *sui generis*, o qual denominamos “vontade institucional”. Portanto, o reconhecimento de certos direitos e garantias às pessoas jurídicas, desde que de modo criterioso e contextualizado, não deve ser descartado com base apenas em uma visão abstrata da subjetividade jurídica.

⁶ DE ÁVILA NEGRI, Sergio Marcos Carvalho. As razões da pessoa jurídica e a expropriação da subjetividade. *Civilistica. com*, v. 5, n. 2, p. 1-18, 2016. p. 1-5.

Em última análise, retomando o início do tópico, tanto a doutrina, representada por Maria Helena Diniz, quanto o Código Civil brasileiro reconhecem que a personalidade jurídica – seja da pessoa natural, seja da jurídica – constitui o fundamento para a titularidade de direitos e deveres no ordenamento civil. A distinção entre personalidade e capacidade, assim como a proteção conferida aos direitos da personalidade, reforça a centralidade da pessoa como sujeito de direito. Enquanto a pessoa natural adquire personalidade com o nascimento com vida, e a perde com a morte, a pessoa jurídica é constituída a partir do registro ato constitutivo, mantendo autonomia objetiva e subjetiva, pois não se confunde com as pessoas de seus membros. Ambas, contudo, compartilham o reconhecimento jurídico da dignidade (não a humana) e da proteção de seus atributos essenciais.

1.2. Instâncias de responsabilização do sujeito de direitos e obrigações

No Brasil, existem alguns âmbitos de responsabilização distintos, quais sejam, administrativo, civil e penal. Tais âmbitos são chamados comumente de instâncias. Em regra, as decisões proferidas em uma instância não repercutem nas de outra. Valter Schuenquener de Araújo⁷ aponta que, no Brasil, a jurisprudência reconhece amplamente a independência entre as esferas penal, cível e administrativa, admitindo a possibilidade de aplicação simultânea de sanções em cada uma delas. O Supremo Tribunal Federal tem reiterado que decisões judiciais não vinculam o “pronunciamento censório da Administração Pública”⁸, uma vez que as sanções penais e administrativas são consideradas respostas autônomas do Estado. Assim, processos administrativos podem tramitar paralelamente a ações judiciais, e mesmo quando a conduta constitui crime, a aplicação de sanção disciplinar independe de condenação penal.

O autor também observa que tanto o STF quanto o STJ afirmam que a demissão administrativa não exige prévia condenação por improbidade, e que as decisões dos tribunais de contas não condicionam ou vinculam outras instâncias, tampouco substituem a jurisdição penal. No entanto, ele ressalta que essa independência não é absoluta: há exceções legais e jurisprudenciais em que a

⁷ DE ARAÚJO, Valter Schuenquener. O princípio da interdependência das instâncias punitivas e seus reflexos no Direito Administrativo Sancionador. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 23, n. 131, p. 629-653, 2022. p. 633-634.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Segurança no 22.155. Relator Min. Celso de Mello, Brasília, 27 de setembro de 1995, DJ 24 nov. 2006.

decisão penal influencia as demais esferas – por exemplo, quando a absolvição se fundamenta na inexistência do fato ou da autoria, ou na presença de causa excludente de ilicitude. Apesar dessas exceções, Valter Schuenquener de Araújo observa que o modelo vigente adota a separação entre instâncias quase como um dogma, o que dificulta a aplicação de garantias como o princípio do *non bis in idem*⁹.

Mendes, Buonicore e De-Lorenzi¹⁰ argumentam que a tradicional tese da independência entre as instâncias penal e administrativa, frequentemente invocada no Brasil para afastar o princípio da vedação ao *bis in idem*, deve ser repensada sob uma ótica mais refinada e constitucionalmente orientada. Para os autores, embora a Constituição autorize, em certos casos, a cumulação de sanções, isso não significa que essa acumulação seja ilimitada ou insuscetível de controle. Eles defendem uma concepção de independência mitigada, na qual a instância penal prevalece sobre a administrativa quando há múltiplos processos sobre o mesmo fato, especialmente em razão do grau de severidade da sanção penal e da maior densidade garantista exigida nesse campo do Direito.

Segundo os autores, essa mitigação da independência não implica negar a autonomia formal das instâncias, mas reconhecer que o princípio da proporcionalidade e a segurança jurídica impõem limites à dupla persecução. O Direito Administrativo Sancionador, embora distinto do Direito Penal, exerce também função repressiva relevante e, por isso, deve ser submetido a critérios rigorosos quando interfere em direitos fundamentais. Os autores rechaçam tanto a tese de um único “poder punitivo estatal” (que exigiria a plena aplicação dos princípios penais ao Direito Administrativo Sancionador) quanto a ideia de total separação entre os regimes. Em vez disso, propõem que princípios como legalidade, culpabilidade, contraditório, ampla defesa e o próprio *ne bis in idem* sejam aplicados ao Direito Administrativo Sancionador de maneira proporcional à gravidade da sanção envolvida.

Mendes, Buonicore e De-Lorenzi¹¹ destacam que, embora o modelo tradicional brasileiro defenda a autonomia das instâncias, o entendimento mais adequado é o de

⁹ DE ARAÚJO, Valter Schuenquener. O princípio da interdependência das instâncias punitivas e seus reflexos no Direito Administrativo Sancionador. Revista Jurídica da Presidência, v. 23, n. 131, p. 629-653, 2022. p. 633-634.

¹⁰ MENDES, Gilmar; BUONICORE, Bruno Tadeu; DE-LORENZI, Felipe da Costa. Ne bis in idem entre Direito Penal e Administrativo Sancionador: considerações sobre a multiplicidade de sanções e de processos em distintas instâncias. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 192, n. 2022, p. 75-112, 2022.

¹¹ *Ibidem*.

que a decisão penal deve produzir efeitos vinculantes no processo administrativo sancionador, ao menos em hipóteses específicas. Os autores apontam que essa prevalência da instância penal decorre não apenas do caráter mais gravoso da pena criminal, mas também da necessidade de assegurar maior proteção às garantias fundamentais quando o Estado exerce seu poder punitivo mais intenso.

Nesse sentido, os autores sustentam que, uma vez reconhecida em sede penal a inexistência do fato, a negativa de autoria ou a presença de causa excludente de ilicitude, a instância administrativa deve respeitar tais conclusões. Essa posição já encontra respaldo no ordenamento jurídico, como no artigo 935 do Código Civil, que proíbe rediscussão em sede civil de fatos já firmados na esfera penal, e também nas recentes alterações introduzidas pela Lei 14.230/2021 à Lei de Improbidade Administrativa, que ampliaram os efeitos da sentença penal absolutória no processo administrativo. Para os autores, tal vinculação reforça a ideia de unidade do ordenamento jurídico: se determinado fato é considerado lícito ou inexistente sob a perspectiva penal, essa conclusão, em regra, deve ser estendida às demais esferas, inclusive à administrativa. A exceção, segundo eles, seria justificada apenas quando os fundamentos valorativos do ilícito administrativo forem distintos dos penais – o que, na prática, ocorre de forma pontual e restrita¹².

Nesse contexto, é relevante destacar que, diante das especificidades da pessoa jurídica – especialmente sua natureza institucional, sua autonomia patrimonial e a complexidade das estruturas decisórias –, surge com frequência a indagação sobre a suficiência do Direito Administrativo Sancionador para lidar com os ilícitos por ela praticados. Essa discussão está presente tanto na jurisprudência brasileira, como apontado por Valter Schuenquener de Araújo¹³, quanto na doutrina, conforme analisado por Mendes, Buonicore e De-Lorenzi¹⁴, que reconhecem a importância do Direito Administrativo Sancionador na responsabilização de entes coletivos, mas alertam para a necessidade de limites e critérios rigorosos, especialmente quando direitos fundamentais estão em jogo. Em nosso entendimento, o Direito Administrativo

¹² *Ibidem*.

¹³ DE ARAÚJO, Valter Schuenquener. O princípio da interdependência das instâncias punitivas e seus reflexos no Direito Administrativo Sancionador. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 23, n. 131, p. 629-653, 2022.

¹⁴ MENDES, Gilmar; BUONICORE, Bruno Tadeu; DE-LORENZI, Felipe da Costa. Ne bis in idem entre Direito Penal e Administrativo Sancionador: considerações sobre a multiplicidade de sanções e de processos em distintas instâncias. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 192, n. 2022, p. 75-112, 2022.

Sancionador e o Direito Penal devem coexistir na responsabilização da pessoa jurídica, cada qual com sua função própria e grau de rigor. O Direito Penal, por seu caráter mais gravoso, deve ser reservado para os casos mais graves, funcionando como *ultima ratio*, enquanto o Direito Administrativo Sancionador, dotado de maior flexibilidade, pode dar conta de uma gama mais ampla de condutas ilícitas. Essa convivência, no entanto, deve respeitar princípios como a proporcionalidade, a vedação ao *bis in idem* e a necessária articulação entre as instâncias, assegurando-se um sistema sancionador coerente e orgânico.

A propósito, Valter Shuenquener de Araújo¹⁵, preocupado com os riscos de violação ao princípio do *ne bis in idem*, propõe superar a concepção clássica de independência entre as instâncias, sugerindo, em seu lugar, um modelo de interdependência. Essa proposta busca estabelecer um diálogo mais harmônico entre os diversos ramos sancionadores do Direito, reconhecendo que, embora formalmente autônomas, as instâncias não podem atuar de maneira completamente dissociada quando lidam com os mesmos fatos. Tal perspectiva converge com as ideias de Mendes, Buonicore e De-Lorenzi¹⁶, que defendem uma independência mitigada, na qual a instância penal prevalece sobre a administrativa nos casos em que se discutem os mesmos fatos relevantes, e em que a imposição de múltiplas sanções deve observar o critério da compensação jurídica parcial. Esse modelo visa não apenas garantir maior efetividade ao sistema repressivo, mas também a assegurar coerência, racionalidade e respeito às garantias fundamentais, especialmente nos contextos de dupla persecução contra pessoas jurídicas. Trata-se, assim, de uma tentativa de superar o formalismo da separação estanque entre as esferas, favorecendo uma atuação coordenada do Estado sancionador, orientada por princípios como proporcionalidade, segurança jurídica e respeito ao devido processo legal.

Mendes, Buonicore e De-Lorenzi¹⁷ sustentam que a dimensão material do princípio do *ne bis in idem* veda a punição múltipla de um mesmo fato, especialmente no que se refere à dupla valoração de uma mesma circunstância para fins de aplicação

¹⁵ DE ARAÚJO, Valter Shuenquener. O princípio da interdependência das instâncias punitivas e seus reflexos no Direito Administrativo Sancionador. Revista Jurídica da Presidência, v. 23, n. 131, p. 629-653, 2022.

¹⁶ MENDES, Gilmar; BUONICORE, Bruno Tadeu; DE-LORENZI, Felipe da Costa. Ne bis in idem entre Direito Penal e Administrativo Sancionador: considerações sobre a multiplicidade de sanções e de processos em distintas instâncias. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 192, n. 2022, p. 75-112, 2022.

¹⁷ *Ibidem*.

ou agravamento de sanções penais. Segundo os autores, essa vedação está alinhada ao artigo 15.7 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que impede a punição de um indivíduo por infração pela qual já tenha sido absolvido ou condenado de forma definitiva. Em contraste, o artigo 8.4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos apresenta alcance mais restrito, limitando-se a impedir a reabertura de processo penal após absolvição final.

Eles afirmam que o fundamento mais adequado para essa proibição reside na proporcionalidade, especialmente na vertente da vedação ao excesso. O raciocínio é que o ordenamento jurídico estabelece penas proporcionais à gravidade dos fatos, e valorá-los mais de uma vez geraria uma sanção excessiva e, portanto, inconstitucional. Assim, o *ne bis in idem* material não se justifica tanto pelo princípio da legalidade quanto pela segurança jurídica, pois em muitos casos as múltiplas sanções estão dispostas em lei e são previsíveis. O cerne da proibição, portanto, está em impedir que o Estado extrapole os limites legítimos de sua atuação punitiva.

Os autores ilustram a aplicação desse princípio em diversas passagens do Direito Penal brasileiro. No campo dos concursos aparentes de normas, por exemplo, aplicam-se os critérios da especialidade, subsidiariedade e consunção para evitar a sobreposição de sanções por um mesmo fato. Também destacam o artigo 8º do Código Penal, que prevê o abatimento da pena cumprida no exterior, e o artigo 42, que impõe o cômputo de medidas privativas de liberdade prévias, ainda que de natureza administrativa ou processual. Além disso, ao tratar da dosimetria da pena, apontam que o artigo 61 do Código Penal veda a consideração repetida de uma mesma circunstância como agravante se ela já compõe a estrutura do tipo penal. A Súmula 241 do STJ reforça essa lógica ao impedir o uso simultâneo da reincidência como agravante e como circunstância judicial. Em síntese, os autores reforçam que, na esfera criminal, a repetição sancionatória de um mesmo fato é incompatível com os limites do Estado de Direito, devendo prevalecer a lógica da intervenção mínima e da proporcionalidade.

Mendes, Buonicore e De-Lorenzi¹⁸ analisam a aplicação do princípio do *ne bis in idem* na sobreposição entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador. Segundo eles, ainda que uma mesma conduta possa configurar ilícito em ambas as esferas, a possibilidade de dupla sanção exige cautela. Os autores reconhecem

¹⁸ *Ibidem*.

distinções relevantes entre os dois ramos, sobretudo quanto à natureza das sanções: o Direito Penal é caracterizado por penas privativas de liberdade impostas pelo Judiciário, enquanto o Direito Administrativo Sancionador envolve sanções aplicadas pela Administração, que, embora graves, não acarretam prisão.

Eles rejeitam a tese da unidade plena do poder punitivo estatal, defendendo, em vez disso, uma aplicação mitigada dos princípios penais ao Direito Administrativo Sancionador. Isso se justifica pelo fato de que tanto a pena quanto a sanção administrativa podem afetar significativamente os direitos dos cidadãos. Assim, princípios como legalidade, proporcionalidade, presunção de inocência e *ne bis in idem* devem ser aplicados a ambas as esferas, em maior ou menor grau conforme a gravidade da sanção. A dupla persecução só seria legítima se não implicar excesso ou insegurança jurídica, fundamentos essenciais à vedação do *bis in idem* mesmo quando os processos ocorrem em instâncias diferentes.

Diante desse panorama, conclui-se que o ordenamento jurídico brasileiro, ao admitir expressamente a responsabilização criminal da pessoa jurídica (artigos 173, § 5º, e 225, § 3º, da CF), reconhece que, em certos contextos, o Direito Administrativo Sancionador revela-se insuficiente para tutelar de forma adequada certos bens jurídicos, especialmente quando se trata de condutas empresariais de elevada gravidade. O próprio constituinte originário, ao prever essa responsabilização penal, sinalizou que a sanção administrativa não esgota o espectro de respostas estatais possíveis e necessárias. De todo modo, é imprescindível que o sistema sancionador brasileiro avance em direção a uma maior organicidade entre suas diversas instâncias, especialmente, com relação ao tema objeto deste trabalho, entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador. A coexistência dessas esferas deve ser orientada por critérios de proporcionalidade, segurança jurídica, vedação ao *bis in idem*, e com atenção também ao elemento jurídico que torna a instância criminal a *ultima ratio* punitiva do Estado. Para tanto, cabe ao legislador aperfeiçoar os marcos normativos, instituindo mecanismos que permitam o diálogo efetivo entre as instâncias sancionatórias e promovam um modelo de responsabilização mais coerente, eficiente e garantista, no sentido principal de trazer segurança jurídica, inclusive com previsão de compensação jurídica parcial nos casos de múltiplas sanções sobre os mesmos fatos.

1.3. O debate sobre a adequação teórica da responsabilização penal da pessoa jurídica: algumas reflexões e exemplos internacionais

Apesar de o ordenamento jurídico brasileiro já ter previsto hipóteses de responsabilidade penal semelhantes àquelas abrangidas pelo direito administrativo sancionador, evidenciando a coexistência normativa de diferentes instâncias sancionatórias, ainda é atual o debate sobre a adequação teórica da responsabilização penal da pessoa jurídica. Assim, a possibilidade de coexistência normativa de diferentes instâncias punitivas, como a penal e a administrativa, demonstra o reconhecimento de que essas esferas podem, em certos casos, atuar de forma complementar para garantir a proteção eficaz de bens jurídicos relevantes. Contudo, essa dualidade normativa também acarreta inúmeros desafios teóricos e práticos, principalmente no que se refere à adequação dogmática da responsabilização penal de entes coletivos, cuja natureza e estrutura diferem substancialmente da pessoa física.

O debate sobre a legitimidade e os limites da responsabilização criminal da pessoa jurídica ainda está longe de alcançar consenso, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, e revela divergências entre diferentes sistemas jurídicos ao redor do mundo. Assim, surgem múltiplas possibilidades teóricas e legislativas para enfrentar o problema, desde modelos que priorizam a responsabilidade administrativa até aqueles que buscam estruturar uma verdadeira dogmática penal para pessoas jurídicas.

Nesse cenário de incertezas e tentativas de harmonização, Alamiro Velludo Salvador Netto propõe uma solução orientada pela construção de categorias dogmáticas próprias e adequadas à realidade dos entes coletivos. Para Alamiro¹⁹:

a melhor solução, tendo em vista principalmente o estágio do debate acadêmico, é aquela que procura confeccionar categorias dogmáticas próprias para as pessoas jurídicas, capazes de contemplar conteúdos que permitam juízos valorativos condizentes com a natureza dos entes coletivos.

Essa perspectiva busca superar a simples transposição de conceitos tradicionais do direito penal individual para a esfera corporativa, oferecendo um caminho para o desenvolvimento de uma teoria da imputação penal específica e compatível com a complexidade das estruturas organizacionais.

¹⁹ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 165.

A proposta de Alamiro assume especial relevância ao considerar que a responsabilização penal da pessoa jurídica não deve ser vista como uma extensão forçada do direito penal clássico, mas sim como a criação de uma subdisciplina autônoma, fundada em princípios próprios e orientada para a defesa da coletividade contra os danos provocados por práticas corporativas ilícitas. Isso inclui o desenvolvimento de critérios objetivos e subjetivos de imputação, a diferenciação entre responsabilidade penal e administrativa, e a adoção de parâmetros claros para a aplicação de penas que sejam adequadas à realidade e à função social da pessoa jurídica.

O reconhecimento da complexidade desse tema impõe ao legislador, ao Judiciário e à doutrina a necessidade de constante reflexão e aprimoramento do arcabouço jurídico, de modo a garantir que a responsabilização da pessoa jurídica ocorra de forma proporcional e efetiva, sem perder de vista a necessária segurança jurídica. A construção de uma teoria penal própria para os entes coletivos, como sugerido por Alamiro, surge, portanto, como uma proposta que entendemos necessária e alinhada à exigência contemporânea de que o direito acompanhe a evolução das relações econômicas e sociais cada vez mais mediadas por organizações e estruturas corporativas complexas.

Prosseguindo, de acordo com Alamiro²⁰, há pelo menos seis grandes divergências entre os sistemas jurídicos europeus no tratamento da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Essas diferenças começam pela forma como o tema é regulamentado: alguns países o incorporam diretamente no Código Penal, outros optam por legislações complementares, enquanto há aqueles que criam um corpo normativo autônomo que abrange até aspectos processuais. Alamiro também observa variações significativas quanto à natureza da responsabilidade atribuída às empresas. Na Alemanha, prevalece o entendimento de que se trata de uma matéria administrativa; na Espanha, predomina a perspectiva penal; já na Itália, embora a terminologia adotada seja administrativa, parte relevante da doutrina reconhece uma essência penal. As sanções aplicadas igualmente divergem: países que classificam a responsabilidade como administrativa tendem a limitar as punições a multas, ao passo que os que adotam a vertente penal recorrem a um leque mais amplo de medidas, incluindo sanções restritivas e de interdição de direitos. O autor ainda destaca a falta

²⁰ *Ibidem*. p. 166.

de consenso sobre a possibilidade de responsabilização simultânea de pessoas físicas e jurídicas, bem como sobre os critérios utilizados para definir o ilícito, alternando entre modelos de heterorresponsabilidade e autorresponsabilidade. Ademais, os ordenamentos jurídicos trazem diferentes graus de desenvolvimento das normas que tratam dos programas de integridade e *compliance*, elaborados para prevenir infrações futuras dentro das organizações empresariais.

Apesar de não ser o intuito do presente trabalho realizar um aprofundado estudo de direito comparado, nos âmbitos europeu e sul-americano, há alguns exemplos que reputamos importantes para demonstrar o avanço legislativo sobre a matéria naquele continente, com o objetivo de inspirar novas visões para o direito brasileiro.

Segundo Gonzalo, no Chile, até 2009, inexistia previsão legal para a responsabilidade penal de pessoas jurídicas. Com a promulgação da Lei nº 20.393, o país passou a admitir a responsabilização penal dessas entidades, inicialmente para crimes como lavagem de dinheiro, financiamento do terrorismo e corrupção. Posteriormente, o rol foi ampliado para incluir delitos ambientais, econômicos e relacionados à saúde pública. A introdução da lei atendeu principalmente a compromissos internacionais, como a adesão à OCDE e a convenções da ONU. A Lei nº 20.393 estabelece que a responsabilidade penal é aplicável a pessoas jurídicas privadas e estatais. A responsabilização exige: a) a autoria do crime por um sujeito vinculado à empresa; b) violação de deveres de direção e supervisão da empresa; c) o ato ter sido cometido em benefício ou interesse da pessoa jurídica. Por outro lado, a correta implementação de um modelo de prevenção de delitos (*compliance*) pode eximir a empresa de responsabilidade penal. O Ministério Público é o responsável pela persecução penal e aplica-se o procedimento penal comum. As sanções incluem multas, dissolução da pessoa jurídica, perda de benefícios fiscais, proibição de contratar com o Estado e penas acessórias. O autor destaca que, na prática judicial, a falta de controle interno e a violação dos deveres de supervisão fundamentam a responsabilização penal da pessoa jurídica, mesmo que exista formalmente um programa de *compliance*. A lei também prevê mecanismos como suspensão condicional do processo e procedimento abreviado para solução negociada de litígios. Desde sua entrada em vigor até 2023, 30 empresas foram formalmente acusadas, sendo a maioria por casos de suborno. O modelo chileno configura um sistema híbrido, classificado como responsabilidade derivada atenuada, pois a empresa

responde pela falta de organização e falhas de controle, e não necessariamente pela conduta direta da pessoa natural²¹.

De acordo com Prado, a Argentina incorporou a responsabilidade penal das pessoas jurídicas com a Lei nº 27.401, de 2017, aplicável a delitos como corrupção e lavagem de dinheiro. O artigo 304 do Código Penal também prevê sanções para entidades envolvidas em crimes financeiros. A autora explica que, historicamente, o direito penal argentino, alinhado ao direito continental europeu, negava a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. No entanto, a crescente prática internacional e a necessidade de combater delitos complexos (como a corrupção empresarial) levaram a Argentina a evoluir nessa matéria, culminando com a promulgação da Lei 27.401, que estabeleceu um regime específico de responsabilidade penal para pessoas jurídicas por crimes de corrupção e suborno internacional. Tal lei consagra a responsabilidade penal autônoma das pessoas jurídicas por crimes de corrupção ativa e passiva, tráfico de influência, negociatas incompatíveis, concussão, enriquecimento ilícito e falsidade contábil. A lei também prevê medidas processuais específicas, como designação de representante legal, garantias de defesa e regulamentação de notificações, além da aplicação subsidiária do Código Penal e do Código Processual Penal da Nação. Ademais, Prado conta que a jurisprudência argentina vinha tratando a responsabilidade penal de forma assistemática, com decisões que reconheciam ou negavam a possibilidade conforme o tipo penal ou a existência de previsão em leis especiais. A Corte Suprema reconheceu, em casos históricos, a penalização de pessoas jurídicas. Porém, persistiram divergências, especialmente em relação à indagação e processamento formal das empresas. A Lei 27.401 procurou sanar essas lacunas ao fornecer regras claras para o processo penal de entes ideais. Dessa forma, a promulgação dessa lei em 2017 marca uma inflexão importante no direito penal argentino, aproximando-o de padrões internacionais e oferecendo uma base jurídica mais clara para a responsabilização penal de empresas. Contudo, persiste o desafio de integrar plenamente essas normas na Parte Geral do Código Penal argentino e assegurar o respeito às garantias constitucionais. A doutrina continua debatendo até que ponto a

²¹ MEDINA, Gonzalo. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en Chile. Estudios Penales y Criminológicos, v. 43, p. 1-22, 2023.

adaptação do direito penal clássico é aceitável para abranger a criminalidade empresarial²².

Na Espanha, Segundo Ripollés, a reforma do Código Penal espanhol em 2010 (Lei Orgânica 5/2010) introduziu, pela primeira vez, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas naquele país. O Código Penal espanhol, especificamente através dos artigos 31 bis, 33.7, 66 bis e 130.2, estabelece que: as pessoas jurídicas podem ser responsabilizadas penalmente pelos delitos cometidos em seu benefício por administradores, representantes legais ou empregados; a responsabilidade exige a atuação por conta ou em benefício da pessoa jurídica; e há exceções, que incluem o Estado, administrações públicas, partidos políticos, sindicatos, organismos reguladores e sociedades públicas. O autor explica que a Espanha adotou principalmente o chamado modelo de transferência (o delito do indivíduo é imputado à empresa), ainda que reconhecendo suas deficiências, pois infringe o princípio penal clássico de responsabilidade pelo próprio ato. Assim, o sistema espanhol transfere o injusto penal do indivíduo para a entidade jurídica sem exigir identificação individual do agente. O jurista espanhol, catedrático da Universidade de Málaga, aborda a questão da continuidade da responsabilidade penal em casos de extinção ou transformação da pessoa jurídica. Mesmo que uma empresa se liquide e se extinga formalmente, pode continuar a ser considerada sujeito ativo do delito se, de fato, mantiver sua atividade econômica essencial, clientes, fornecedores e empregados sob outra forma jurídica (art. 130.2 do Código Penal espanhol). Por outro lado, nos casos de fusão ou incorporação, a responsabilidade penal da sociedade original pode ser transferida para a entidade sucessora²³. Essa responsabilização é feita para evitar que a extinção formal da empresa original sirva para evitar sanções penais. Também há o caso de empresas criadas com o objetivo de cometer delitos ou evitar sanções penais. Essas podem ser penalizadas severamente, mesmo após dissolução ou transformação. Ripollés critica bastante o fato de a legislação espanhola violar o princípio da responsabilidade pelo próprio ato e a intranscendência da pena. Ele conclui que, apesar da introdução da responsabilidade penal das pessoas jurídicas ser necessária para enfrentar a criminalidade corporativa e organizada, o modelo

²² PRADO, Carolina. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sistema Argentino de Información Jurídica, 2018.

²³ No Brasil, decidiu-se de maneira contrária no RESP 1.977.172-PR, entendendo-se que a extinção da pessoa jurídica pela incorporação, desde que não seja fraudulenta, extingue a punibilidade, pela aplicação analógica do artigo 107, I, do Código Penal.

espanhol atual permanece insatisfatório do ponto de vista dogmático. Do ponto de vista dele, há necessidade de desenvolver um verdadeiro sistema autônomo de imputação penal específico para pessoas jurídicas, inspirado, mas não limitado pelos conceitos aplicáveis às pessoas físicas²⁴.

Na França, a responsabilidade penal das pessoas morais foi formalmente reconhecida pelo ordenamento jurídico positivado em 2004, no artigo 121-2 do Código Penal. Essa disposição estabelece que as pessoas jurídicas, chamadas de pessoas morais, com exceção do Estado, são penalmente responsáveis pelas infrações cometidas em seu nome por seus órgãos ou representantes. De acordo com Boeringe e Millerand, a jurisprudência da Cour de cassation (Câmara Criminal) tem evoluído na aplicação deste dispositivo, ora exigindo a identificação exata do representante, ora admitindo a responsabilização sem essa demonstração detalhada, sobretudo em infrações não intencionais. De acordo com os juristas franceses, o artigo 121-2 estabelece que as pessoas morais são responsáveis penalmente pelas infrações cometidas por seus órgãos ou representantes, em seu nome e benefício. A legislação francesa exige um “substrato humano” para respeitar a personalidade da responsabilidade penal. Contudo, a jurisprudência admite uma flexibilidade probatória em casos de infrações não intencionais, deduzindo a responsabilidade do poder de direção. Boeringe e Millerand destacam que o risco penal se tornou uma preocupação normal e constante das empresas e que a prática jurídica desenvolveu instrumentos para gestão desse risco, como a delegação de poderes (explicitamente reconhecida como causa de exclusão da responsabilidade penal). Nesse sentido, mecanismos internos de controle são considerados importantes para mitigar a exposição penal. A responsabilidade da pessoa moral é mais fácil de comprovar do que a do dirigente, sobretudo em casos de ilícitos mais simples ou quando o responsável direto não é identificado. Segundo os autores, o sistema ainda carece de maior previsibilidade e clareza, exigindo das organizações forte gestão preventiva e dos magistrados uma análise casuística cuidadosa²⁵. A propósito, a respeito da importância que a legislação francesa atribui para os mecanismos de controle interno, Radhouani e Ajina, explicam que a Lei Sapin II, de 2016, impôs às empresas francesas com mais de 500

²⁴ RIPOLLÉS, José Luis Díez. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española. InDret, v. 1, 2012.

²⁵ BOERINGE, C. H.; MILLERAND, A. La responsabilité penale des personnes morales: une casuistique diverse au sein d'une jurisprudence cohérente. 2014.

empregados e faturamento anual superior a €100 milhões a obrigatoriedade de estabelecer programas internos de *compliance* para prevenir e combater a corrupção. Tais programas incluem a realização de avaliações periódicas dos riscos de corrupção, a elaboração de códigos de conduta e a implementação de mecanismos de denúncia e controle interno, bem como ações formativas para os funcionários mais expostos a situações de risco²⁶.

Aprofundando-nos no tema no âmbito internacional, parece-nos relevante retornar para o exemplo da Espanha, especificamente para visitar a doutrina jurídica de Carlos Gómez-Jara Díez. Sua obra “La culpabilidad penal de la empresa”²⁷ introduziu o modelo construtivista da responsabilidade penal da pessoa jurídica e inspirou o legislador espanhol a positivar a responsabilidade penal da pessoa jurídica em 2010.

Carlos Gómez-Jara Díez, em um importante trabalho²⁸ publicado em 2010 com o objetivo de rebater críticas doutrinárias de escolas contrárias, revisita a ideia de imputabilidade empresarial, conceito que ele propôs pela primeira vez em 2005, mas que só ganhou maior repercussão acadêmica após ser retomado por Nieto Martín²⁹ em 2008. Assim, Jara Díez resgata a discussão para rebater a crítica de Alex van Weezel³⁰, formulada no contexto chileno, que rejeita a possibilidade de responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Van Weezel baseia sua negativa na suposta ausência de auto referencialidade suficiente das pessoas jurídicas, comparando-as a uma ameba incapaz de autoconhecimento ou autodeterminação.

Para Jara Díez, essa crítica ignora os avanços da teoria dos sistemas sociais autopoiéticos, especialmente os desenvolvidos por Niklas Luhmann e Gunther Teubner, os quais permitem uma análise mais refinada da complexidade e auto-organização das estruturas empresariais modernas. O autor argumenta que a responsabilidade penal exige um grau de complexidade organizativa capaz de gerar

²⁶ RADHOUANI, Roua; AJINA, Aymen. Impact of board gender diversity on anti-corruption disclosure: analysis in the context of the Sapin II law in France. *Gender in Management: An International Journal*, 2025.

²⁷ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Marcial Pons, 2005.

²⁸ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. ¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas?: Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel. *Política criminal*, v. 5, n. 10, p. 455-475, 2010.

²⁹ NIETO MARTÍN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid: lustel, 2008.

³⁰ VAN WEEZEL, Alex. *Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. *Política criminal*, v. 5, n. 9, p. 114-142, 2010.

auto-organização e autodeterminação. Segundo ele, as empresas, ao longo do tempo, podem atingir um estágio de maturidade organizacional em que desenvolvem hiperciclos³¹ de autorreferência, tornando-se sistemas autopoieticos³² de ordem superior e, portanto, passíveis de serem consideradas sujeitos jurídico-penais. Nesse sentido, Jara Díez propõe uma distinção até então inexplorada pela doutrina: assim como nem todos os seres humanos são penalmente imputáveis (como crianças ou pessoas com transtornos mentais), nem todas as pessoas jurídicas devem ser automaticamente consideradas imputáveis³³.

Sua proposta para uma culpabilidade empresarial parte de um modelo construtivista, fundamentado em três equivalentes funcionais inspirados na culpabilidade individual: (i) a criação e manutenção de uma cultura empresarial de fidelidade ao Direito, como reflexo da autorregulação necessária em uma sociedade em que o Estado não consegue controlar todos os riscos corporativos; (ii) a equivalência funcional entre autonomia de auto-organização e responsabilidade pelos danos ou riscos derivados dessa liberdade organizativa; e (iii) o reconhecimento da participação das empresas no processo democrático e no discurso público. Nesse contexto, Jara Díez sustenta que a adoção de tal modelo fortalece a legitimidade do Direito penal empresarial, supera o preconceito antropocêntrico tradicional da dogmática penal, e oferece um caminho mais seguro para a construção de um sistema jurídico que trate de forma proporcional e adequada as diferentes formas de organização empresarial. O autor reconhece, entretanto, que um desafio essencial ainda reside na criação de critérios normativos claros para distinguir pessoas jurídicas imputáveis daquelas que não o são, o que é necessário para se garantir a segurança jurídica³⁴.

Em última análise, neste tópico, procuramos evidenciar a complexidade do debate em torno da responsabilização penal da pessoa jurídica, tema que ainda é jovem no mundo todo e tende a evoluir muito nas próximas décadas. A partir da

³¹ Trata-se de um termo metafórico, pois, um hiperciclo, no contexto científico, consiste em um ciclo de macromoléculas que se interligam e catalisam a sua própria produção, formando uma rede auto-organizada.

³² "Autopoietico" refere-se à capacidade de um sistema (como um organismo vivo) de se auto-organizar, se auto-manter e se reproduzir, isto é, de criar e manter a sua própria estrutura e identidade através de um processo contínuo de produção e transformação.

³³ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. ¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas?: Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel. *Política criminal*, v. 5, n. 10, p. 455-475, 2010.

³⁴ *Ibidem*.

reflexão sobre experiências internacionais, constatamos que não existe um modelo universalmente aceito, mas sim algumas alternativas, a nosso ver, ainda pouco criativas, que procuram, de forma mais ou menos eficaz, adequar os princípios penais tradicionais à realidade das organizações empresariais.

Em nossa tese, iremos nos inspirar de maneira geral nas experiências internacionais acima expostas, mas com especial atenção, como verdadeiro marco teórico, à ideia da culpabilidade empresarial de Carlos Gómez-Jara Díez, que faz parte do modelo construtivista da responsabilidade penal conforme concebido pelo autor. Nesse contexto, lembremo-nos que, no próprio âmbito brasileiro, Alamiro Velludo Salvador Netto propõe uma solução orientada pela construção de categorias dogmáticas próprias e adequadas à realidade dos entes coletivos³⁵. Buscaremos, portanto, avançar de forma propositiva sobre o tema e responder em alguma medida ao desafio apontado por Carlos Gómez-Jara Díez no âmbito de sua tese. Com efeito, especificamente, proporemos alguns critérios normativos claros para distinguir pessoas jurídicas imputáveis daquelas que não o são, o que, repita-se, é necessário para se garantir a segurança jurídica.

1.4. O conflito entre a dogmática penal e a política-criminal: a legitimidade legislativa para criação de crimes aplicáveis à pessoa jurídica

Jara Díez constata objetivamente um problema: o Legislador, ao normatizar sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica, tropeça “em importantes armadilhas dogmáticas, assim como – talvez principalmente – em deficiências político-criminais de significativa profundidade”³⁶. De todo modo, apesar da superveniência de certos problemas de ordem dogmática que surgiram com a positivação da responsabilidade penal da pessoa jurídica, Alamiro destaca que, em realidade, há de se reconhecer que a responsabilização penal da pessoa jurídica consiste em uma “decisão político-criminal”³⁷. Devemos aceitar, portanto, a legitimidade democrática e jurídica que o Legislador possui para positivar tal responsabilização, mesmo que isso conflite com a dogmática penal preestabelecida. Com efeito, diante desse cenário,

³⁵ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 165.

³⁶ DIEZ, Carlos Gómez-Jara. A Responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à lei 9.605/98. Livraria do Advogado Editora, 2021. p. 51.

³⁷ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 35.

competete à doutrina e à jurisprudência trabalhar e debater em conjunto com o Legislador a criação de novos institutos de direito penal e processual que visem compatibilizar a dogmática jurídica com a política-criminal, de modo a dar efetividade jurídica a esta.

Sobre esse ponto, Alamiro Velludo Salvador Netto observa:

É preciso aqui reconhecer que o debate acerca da viabilidade político-criminal a respeito da responsabilidade penal da pessoa jurídica aparece já, em boa medida, superado na realidade normativa de significativa parte da Europa. A sua progressiva adoção nos mais variados países justifica afirmativas como a feita, por exemplo, por Zugaldía Espinar. O professor da Universidade de Granada esclarece que o debate sobre 'se deve' (desde o ponto de vista político-criminal) ou 'se pode' (desde o ponto de vista dogmático) exigir responsabilidade penal das pessoas jurídicas 'pertence ao passado, encontrando-se superado desde muito tempo e resolvido em sentido afirmativo'. Essa adoção da responsabilidade penal coletiva derivaria, principalmente, de razões de necessidade puramente pragmáticas do legislador para enfrentar a criminalidade organizada, ainda que para tanto fosse necessário, ao menos no primeiro momento, um certo grau de desprezo ao debate dogmático-acadêmico. O desafio agora, portanto, residiria no desenvolvimento dos conceitos da teoria do delito e das fórmulas de imputação de responsabilidade empresarial³⁸.

Nesse sentido, de acordo com o autor, pode-se e deve-se exigir responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Entretanto, de forma complementar, é necessário o desenvolvimento de novos conceitos dogmáticos e fórmulas para se imputar adequadamente a responsabilidade empresarial. Assim, o avanço do debate sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica, embora ainda envolto em controvérsias doutrinárias, deve ser compreendido à luz das transformações sociais e econômicas que marcam o mundo contemporâneo. A globalização, o crescimento exponencial das corporações transnacionais e sua penetração em esferas sensíveis da vida social e econômica impõem uma reavaliação crítica dos paradigmas tradicionais do direito penal. Não se trata apenas de acompanhar a evolução dos tempos, mas de reconhecer que certas empresas deixaram de ser meros sujeitos auxiliares da ordem econômica para se tornarem, em alguns casos, protagonistas de práticas criminosas altamente lesivas à coletividade – a exemplo da corrupção sistêmica, escravidão, crimes cibernéticos e da lavagem de capitais decorrente de outros ilícitos de organizações criminosas.

Nesse contexto, ganha força a tese de que a responsabilização penal da pessoa jurídica não é apenas uma questão de conveniência normativa, mas sim uma exigência de justiça social e proteção aos bens jurídicos fundamentais. A propósito,

³⁸ *Ibidem*. p. 36.

no debate sobre novas políticas-criminais, surge uma questão: se a Constituição expressamente trouxe a possibilidade de se criminalizar a pessoa jurídica nos casos de delitos contra a ordem econômica e financeira, a economia popular e o meio ambiente (173, § 5º, e 225, § 3º, CF), seria legítimo o legislador ir além no sentido de adaptar-se às novas formas de criminalidade e criar outros tipos penais de crimes para pessoas jurídicas, como corrupção, escravidão, crimes cibernéticos e lavagem de capitais?

A provocação é pertinente. Seria aceitável que, em nome de uma fidelidade formalista a construções doutrinárias antigas, a legislação penal ficasse inerte diante da complexidade da criminalidade empresarial moderna? Ou pior: seria legítimo blindar a pessoa jurídica de qualquer responsabilização penal sob o argumento de que a Constituição é taxativa sobre esse ponto e silencia sobre outras hipóteses? A resposta há de ser negativa. O direito não pode servir como escudo para a impunidade institucionalizada.

A responsabilização penal da pessoa jurídica deve ser compreendida como uma medida indispensável ao enfrentamento eficaz da macrocriminalidade econômica. Em tempos de escândalos financeiros transnacionais e corrupção corporativa sistêmica, pensar na penalização exclusiva das pessoas físicas – muitas vezes protegidas por uma estrutura opaca de poder e anonimato decisório – é ineficaz e até ingênuo. Trata-se, portanto, de uma nova racionalidade penal, mais complexa e realista, que busca dar conta das especificidades das condutas empresariais delituosas.

Por fim, vale lembrar que responsabilizar penalmente as empresas não é apenas punir estruturas abstratas, mas, sobretudo, proteger a coletividade, a concorrência leal, a administração pública e, em última instância, a própria dignidade da pessoa humana.

1.5. A falta de organicidade entre a política criminal adotada e a teoria do ordenamento jurídico: o problema da completude

O ordenamento jurídico consiste no sistema fechado que regula as normas de conduta, explícitas e implícitas, a todos aplicáveis e que rege um Estado de Direito, abrangendo as fontes do direito, o processo legislativo, a forma de execução das leis e o controle jurisdicional, isto é, a completude de seus conteúdos e aplicações. Trata-se de um olhar para o conjunto de normas como um todo. Adotando-se a analogia dos

ramos do direito, o ordenamento seria a árvore ou “um tronco com vários ramos; cada um desses ramos tem o nome de *disciplina*”³⁹. Uma norma complementa a outra, conciliando-se interpretativamente todo o conjunto, que nunca se incompatibiliza, por meio da aplicação de regras para solucionar aparentes antinomias.

O Direito como expressão de normas gerais de conduta existe e em alguma medida é estudado há muito tempo, pois a formação, a organização e o desenvolvimento de sociedades relacionam-se com o estabelecimento de balizas para o comportamento humano. Talvez uma verdadeira teoria do ordenamento jurídico – no sentido contemporâneo da palavra teoria – tenha surgido com Kelsen, sobretudo em sua obra *Teoria Geral do Direito e do Estado*⁴⁰. Naquela ocasião (1945), foram concebidas duas novas classificações para o olhar analítico das normas. Nela, enquanto a Nomoestática tem por escopo a análise de questões inerentes à própria norma jurídica; a Nomodinâmica se preocupa com os problemas do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, “a teoria do ordenamento jurídico constitui uma integração da teoria da norma jurídica”⁴¹. A eficácia da norma não decorre dela em si, isoladamente, mas, na realidade, do contexto global em que está inserida, com a compatibilização sistêmica na sua aplicação pelo operador do direito. Assim, devem ser analisados em conjunto, harmonicamente, a natureza da norma e de suas sanções, os seus sujeitos e a sua forma de execução. “Significa, portanto, que uma definição satisfatória do direito só é possível se nos colocarmos do ponto de vista do ordenamento jurídico”⁴².

Neste prisma, é imprescindível destacar que a complexidade do ordenamento jurídico demanda um estudo multidisciplinar, englobando aspectos filosóficos, sociológicos e históricos. Esta abordagem é importante para entendermos não apenas a mecânica das normas em si, mas também o seu papel fundamental na manutenção da ordem social e na promoção da justiça. A partir dessa perspectiva, o direito deixa de ser visto meramente como um conjunto de regras e passa a ser entendido como um sistema vivo, que evolui e se adapta conforme as mudanças socioculturais de cada época.

³⁹ REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. Saraiva, 2001. p. 4.

⁴⁰ BOBBIO, Norberto; DOS SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite; JÚNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. Teoria do ordenamento jurídico. Editora: UnB, 1999. p. 35.

⁴¹ *Ibidem*. p. 37.

⁴² *Idem*.

Ademais, a aplicação prática do ordenamento jurídico revela outra camada de complexidade. Não raro, o operador do direito se depara com situações em que a lei parece ofertar mais de uma interpretação possível ou até mesmo conflitantes entre si. É nesse contexto que a jurisprudência e a doutrina ganham destaque, funcionando como elementos essenciais para a interpretação das normas jurídicas. A jurisprudência, por exemplo, através de suas decisões reiteradas sobre casos similares, contribui para a construção de uma interpretação consistente e previsível das normas, enquanto a doutrina oferece análises aprofundadas e críticas sobre os diversos institutos jurídicos.

A noção de hierarquia normativa é outro aspecto fundamental do ordenamento jurídico. Este conceito assegura que exista uma ordem de preponderância entre as diferentes normas, de modo que as normas inferiores devem respeito às superiores, até chegar à Constituição, que ocupa o vértice do sistema jurídico de um Estado. Essa estrutura hierárquica é importante para a coerência e a unidade do sistema jurídico, evitando conflitos normativos e garantindo a supremacia das normas constitucionais⁴³.

Outro ponto a ser considerado é a dinamicidade do ordenamento jurídico⁴⁴. Em um mundo em constante transformação, as normas jurídicas necessitam acompanhar as evoluções sociais, econômicas, tecnológicas e culturais. Isso implica na necessidade de mecanismos para a atualização das leis, tais como o processo legislativo e a revisão constitucional. Tal caráter dinâmico reflete a capacidade do direito de responder às necessidades e aos anseios da sociedade, reforçando seu papel não apenas como regulador da conduta humana, mas também como promotor de progresso social.

O estudo do ordenamento jurídico, por sua riqueza e complexidade, requer uma abordagem que transcenda a análise puramente técnica das normas. É necessário considerar o direito em sua dimensão mais ampla, como um fenômeno cultural que reflete e molda a sociedade. Essa visão holística permite compreender o direito como um vetor de mudança e de desenvolvimento humano.

Há diversas perspectivas pelas quais podemos enxergar o Direito, que consiste em um fenômeno complexo, que ao mesmo tempo envolve questões normativas, políticas, sociológicas e filosóficas. O Direito é normativo, pois consiste em um conjunto de normas de conduta que objetivam a adequada convivência social; é

⁴³ KELSEN, Hans; MACHADO, João Baptista. Teoria pura do direito. Saraiva, 1939.

⁴⁴ REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. Saraiva, 2001. p. 91-92.

político, na medida em que é resultado e instrumento do poder, refletindo as relações de força na sociedade e atuando como mecanismo de organização e controle social; é sociológico, uma vez que não pode ser compreendido à parte do contexto social em que emerge e opera, sendo um produto e um fator de mudança social; e é filosófico, pois levanta questões fundamentais sobre justiça, liberdade, igualdade e direitos humanos, desafiando-nos a refletir sobre os valores e princípios que fundamentam a convivência humana e a própria legitimidade das normas jurídicas⁴⁵.

Além dessas dimensões, o Direito é também dinâmico, adaptando-se continuamente às mudanças sociais, tecnológicas e culturais. Essa capacidade de evolução reflete a tensão entre a necessidade de estabilidade e previsibilidade, fundamentais para a segurança jurídica, e a demanda por flexibilidade e adaptação, essenciais para responder aos desafios emergentes da sociedade. Assim, o Direito é um sistema aberto e está em constante diálogo com o contexto social, político e econômico, incorporando novas demandas, interesses e valores.

Nesse sentido, a interpretação das normas jurídicas não é um exercício meramente técnico ou literal, mas envolve a consideração de princípios éticos, sociais e políticos. O papel do operador do Direito, então, transcende a aplicação mecânica das leis, exigindo uma compreensão profunda das realidades social e humana que o Direito busca regular. Esta perspectiva ampliada é elementar para a realização da justiça, que é o fim último do Direito. A justiça, entendida não apenas como a aplicação correta das leis, mas como a realização de valores universais de dignidade, liberdade e igualdade⁴⁶, orienta a interpretação e a aplicação do Direito em busca de uma sociedade mais harmoniosa.

Portanto, ao considerarmos o Direito sob essas diversas perspectivas, reconhecemos sua complexidade e sua fundamental importância na construção e manutenção de uma ordem social democrática. É importante diferenciar o direito e a moral. Ambos são sistemas normativos que orientam o comportamento humano, mas diferem em suas fontes, aplicações e mecanismos de execução. Entender essas diferenças nos permite compreender como cada um influencia a sociedade. Enquanto o direito deriva de fontes formais, como a Constituição e as leis, a moral se baseia em valores, princípios éticos, cultura e crenças religiosas. A aplicação do direito é feita

⁴⁵ BOBBIO, Norberto; DOS SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite; JÚNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. Teoria do ordenamento jurídico. Editora: UnB, 1999.

⁴⁶ REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. Saraiva, 2001. p. 354.

pelo Estado de forma uniforme a todos, independentemente da moral do indivíduo, ao passo em que não há uma autoridade externa e formal que possa impor as regras morais a todos.

Embora Direito e moral frequentemente se intersectem e influenciem mutuamente (muitas leis refletem valores morais predominantes em uma sociedade), é importante reconhecer suas diferenças fundamentais⁴⁷. O Direito pode impor normas independentemente da moral pessoal (como leis que regulamentam questões técnicas sem um componente moral claro), enquanto a moral pode exigir padrões de comportamento que não são formalmente regulamentados pelo Direito (como a expectativa de honestidade em relações pessoais). Essas diferenças destacam a natureza complementar, mas distintiva, do Direito e da moral como guias para o comportamento humano. “Existe, entre o Direito e a Moral, uma diferença básica, que podemos indicar com esta expressão: a Moral é incoercível e o Direito é coercível. O que distingue o Direito da Moral, portanto, é a coercibilidade”⁴⁸.

A despeito de o Direito, como área de estudo e campo do conhecimento, estar relacionado com elementos científicos e o respeito a certos métodos, a observação crítica nos leva a entender que o Direito tem uma natureza eminentemente política. Nesse sentido, a construção do Direito é uma vitória política, sendo “o troféu pelo qual muitas batalhas são disputadas. Em um Estado de direito, a Constituição e as leis, a um só tempo, legitimam e limitam o poder político”⁴⁹.

O Direito, apesar de ser muitas vezes classificado como a ciência que estuda a norma, inclusive sendo tradicionalmente elencado como ciência social aplicada, não é, de fato, uma ciência; ao menos não uma ciência pura. O Direito, como área do conhecimento que tem por objeto o estudo das normas de conduta, diferencia-se das ciências puras em sua essência, pois, enquanto estas concentram-se sobre a compreensão de leis universais, como a gravidade, aquele estuda como o mundo deve ser, no que diz respeito à regulamentação normativa da conduta humana na sociedade.

Perceba-se, então, que, embora lutemos pela estabilidade jurídica, pela justiça normativa e pelo respeito legal ao valor intrínseco do ser humano, essas são questões

⁴⁷ *Ibid.* p. 36.

⁴⁸ *Ibid.* p. 43.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 451.

que podem se alterar com relativa facilidade. No decorrer da história, inclusive recente, vimos diversas vezes o direito sofrer grandes alterações, seja por meio de revoluções, seja por meio de violentas rupturas institucionais. Assim, a nossa luta pela não concentração do poder, pelo aprimoramento da democracia, pela implementação de políticas públicas que promovam a dignidade e a igualdade material, e também pela estabilidade constitucional é constante e provavelmente nunca acabará. Isto é, se não buscarmos ativamente o respeito ao ordenamento jurídico, utilizando os meios por ele próprio previstos para alterações e melhoras normativas decorrentes das mudanças sociais, corremos o sério risco de testemunharmos grandes abalos nas normas que regem a nossa sociedade, hipótese em que retrocessos sociais seriam prováveis.

O que queremos dizer é que, ao passo em que abalos nas estruturas de poder podem alterar com relativa facilidade o que conhecemos como direito, inexistente revolução apta a alterar a velocidade da luz no vácuo, ou a aceleração da gravidade na terra. Não é o nosso desejo criar classificações, mas, se fossemos chamar o direito de ciência, chamá-lo-íamos de uma ciência imprópria. Com efeito, o direito é construído de forma multidisciplinar, com a elaboração de teorias, realização de debates com contraposições dialéticas de ideias, e a elaboração de consensos sociais. Isso não diminui a importância do direito como área de estudo e campo do conhecimento, mas sim a reforça. Afinal, a negligência para com o direito pode implicar no seu fim.

Nesse contexto, é importante, para alcançar os objetivos deste trabalho, inspirar-nos na teoria tridimensional do direito, de Miguel Reale. O jurista sustenta que o Direito, desde sua origem até sua aplicação, apresenta uma estrutura essencialmente tridimensional, composta pela interação dinâmica entre fatos, valores e normas. Ele argumenta que essa interação segue um tipo específico de dialética, denominada por ele como “dialética de implicação-polaridade”. Essa concepção estabelece que fato e valor, embora distintos e irreduzíveis entre si (polaridade), estão interligados e se exigem mutuamente (implicação), o que resulta na formação da norma jurídica. Essa articulação dinâmica é também chamada de “dialética da complementaridade”. A partir dessa perspectiva, Reale define o Direito como a concretização ordenada do bem comum, estruturado tridimensionalmente e caracterizado pela bilateralidade atributiva. De forma analítica, ele o descreve como”

a ordenação heterônoma, coercível e bilateral atributiva das relações de convivência, segundo uma integração normativa de fatos segundo valores”⁵⁰.

Assim, se o Direito é composto pela interação dinâmica entre fatos, valores e normas, é certo que mudanças sociais que repercutam nos fatos e valores irão também repercutir no âmbito normativo. É claro que queremos correlacionar isso ao debate sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica, que decorre em grande medida da alteração de fatos e valores que, de forma pragmática, estão forçando a alteração das normas. Aliás, o Direito é uma das instituições do Estado administrativo moderno, que, é importante lembrar, de acordo com Adrian Vermeule, atua como um instrumento de transformação da sociedade⁵¹.

Em última análise, com relação ao nosso tema propriamente dito, pode-se concluir que o ordenamento jurídico brasileiro, ao mesmo tempo em que reconhece formalmente a responsabilidade penal da pessoa jurídica, carece de coerência sistêmica e integração normativa que viabilizem sua efetiva aplicação prática. A ausência de um modelo material e processual próprio para a responsabilidade penal de entes coletivos evidencia a incompletude do sistema, refletindo uma desarmonia entre a política-criminal vigente e os fundamentos dogmáticos do direito penal. Tal descompasso compromete a segurança jurídica e o princípio da legalidade, ao permitir interpretações fragmentadas e lacunares que resultam, por vezes, na impunidade ou em responsabilizações arbitrárias. Diante disso, torna-se indispensável o desenvolvimento de um arcabouço normativo coerente, que considere as especificidades das pessoas jurídicas, respeitando a hierarquia normativa, os princípios constitucionais e a necessidade de adaptação do Direito às transformações sociais, econômicas e tecnológicas contemporâneas. Somente com tal organicidade será possível assegurar a efetividade da responsabilidade penal institucional e, ao mesmo tempo, preservar as garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito.

⁵⁰ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito, 27ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013. p. 67.

⁵¹ VERMEULE, Adrian. Optimal abuse of power. Revista de Direito Administrativo, v. 278, n. 3, p. 15-43, 2019. p. 19-21.

2. A CONJUNTURA DOS DELITOS ECONÔMICOS E A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NO BRASIL

2.1. Uma análise sobre a abstratividade de conceitos, condutas do agente, prevenção e repressão

A prestação da tutela jurisdicional pressupõe a observância de um regramento legal, no curso do processo. Isso se dá nos variados âmbitos do direito, porém a análise aqui terá como foco principal o Direito Penal Econômico, que não é um ramo autônomo, porquanto está no contexto do Direito Penal. Assim, incontornável a assertiva de que, nas condutas decorrentes de relações empresariais por gestores, sócios, diretores, mandatários e assim por diante, evidenciam-se características próprias a serem analisadas sob a premissa da *ultima ratio* punitiva.

Com isso, nos delitos econômicos, fiscais, ambientais, e outros relacionados à atividade empresarial, as regras ordinárias não escapam de aplicação, mas com especificidades próprias do âmbito empresarial. Vale dizer, nessa criminalidade necessariamente existe algo mais, indispensável ao desenvolvimento do processo, consistente no conjunto de atos que se seguem até a entrega da jurisdição.

Nessa perspectiva, vale registrar que, inicialmente, imaginava-se, equivocadamente, que a gama maior dos crimes empresariais decorria da omissão. Com efeito, estudos contemporâneos apontam que a gama de infrações penais na seara empresarial cresce muito, sobretudo quanto às condutas comissivas e comissivas omissiva, esta de natureza mista. É preciso, pois, cautela para identificá-las para, depois, fazer a correta individualização acerca da pessoa penalmente responsável⁵².

Nessa busca, não se pode perder de vista a característica do crime de grupo, em que não raras vezes se impõe a identificação também do autor mediato do delito: aquele que, por interesse econômico-empresarial, concorre de qualquer forma para a prática criminosa.

Aqui, por consequência lógica, está embutida a culpabilidade do agente, o que demanda correta investigação e apuração dos fatos, inclusive porque a autoria não pode ser estabelecida de forma objetiva, como equivocadamente o fazem algumas de nossas leis. Exemplificativamente, é o que se verifica no art. 25 da nº 7.492/86, segundo o qual “são penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e

⁵² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 132-133.

os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes”. Por conseguinte, em seu § 1º, estabelece que “equiparam-se aos administradores de instituição financeira o interventor, o liquidante ou síndico”⁵³.

Além disso, diversos tipos penais na área econômica são inadequadamente amplos. Nesse sentido, cite-se o art. 4º, parágrafo único, da lei nº 7.492/86, que prevê ser a gestão temerária de instituição financeira crime sancionado com reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos e multa. É tamanha a abrangência de conduta que qualquer gestor, ao falhar na administração de instituição financeira, poderia, em tese, incidir nesse tipo penal. Com efeito, verifica-se quase que uma tentativa, por parte do legislador, de instituir a responsabilidade penal objetiva do empresário, o que não é admitido por nosso ordenamento jurídico-constitucional.

A propósito, existe o risco empresarial que, em algumas ocasiões, a depender da atividade desenvolvida, demonstra-se muito acentuado. Mas, nem por isso seria permitido dizer, no campo penal, de antemão, quem é o responsável juridicamente por eventual violação da lei. Indispensável que isso seja regularmente apurado e identificado, dentro da cadeia de comando da empresa, com a indicação pormenorizada de condutas concretas.

Nesse contexto, a jurisprudência está majoritariamente construindo a posição de que não se tolera a imputação penal apenas com norte no cargo hierárquico ocupado pelo agente, sem levar em consideração o nexo de causalidade para a definição da autoria. Confira-se, exemplificativamente, o que decidiram as duas turmas do Superior Tribunal de Justiça, sobre o tema em apreço:

[...] 4. O simples fato de o acusado ser sócio e administrador da empresa constante da denúncia não pode levar a crer, necessariamente, que ele tivesse participação nos fatos delituosos, a ponto de se ter dispensado ao menos uma sinalização de sua conduta, ainda que breve, sob pena de restar configurada a repudiada responsabilidade criminal objetiva. (...) 6. Não se pode admitir que a narrativa criminoso seja resumida à simples condição de acionista, sócio, ou representante legal de uma pessoa jurídica ligada a eventual prática criminoso. Vale dizer, admitir a chamada denúncia genérica nos crimes societários e de autoria coletiva não implica aceitar que a acusação deixe de correlacionar, com o mínimo de concretude, os fatos considerados delituosos com a atividade do acusado (...) (HC n. 224.728/PE, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 10/6/2014, DJe de 27/6/2014).

[...] 2. Nos crimes societários, a denúncia deve apontar indícios mínimos da responsabilidade pessoal e subjetiva do agente, indicando a necessária relação de causalidade entre sua conduta e o evento delituoso, não bastando a mera alusão à condição de sócio da empresa. 3. Nos termos do art. 395, III, do CPP, incumbe ao juízo processante avaliar a presença de justa causa para a ação penal, cumprindo-lhe aferir a presença de lastro probatório

⁵³ *Ibid.* p. 139.

mínimo da autoria, sob pena de configurar-se responsabilidade penal objetiva⁵⁴.

No início do século passado, tornaram-se mais visíveis e frequentes algumas atividades ilícitas perpetradas por diretores de empresas e banqueiros, os quais especulavam na bolsa de valores, ou se utilizavam do dinheiro alheio em proveito próprio. De semelhante modo, administradores de ferrovias se corrompiam para diminuir valores cobrados pelo transporte de cargas para, em contrapartida, sonegar tributos, receber e pagar propina a funcionários públicos. Contrastando ao enriquecimento ilícito, enquanto maquiavam a sua contabilidade, tais agentes se passavam por bons cidadãos perante a sociedade, realizando doações a entidades públicas, universidades e construindo praças. Assim, ao passo em que abusavam da boa-fé social, locupletavam-se ilicitamente⁵⁵.

No Brasil, o jurista Roberto Lyra, em 1933, ao defender sua tese de liberdade na Faculdade Nacional de Direito, não deixou passar despercebido que os agentes incursos nos crimes econômicos integravam o espectro social mais abastado financeiramente. Por esse motivo, poderiam contratar grandes bancas de advocacia e causar dificuldades para o regular desenvolvimento do processo, em meio a tentativas – muitas vezes exitosas – para frustrar a aplicação da lei⁵⁶.

Outra característica marcante na criminalidade econômica é a de que sempre esteve acompanhada de uma notória acuidade intelectual de seus autores. Pessoas muitas vezes capacitadas para o planejamento da ação criminosa em todas as suas vertentes, do início ao fim, hábeis para apagar seus rastros e, assim, tornar mais difícil a possibilidade de desvendarem-se a autoria, a materialidade e o nexo causal da conduta.

Os crimes empresariais, por toda a sua estrutura organizacional, estão em um patamar acima da criminalidade ordinária, de segundo escalão, no qual, em regra, prevalece o imprevisto, com lacunas e evidências facilitadoras na sua apuração persecutória. Afirma-se “em regra”, porque é sabido que, na atualidade, algumas facções criminosas são verdadeiras empresas ilícitas transnacionais, demandando o aprimoramento nos serviços estatais de inteligência.

⁵⁴ STJ. AgRg no RHC n. 148.463/RJ, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, relator para acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 11/10/2022.

⁵⁵ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Direito penal empresarial: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance. 1. ed. São Paulo: LiberArs, 2021. p. 32.

⁵⁶ *Ibid.* p. 33.

É evidente, por oportuno, observar como as organizações ilícitas se tornaram mais complexas, em face aos avanços tecnológicos e da transnacionalização das empresas. Não é por outra razão que o direito busca estimular mecanismos de prevenção, inclusive interna, tal como o *compliance*.

Com efeito, a atividade empresarial é dinâmica, influenciada a todo tempo pelos avanços tecnológicos, situação muito diferente da realidade, visão e experiência social do legislador ordinário de quase um século atrás. Eram outros tempos, o mundo andava mais devagar, o que facilitava a percepção da autoria delitiva, nas relações de comércio e empresariais.

Com a globalização, muitas empresas que antes eram familiares hoje se tornaram transnacionais. Como consequência natural, decorre da grandeza de certas empresas a dificuldade em se estabelecer o vínculo entre o resultado de eventual conduta criminosa e o seu autor.

Dessa encruzilhada jurídica, na açodada interpretação da teoria da imputação objetiva, defendida por Claus Roxin, alguns concluíram ser suficiente estabelecer o cargo de direção exercido na empresa, para automaticamente ficar definida a responsabilidade penal. Ocorre que isso vai na contramão dos aprofundados estudos desse próprio jurista. Não tardou para a doutrina e a jurisprudência brasileiras aclararem a situação e estabelecer que a solução não é simplista.

Tanto na academia quanto no foro se passa a compreender, portanto, que, para a responsabilização do indivíduo, não basta ocupar cargo com superioridade hierárquica, como de direção ou presidência. Com efeito, diante de um delito empresarial, deve-se perquirir a sua real origem, que não pode ser ficta, de sorte a não permitir que o ocupante de cargo de alta hierarquia seja responsabilizado pelos desacertos de seus subordinados na cadeia hierárquica, desde que, por óbvio, não tenha dado a ordem para a prática do delito ou se omitido dolosamente, com o intuito de receber vantagem indevida.

Por sua vez, o Ministério Público, ao elaborar a denúncia, não pode se limitar à menção do cargo ocupado pelo agente na cadeia hierárquica. É imprescindível a narrativa da conduta delituosa, apontando-se o liame entre a conduta (subjetiva e objetiva) do acusado e o fato delitivo, de modo a demonstrar o nexo de causalidade.

Ausente essa formalidade, a ação penal carece de um de seus pressupostos, de forma que o seu desenvolvimento acarreta constrangimento ilegal ao acusado⁵⁷.

Na peça incoativa, deve constar, portanto, detalhada e circunstanciadamente a conduta delituosa, seja omissiva, seja comissiva. Por exemplo, imagine-se o caso do empresário que falsifica e emite notas fiscais de mercadorias em duplicidade para deixar de recolher tributo de ICMS ao estado. Ao falsificar e emitir a nota fiscal irregular, depara-se com uma conduta criminosa comissiva e, na sequência, quando, no desmembrar disso, não recolheu tributo, omitiu ou prestou informação fraudulenta ao fisco, beneficiando-se ilicitamente. Já o crime omissivo surge mais comumente na gestão empresarial fraudulenta, que se enquadra na categoria dos “delitos de infração de dever”, referida por Claus Roxin. O agente deve observar determinados regramentos, os quais não segue, e cria riscos antijurídicos aos bens tutelados pela norma penal⁵⁸.

O processo penal, contemporaneamente, não é visto apenas como instrumento à efetivação do direito material, mas sim como uma garantia de que a persecução penal se desenvolverá com a observância das leis e da Constituição, de modo a preservar os direitos mais importantes de quem se vê processado penalmente. A ação penal, por si só, é um estigma na vida pessoal, e assim é sempre problemático flexibilizar o cumprimento dos direitos e garantias fundamentais. Verdadeiramente, “o processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena” (Lopes Júnior, 2019, p. 36). Nesse sentido:

É provável que a garantia do devido processo legal configure uma das mais amplas e relevantes garantias do direito constitucional, se considerarmos a sua aplicação nas relações de caráter processual e nas relações de caráter material (princípio da proporcionalidade/direito substantivo). Todavia, no âmbito das garantias do processo é que o devido processo legal assume uma aptidão inigualável e um significado ímpar como postulado que traduz uma série de garantias hoje devidamente especificadas nas várias ordens Jurídicas (Mendes; Branco, 2019, p. 601-602)

No Estado Democrático de Direito, não existe a vingança privada e a pretensão punitiva é de titularidade estatal. Destarte, para avançar na busca da solução final, necessariamente devem ser cumpridas todas as garantias inerentes ao processo, cujo

⁵⁷ Nesse sentido, a par dos julgados anteriormente mencionados no texto: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, STJ, PExt no Habeas Corpus nº 89.297 - CE (2007/0199763-4), Relator Min. Jorge Mussi, Dje 05/04/2010.; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, STJ, Recurso em Habeas Corpus nº 66.633 - PE (2015/0320431-0), Relator do Acórdão Min. Rogério Schietti Cruz, Dje 25/05/2016.; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, STJ, AgRg no Recurso em Habeas Corpus nº 132.900 - SC (2020/0209908-2), Relato do Acórdão Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 02/09/2021.

⁵⁸ ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 180.

titular é o indivíduo. Sob esses parâmetros é que se desenvolve o processo, inclusive aqueles praticados pelo empresário, nos âmbitos econômico, fiscal, ambiental, *etc.*

Logo no início desse estudo, afirmou-se que a criminalidade econômica foi mais notada no início do século XX, mas seria ingenuidade pensar na sua inexistência em tempos mais distantes. De toda sorte, fiquemos na era mais próxima, suficiente para a dedução lógica de que nossa legislação não evoluiu na mesma velocidade em que se desenvolveu a criminalidade empresarial⁵⁹.

Certamente, é imperiosa a necessidade de avanços legislativos em nosso país, para disciplinar os crimes econômicos. Não é aceitável ainda lidarmos com um código penal e um código de processo penal da década de 40, quando aos legisladores da época seria impossível imaginar a variada gama de delitos, principalmente econômicos e ambientais, que surgiriam com a modernização⁶⁰.

Evidentemente, o direito brasileiro é prolixo quando se trata de criar tipos penais, os quais se espalham por inúmeras leis esparsas, a configurar uma verdadeira colcha de retalhos. Há inúmeras consequências decorrentes dessa cultura legislativa, como, especialmente, a falta de organicidade do direito que, por sua vez, traduz-se na ineficiência da persecução penal.

Dependemos, e logo, de legislação específica para disciplinar os crimes dos empresários, no âmbito penal e processual. Não significa dizer com isso que nesse raciocínio existe exortação ao incremento da pena privativa de liberdade. Não é isso. Espera-se a efetividade do sistema de justiça criminal, mas deve prevalecer a ideia de não encarceramento, com a substituição da prisão por outras alternativas punitivas. Quanto menos se necessitar prender, melhor para todos, não só para o autor do delito, mas também, e principalmente, para o Estado e para a sociedade⁶¹.

Só mais recentemente caminhamos para algumas soluções já adotadas em países mais avançados, entre as quais o acordo de não persecução penal, o acordo de leniência e a delação premiada. Certo é, entretanto, que precisamos de bastante aprimoramento legislativo, na busca de outra cultura social que não aquela apenas voltada à repressão por meio da pena privativa de liberdade.

⁵⁹ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Direito penal empresarial: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance*. 1. ed. São Paulo: LiberArs, 2021. p. 31.

⁶⁰ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006. v. 1. p. 16.

⁶¹ BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal Compliance: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 37.

No sentido da prevenção ao ilícito empresarial, mostra-se um avanço importante o mecanismo denominado *compliance*, que consiste em conjunto de ferramentas com finalidade de dar maior credibilidade às suas atividades. É o controle interno de gerenciamento de riscos, com conscientização dos gestores para cumprimento da ética e legalidade, com o que se busca evitar desfalques financeiros para a própria empresa, bem como às pessoas com quem ela mantém negócios.

Com a eficiente prevenção e o gerenciamento de riscos, torna-se mais remota a incidência das normas penais. Consequentemente, são mitigadas as possibilidades de prejuízos à própria empresa e também à sociedade, de sorte a se otimizar a estabilidade para a manutenção da higidez financeira do grupo empresarial.

Não se ousa propor a extinção do direito penal, haja vista que, em sentido amplo, ele é um mal necessário para a mínima pacificação da convivência social. Mas se há de considerar que, também nos crimes econômicos, o Direito Penal deve ser utilizado como *ultima ratio*, evitando-se, quando possível, a aplicação da pena privativa de liberdade. Para tanto, deve-se ter como prioridade o afastamento do gestor das atividades empresariais, bem como a imposição de sanções não corporais, que considerem o capital social, o número de empregados, a transnacionalidade do delito, etc.

Assim, em vez da pena privativa de liberdade, seria mais coerente a aplicação de multa proporcional ao ilícito, com a decretação de indisponibilidade de bens, inabilitação para exercer cargos de gerência e administração na iniciativa privada, suspensão dos direitos políticos, proibição de contratar com o Poder Público e de exercer cargo público, bem como todas as demais penas restritivas de direitos legalmente possíveis.

Ademais, se não for, eventualmente, adequada, no caso concreto, a imposição isolada de penas restritivas de direitos, a prisão domiciliar deve ter precedência àquela em estabelecimento prisional. A propósito, dessa forma, evita-se a contaminação pelos males do presídio – que usualmente aproxima o apenado das organizações criminosas e inviabiliza a ressocialização –, e se diminuem os custos ao erário⁶², não apenas os materiais, mas os danos causados na pessoa do encarcerado e de seu grupo social.

⁶² ROXIN, Claus. Estudos de direito penal. Trad. Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 19-20.

Enfim, a pena privativa de liberdade, isoladamente, mostra-se insuficiente para a reprovabilidade da conduta criminosa. Não traz reparo, além de desagregar e desestabilizar famílias, bem como traz elevada carga de prejuízos sociais⁶³.

A partir dos temas estudados, pode-se concluir ser sobremaneira necessário o aperfeiçoamento da legislação, para que o processo relacionado a ilícitos penais tenha maior efetividade, sem que isso acarrete reflexos negativos e prejuízos sociais. Tais prejuízos, muitas vezes, ultrapassam a esfera individual do agente, atingindo empresas, cuja função social é muitas vezes ceifada: empregos são perdidos, mercados abalados e arrecadação tributária é reduzida.

Nesse prisma, o ordenamento jurídico precisa evoluir para, ao passo em que previna de maneira eficaz os delitos econômicos, utilize-se de mecanismos de repressão capazes de preservar os interesses sociais difusos.

Para tanto, enfim, a lei penal deve tipificar condutas claras – não abstratas –, que considerem as especificidades dos delitos econômicos e de seus agentes, priorizando a prevenção, por meio de incentivos ao controle interno das corporações. Caso ultrapassada esta barreira interna, a repressão, que pressupõe o devido processo legal, além de ser proporcional ao ilícito, deve evitar a criação de externalidades negativas à função social da empresa, de modo a conservar a fonte produtora, preservar os empregos dos trabalhadores e promover a atividade econômica segundo os parâmetros balizadores do desenvolvimento.

Em face das ponderações apresentadas, é imprescindível reconhecer a complexidade e a relevância do debate sobre a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas no Brasil. A legislação existente, focada nos delitos ambientais, evidencia uma tentativa de equilibrar a necessidade de proteger bens jurídicos coletivos e a dificuldade de aplicar o conceito tradicional de culpabilidade a entidades corporativas. Embora o direito penal tradicionalmente foque na culpabilidade individual, a inclusão de pessoas jurídicas como sujeitos ativos de crimes ambientais reflete um entendimento modernizado do direito, buscando a eficácia na prevenção e no combate a delitos que afetam a coletividade e o meio ambiente. A crítica à aplicabilidade da responsabilidade penal às pessoas jurídicas, baseada na ausência de capacidade de agir e vontade própria, destaca a necessidade de uma abordagem diferenciada, que possa compatibilizar a efetiva repressão a condutas prejudiciais com

⁶³ *Ibid.* p. 13.

a natureza peculiar desses entes. Portanto, embora o caminho para uma solução definitiva ainda seja objeto de debate, a legislação atual e as discussões acadêmicas sinalizam para uma evolução na forma como o direito penal se relaciona com as pessoas jurídicas, privilegiando, assim, uma visão mais ampla da justiça e da responsabilidade social corporativa.

2.2. A responsabilização penal da pessoa jurídica na Constituição da República

O texto constitucional brasileiro delimita somente três situações nas quais pessoas jurídicas podem ser réus em processos criminais: nos delitos contra a ordem econômica e financeira, a economia popular e o meio ambiente (artigos 173, § 5º, e 225, § 3º, da CF). Contudo, a eficácia desses dispositivos constitucionais é limitada, ou seja, sua implementação requer a criação de legislação infraconstitucional específica.

Atualmente, no Brasil, somente os delitos ambientais são regulamentados para pessoas jurídicas, conforme estabelece a Lei nº 9.605/1998. Essa lei estipula que se apliquem às pessoas jurídicas sanções como multas, limitações de direitos e serviço comunitário. A limitação de direitos pode incluir suspensão de atividades, interdição temporária e vedação para contratações com o Estado, assim como a proibição de receber benefícios fiscais. Ademais, a prestação de serviço comunitário pode envolver financiamento de projetos ambientais, restauração de áreas prejudicadas, manutenção de espaços públicos e doações a instituições culturais ou ambientais (artigos 21 a 23).

A responsabilização criminal de pessoas jurídicas, contudo, é alvo de intensos debates, principalmente devido à inaplicabilidade de penas privativas de liberdade a elas. Assim, as punições aplicáveis, como suspensão de operações, interdição temporária, restrição de contratos com o governo, impossibilidade de receber incentivos fiscais e exclusão de licitações, alinham-se mais ao direito administrativo sancionador. Portanto, argumenta-se que o direito penal mínimo não deve se envolver nesse assunto. Além disso, os críticos da penalização criminal de pessoas jurídicas argumentam que os conceitos de ação e culpa são concebidos para indivíduos, não sendo aplicáveis a pessoas jurídicas. Inclusive, apesar de algumas opiniões contrárias, é questionável afirmar que pessoas jurídicas possuem vontade própria.

Como são construções legais, a vontade atribuída a elas origina-se, de fato, das pessoas físicas que as gerenciam. A esse respeito:

A proposta da responsabilidade penal da pessoa jurídica é falaciosa, é contraditória, não tem nenhuma consistência científica. Procuram justificá-la e, no final, todos dizem a mesma coisa. No meu livro, fiz o estudo de dois sistemas teoricamente autônomos propostos para fundamentar a responsabilidade penal da pessoa jurídica: o primeiro, da professora Silvina Bacigalupo, da Universidade Autônoma de Madri, e o segundo, do Professor David Baigún, da Universidade de Buenos Aires. Os dois professores consideraram que tinham criado um sistema próprio penal de responsabilização de entes coletivos e, tento mostrar no meu livro, que, na verdade, ambos são mais do mesmo, ou seja, fundamentam proposta de responsabilidade penal da pessoa jurídica na maior reprovabilidade ética social do Direito Penal se comparado aos demais ramos do Direito e, em uma ideia de modernização com supostas vias protecionistas de bens supraindividuais (meio ambiente, ordem econômica)⁶⁴.

Ainda, Guilherme José Ferreira da Silva, destaca a sanção administrativa de 50 milhões de reais aplicada à Petrobras pelo vazamento de petróleo na Baía da Guanabara, sanção essa que foi paga de forma bastante ágil. Ele observa que, se a penalidade fosse aplicada pelo sistema penal, com seu processo lento nos tribunais, o valor da multa não ultrapassaria dois milhões de reais. Baseado nesses argumentos, ele defende a predominância do direito administrativo punitivo em detrimento do Direito Penal⁶⁵.

Por sua vez, Gianpaolo Poggi Smanio argumenta:

A adoção do sistema de dupla imputação, na hipótese de delitos praticados pelas pessoas jurídicas, permite que em relação às pessoas físicas não ocorra mudança, continuando o sistema penal tradicional com os conceitos e garantias individuais historicamente fixados. Em relação às pessoas jurídicas, entretanto, poderá ser firmado um novo sistema, rápido e eficaz, conforme exige a realidade da criminalidade empresarial⁶⁶.

É fato que a controvérsia ainda não está resolvida. Persiste o debate acadêmico, porém, como exemplo, a legislação ambiental atual ainda não foi considerada inconstitucional – e provavelmente nem será; consideramos ser a mencionada legislação constitucional –. Se o próprio texto da Constituição – conforme redigido pelo constituinte originário – reconhece a responsabilidade criminal de pessoas jurídicas, inicialmente, nem se pode considerar a inconstitucionalidade.

Ainda assim, a progressão das discussões acerca do assunto pode, com o tempo, culminar no reconhecimento de uma mutação constitucional. Portanto, para

⁶⁴ DA SILVA, Guilherme José Ferreira, Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 15, n. 60, p. 143-155, out.-dez. 2012. p. 147.

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ SMANIO, Gianpaolo Poggio. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. São Paulo: Complexo, 2004. p. 179.

aprofundar essas considerações, sugere-se o estudo de um dos delitos mais frequentes atribuídos a pessoas jurídicas, isto é, o delito ambiental de poluição, previsto no art. 54 da lei 9.605/98. Esta lei sanciona qualquer forma de poluição que possa prejudicar a saúde humana ou o meio ambiente.

Devido à abrangência da lei em relação às ações, até comportamentos de menor gravidade, que poderiam ser vistos como meras infrações administrativas, são atualmente tipificados como criminosos; por exemplo, descarte indevido de resíduos, incineração ao ar livre de materiais que geram fumaça tóxica e poluem o solo, como madeira, borracha, plásticos, alimentos, entre outros.

Conforme a legislação, a responsabilização criminal só ocorre por ações originadas das decisões de seus representantes legais, tomadas em prol ou benefício da organização. Isso se aplica não só ao crime ambiental de poluição, mas a todos os crimes atribuídos às pessoas jurídicas. Finalmente, apesar de a norma atribuir responsabilidade criminal à pessoa jurídica, isso é uma criação legal. Portanto, parece impróprio, do ponto de vista jurídico, atribuir-lhe ação como se possuísse vontade própria. Ela não possui. Ao contrário do ser humano, que possui valor em si mesmo, a pessoa jurídica não é um fim em si, mas foi criada como meio para alcançar um objetivo.

De fato, o elemento subjetivo é próprio dos indivíduos que usam a empresa para atingir suas metas. Em uma comparação metafórica, a pessoa jurídica é inimputável, pois não tem estado emocional, não possui consciência própria e só se expressa por meio de seus representantes. Assim, são estes que, à luz da teoria subjetiva do crime, deveriam responder criminalmente, quando aplicável e houver prova efetiva de sua conduta, deixando a responsabilidade da pessoa jurídica apenas no contexto extrapenal.

À luz dessas considerações, vê-se que o debate traz, de um lado, argumentos que se contrapõem à responsabilização criminal da pessoa jurídica; e de outro, argumentos que sustentam ser tal responsabilização eficaz para a prevenção e repressão de certas condutas lesivas a bens jurídicos coletivos. Entendemos que a esse debate pode ser aplicável o método filosófico da dialética, em que a partir de uma tese e uma antítese se constrói uma síntese. Com efeito, embora a criminalização de condutas em tese praticadas por pessoa jurídica possua características próprias diversas daquilo que já se consagrou no direito penal – ortodoxo – aplicável às pessoas físicas, o direito se constrói a partir de opções políticas realizadas de acordo

com as regras socialmente estabelecidas. Na medida em que o legislador constituinte originário optou por possibilitar, em casos específicos, a criminalização de condutas da pessoa jurídica, a teoria do ordenamento jurídico adotada neste trabalho orienta para uma busca de adequação sistêmica entre a norma positivada e a forma de sua aplicação. Isso pois a eficácia da responsabilidade criminal da pessoa jurídica pressupõe formas, procedimentos e garantias processuais específicas.

O debate em torno da responsabilidade criminal das pessoas jurídicas no Brasil revela um complexo entrelaçamento entre direito, ética e política, refletindo desafios singulares na aplicação da justiça em um mundo empresarial cada vez mais influente. A legislação atual, focando sobretudo em delitos ambientais, demonstra um esforço legislativo para assegurar que as empresas não estejam acima da lei, estabelecendo um precedente importante para a responsabilização por outras formas de delinquência corporativa. Contudo, as críticas quanto à viabilidade de atribuir culpa e intenção a entidades jurídicas apontam para a necessidade de abordagens inovadoras que transcenderiam os limites do direito penal tradicional, privilegiando mecanismos de responsabilização mais alinhados com a natureza desses entes. Essa discussão não apenas ilumina as tensões existentes entre as perspectivas penal e administrativa, como também ressalta o papel fundamental do direito na promoção de uma conduta empresarial responsável e ética. Nesse contexto, a evolução da legislação e da jurisprudência continuará a ser crucial para definir o escopo e a eficácia da responsabilização das pessoas jurídicas, exigindo um diálogo constante entre teoria e prática, e uma adaptação contínua às realidades socioeconômicas contemporâneas.

2.3. Eficácia das normas constitucionais que admitem a responsabilização penal da pessoa jurídica

No contexto do direito constitucional brasileiro, a eficácia das normas constitucionais é um tema de profundo estudo e debate, essencial para a compreensão da aplicabilidade e do impacto das disposições contidas na Constituição Federal de 1988. Para abordar o tema da eficácia das normas constitucionais, adotaremos a classificação de José Afonso da Silva. De acordo com ele, as normas constitucionais podem ser classificadas, quanto à sua eficácia e aplicabilidade, em três categorias principais: normas de eficácia plena, normas de eficácia contida, e

normas de eficácia limitada⁶⁷. Essa classificação é determinante para entender como diferentes preceitos constitucionais interagem com o sistema jurídico e afetam a vida social e política do país.

As normas de eficácia plena são aquelas que, desde a promulgação da Constituição, têm sua aplicabilidade imediata, independente de legislação integrativa para a produção de seus efeitos jurídicos. Em contraste, as normas de eficácia contida também têm aplicação imediata, mas seu alcance pode ser restringido por meio de legislação infraconstitucional. Por fim, as normas de eficácia limitada dependem de regulamentação por uma legislação infraconstitucional específica para que possam produzir todos os seus efeitos, sendo subdivididas em normas de princípio institutivo (ou organizativo) e normas de princípio programático.

No que tange à possibilidade de criminalização de pessoas jurídicas, conforme previsto nos artigos 173, § 5º, e 225, § 3º, da Constituição Federal, estas disposições são exemplos claros de normas de eficácia limitada. Tais normas estabelecem a possibilidade de responsabilização criminal das pessoas jurídicas em casos específicos – delitos contra a ordem econômica e financeira, a economia popular e o meio ambiente –, mas sua plena efetivação depende da criação de legislação infraconstitucional que detalhe os procedimentos, as condições e as sanções aplicáveis.

A eficácia limitada dessas normas constitucionais reflete a necessidade de um debate legislativo aprofundado e de um consenso político para a elaboração de leis que regulamentem a matéria de forma concreta e adequada às realidades sociais e econômicas do país. Isso implica reconhecer que, embora a Constituição estabeleça a base para a criminalização de condutas empresariais lesivas, a operacionalização dessas disposições exige um cuidadoso trabalho legislativo que equilibre os interesses sociais envolvidos, os princípios de direito penal e as peculiaridades das pessoas jurídicas.

Até o presente momento, apenas os delitos ambientais foram regulamentados de maneira específica para permitir a responsabilização criminal das pessoas jurídicas, conforme estabelece a Lei nº 9.605/1998. Esta lei representa um avanço significativo, mas também evidencia o desafio de expandir a aplicabilidade dessas normas constitucionais para outros âmbitos previstos pela Constituição. A

⁶⁷ DA SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das normas constitucionais. Editora Revista dos Tribunais, 1982.

implementação limitada dessas disposições constitucionais destaca a importância da continuidade do diálogo entre os poderes Legislativo e Judiciário e a sociedade, para desenvolver um quadro normativo que efetive a responsabilidade penal das pessoas jurídicas de maneira justa, eficaz e consonante com os princípios constitucionais.

2.4. A responsabilização penal da pessoa jurídica na legislação infraconstitucional

Atualmente, as únicas normas infraconstitucionais que dispõem sobre sanções penais a pessoas jurídicas é a Lei nº 9.605/1998, que trata de atividades ilícitas lesivas ao meio ambiente. Possui oito capítulos, sendo importante destacar desde já que o capítulo IV regulamenta a ação e o processo penal. Entretanto, as disposições do mencionado capítulo se limitam a três artigos, evidenciando uma espécie de lacuna normativa⁶⁸.

O capítulo I traz as disposições gerais da Lei, estabelecendo o quadro fundamental sobre a responsabilização de indivíduos e entidades em relação aos crimes previstos no texto legal. Os Artigos 1º e 5º foram vetados. O Artigo 2º explicita que qualquer pessoa que contribua para a prática dos crimes abordados pela Lei, seja por ação ou omissão, estará sujeita às penalidades correspondentes, de acordo com sua culpabilidade. Esta cláusula se estende aos altos cargos de empresas, como diretores, administradores, membros de conselhos e órgãos técnicos, auditores, gerentes, entre outros, responsabilizando-os caso tenham conhecimento de condutas criminosas e não atuem para impedir sua ocorrência.

O Artigo 3º estende a responsabilização às pessoas jurídicas, ou seja, às entidades como empresas e organizações, nos casos em que as infrações sejam realizadas por decisões de seus representantes legais ou órgãos colegiados, visando o interesse ou benefício da entidade. Importante destacar que, conforme o parágrafo único desse artigo, a responsabilidade imposta às pessoas jurídicas não elimina a responsabilidade individual das pessoas físicas envolvidas nos mesmos atos.

Por fim, o Artigo 4º permite a desconsideração da personalidade jurídica das empresas quando a autonomia patrimonial da pessoa jurídica se apresentar como um obstáculo ao ressarcimento de danos causados à qualidade do meio ambiente. Isso significa que, em determinadas situações, a lei permite ultrapassar a separação entre

⁶⁸ DINIZ, Maria Helena. As lacunas no direito. Editora Revista dos Tribunais, 1981.

a empresa e seus proprietários ou administradores para assegurar a reparação de danos ambientais. O capítulo I, portanto, delinea o escopo de aplicação da lei, enfatizando a responsabilidade tanto de indivíduos quanto de entidades corporativas em crimes especificados, com um foco particular na proteção ambiental e na governança corporativa responsável.

Ele traz consigo três pontos principais para reflexão. O primeiro diz respeito à “dupla imputação”, isto é, da necessidade de ter como réus, concomitantemente, a pessoa jurídica e a(s) pessoa(s) física(s) que atuam em seu nome. Trata-se de uma questão que já foi acertadamente superada pela jurisprudência (Info 566, STJ), pois a responsabilidade penal da pessoa jurídica é independente da responsabilidade penal da pessoa física, sendo a recíproca também verdadeira.

A segunda é sobre a natureza jurídica da responsabilização: objetiva ou subjetiva. Abordaremos essa questão especificadamente no tópico seguinte, mas, parece-nos que não é uma coisa nem outra. Entendemos que nenhuma responsabilização penal pode ser objetiva e propomos uma nova categoria que ao mesmo tempo respeita o que tradicionalmente se estabeleceu como teoria do crime e também se atenta às transformações sociojurídicas ocorridas com a globalização. Diante disso, propomos uma nova categoria de responsabilidade, aplicável à pessoa jurídica como entidade autônoma, a responsabilidade institucional.

Por sua vez, a questão seguinte que surge de maneira demasiadamente simplificada nas disposições gerais da lei é a forma de desconsideração da personalidade jurídica. Isso porque está previsto que a personalidade jurídica, referindo-se à sua autonomia patrimonial, poderá ser desconsiderada mediante um único critério: se ela representar um “obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”. A esse respeito, a legislação cria uma contradição, pois, por um lado, afirma que a pessoa jurídica é autônoma em uma medida tão grande que pode responder criminalmente sozinha; mas, por outro lado, relativiza essa autonomia para atingir o patrimônio de seus sócios. Sobre essa questão, pensamos que, embora o melhor seria que o próprio legislador readequasse os critérios de desconsideração da personalidade jurídica, uma interpretação sistemática nos orienta a ler o mencionado dispositivo em conjunto com o artigo 50 do Código Civil. Desse modo, se houver obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente, a personalidade jurídica poderá ser

desconsiderada, desde que o Ministério Público comprove o “abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial”.

O Capítulo II da Lei nº 9.605/1998, denominado "Da Aplicação da Pena", estabelece diretrizes para a imposição e gradação de penalidades relacionadas a infrações ambientais. Esse capítulo é fundamental para entender como as sanções são aplicadas no contexto de crimes contra o meio ambiente, levando em consideração fatores como a gravidade do ato, os antecedentes do infrator e sua capacidade econômica.

Artigos 6º a 8º descrevem critérios para determinar a severidade das penas, enfatizando a importância de considerar o impacto da infração na saúde pública e no meio ambiente, além de levar em conta a situação financeira do infrator ao aplicar multas. O Artigo 7º introduz as penas restritivas de direitos, que são preferíveis às privativas de liberdade em determinadas situações, como crimes culposos ou quando a pena privativa de liberdade é inferior a quatro anos. Estas penas incluem desde a prestação de serviços à comunidade até a suspensão de atividades e recolhimento domiciliar.

Os Artigos 9º ao 13 detalham as penas restritivas de direitos, que variam conforme a natureza do crime e podem incluir prestação de serviços à comunidade; interdição temporária de direitos; suspensão parcial ou total de atividades; prestação pecuniária; e até mesmo o recolhimento domiciliar, buscando sempre que possível a reparação do dano ambiental causado.

Os Artigos 14º e 15º apresentam fatores que podem atenuar ou agravar a pena. Entre as circunstâncias atenuantes estão o baixo grau de instrução do agente, o arrependimento manifestado pela reparação do dano, e a colaboração com as autoridades. Por outro lado, a reincidência e ações que aumentem significativamente o impacto da infração no meio ambiente ou na saúde pública são consideradas agravantes.

Artigos 16º a 20º abordam aspectos procedimentais e as consequências da condenação, incluindo a possibilidade de suspensão condicional da pena e a determinação do valor mínimo para reparação dos danos causados, garantindo que a execução possa ser realizada de acordo com o valor fixado pela sentença.

Por fim, os Artigos 21º a 24º especificam as penas aplicáveis às pessoas jurídicas, ressaltando a possibilidade de multas, restrições de direitos e prestação de serviços à comunidade. Destaca-se a possibilidade de liquidação forçada de pessoas

jurídicas usadas para facilitar ou ocultar crimes ambientais, com a perda do patrimônio em favor do Fundo Penitenciário Nacional.

Este capítulo reflete a complexidade da legislação ambiental brasileira, procurando equilibrar a necessidade de punição com a importância da reparação dos danos ao meio ambiente, ao mesmo tempo em que considera as particularidades de cada infrator, seja ele pessoa física ou jurídica.

O capítulo III, trata da “Apreensão do Produto e do Instrumento de Infração Administrativa ou de Crime”, basicamente prevendo que “verificada a infração, serão apreendidos seus produtos e instrumentos”, prevendo-se a destinação destes. Por exemplo, em se tratando de animais, eles serão preferencialmente libertados em seu habitat natural.

O capítulo IV, denominado “Da Ação e do Processo Penal”, como dissemos, é acompanhado de uma lacuna normativa, pois embora tenha como título o processo penal, não o regulamenta verdadeiramente. Com efeito, apenas menciona que a ação penal da mencionada lei é pública incondicionada e que, em determinados casos, se houver composição do dano ambiental, é possível celebrar a transação penal prevista na Lei nº 9.099/1995.

O Capítulo V, “Dos Crimes Contra o Meio Ambiente”, aborda a responsabilização penal em casos de agressões contra o meio ambiente, englobando uma série de condutas ilícitas que afetam a fauna, a flora, além de questões relacionadas à poluição, ao ordenamento urbano, ao patrimônio cultural, e à administração ambiental.

Na Seção I, focada nos Crimes contra a Fauna, são tipificadas diversas ações que prejudicam diretamente os animais, como matar, perseguir, caçar, ou capturar espécies da fauna silvestre sem autorização, além de proibir práticas como a venda ou transporte de animais silvestres capturados ilegalmente. A lei prevê penas que variam de multa a reclusão, dependendo da gravidade da infração, como no caso de espécies raras ou ameaçadas de extinção.

A Seção II, dedicada aos Crimes contra a Flora, criminaliza atos como destruir ou danificar vegetação de preservação permanente, cortar árvores sem permissão, provocar incêndios em matas ou florestas, e outras ações que afetam negativamente a vegetação nativa ou plantada. As sanções também variam de multas a períodos de detenção ou reclusão, reforçando a importância da conservação vegetal para a proteção ambiental.

Os Crimes contra o Ordenamento Urbano e o Patrimônio Cultural são abordados na Seção IV, estabelecendo penalidades para quem destrói, inutiliza, ou deteriora bens protegidos por seu valor histórico, cultural, artístico, entre outros. Ações como pichar ou deteriorar monumentos urbanos são igualmente criminalizadas, visando preservar o patrimônio cultural e urbano contra vandalismos.

A Seção III trata da Poluição e outros Crimes Ambientais, detalhando as penalidades para quem causa poluição em níveis prejudiciais à saúde humana, à flora ou que resulte na morte de animais. Abrange também crimes relacionados à gestão inadequada de produtos ou substâncias tóxicas e perigosas para o meio ambiente.

Por fim, a Seção V foca nos Crimes contra a Administração Ambiental, criminalizando ações como a concessão de licenças ambientais de forma irregular, obstrução da fiscalização ambiental, além de punir a elaboração e apresentação de estudos ambientais falsos ou enganosos.

Prosseguindo, o capítulo VI, “Da Infração Administrativa”, considera “infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente” e prevê sanções de advertência; multa; apreensão dos animais, produtos e subprodutos ou equipamentos utilizados na infração; suspensão das atividades ou obras e/ou a sua demolição; e restrições de direitos.

Por sua vez, o capítulo VII dispõe sobre a cooperação internacional para a preservação do meio ambiente. Em suma, o pedido de cooperação internacional endereçado ao Brasil deve ser dirigido ao Ministério da Justiça, o qual, quando necessário, remetê-lo-á ao Poder Judiciário.

Enfim, dentre as disposições finais, previstas no capítulo VIII, destaca-se a aplicação subsidiária do Código Penal e do Código de Processo Penal.

A introdução da responsabilização penal de pessoas jurídicas na legislação brasileira, especificamente pela Lei nº 9.605/1998, representa um avanço significativo no combate aos delitos ambientais, alinhando-se às diretrizes constitucionais que contemplam tal possibilidade. Essa evolução reflete um entendimento mais abrangente sobre a natureza das atividades empresariais e seu potencial impacto no meio ambiente, reconhecendo que as entidades corporativas podem e devem ser responsabilizadas por condutas lesivas à natureza. Referimo-nos aos crimes ambientais, pois são os únicos atualmente que podem ser praticados pelas pessoas jurídicas, podendo a legislação futura também criminalizar outras contra a ordem

econômica e financeira, e a economia popular. Contudo, essa inovação legislativa padece de certa inércia criativa por parte do legislador, evidenciada pela falta de definição clara sobre aspectos importantes como os critérios para a desconsideração da personalidade jurídica, a metodologia de imputação de responsabilidade penal às empresas, e os contornos do processo penal aplicável a essas entidades. Tal lacuna normativa gera incertezas entre os operadores do direito e insegurança jurídica para as empresas, que se veem diante de um quadro regulatório incompleto e, por vezes, contraditório.

Nesse contexto, é recomendável uma revisão legislativa que refine esses mecanismos, clarificando-os e adaptando-os à realidade complexa e dinâmica das relações corporativas contemporâneas, de modo a assegurar uma tutela penal eficaz, justa e coerente. A superação dessa "preguiça legislativa" é fundamental para que o direito penal institucional brasileiro, aquele aplicável às pessoas jurídicas, atinja sua plenitude operacional, contribuindo de forma mais assertiva para a tutela de bens jurídicos qualificados pela relevância social, coletiva e/ou transindividual.

2.5. Uma nova perspectiva: responsabilidade penal institucional

No processo penal em que a pessoa jurídica é sujeito ativo do crime, é comum a doutrina e a jurisprudência, excepcionalmente, afastarem o elemento subjetivo do tipo, entendendo que, na medida em que ela não possui vontade própria, porque é uma ficção jurídica, a sua responsabilidade penal seria objetiva. Nesse sentido, José Roberto Marques afirma:

Vigora, no caso, a responsabilidade penal objetiva da pessoa jurídica, até mesmo porque não haveria como se admitir a responsabilidade subjetiva de quem não tem vontade. Certo que outros vislumbram, no lugar da responsabilidade objetiva, a responsabilidade social, quando se questiona proveito obtido pela empresa⁶⁹.

Parece-nos inadequada a classificação da responsabilidade penal da pessoa jurídica como objetiva ou até mesmo social. O direito é fluido e se modifica de acordo com as vontades políticas, de modo que não existe uma *teoria do crime* eterna e imutável. As mudanças sociojurídico-culturais demandam do direito novas soluções e novas teorias. Atualmente, a teoria do crime traz como um componente indissociável

⁶⁹ MARQUES, José Roberto. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Revista de Direito Ambiental, n. 22, p. 112, 2001.

do tipo penal o elemento subjetivo, que consiste no estado anímico do indivíduo ao praticar a conduta e se divide em dolo e culpa.

Assim, seguindo as estruturas teóricas já consolidadas, percebe-se que “social” não é elemento subjetivo ou intrínseco, mas sim uma tentativa de explicar que a pessoa jurídica deveria responder criminalmente ao lesar bens jurídicos socialmente e coletivamente relevantes. Isto é, “social” é mais um atributo externo, objetivo e extrínseco do que interno, subjetivo ou intrínseco à pessoa jurídica, motivo pelo qual não pode compor um elemento subjetivo do crime, o que acaba nos trazendo uma lacuna teórica.

Ao mesmo tempo, não é adequado considerar que a responsabilidade penal da pessoa jurídica seja objetiva; porque, embora a pessoa jurídica tenha surgido como uma ficção jurídica, no que couber, ela goza de proteção aos direitos da personalidade (art. 52 do Código Civil). Além disso, trata-se de entidade com direitos e obrigações, dentre os quais se destaca a autonomia patrimonial.

Outrossim, há uma crescente dissociação entre a pessoa jurídica e as pessoas físicas que nela ocupam cargos de administração e gestão, que costuma ser diretamente proporcional ao tamanho e ao crescimento da pessoa jurídica. Aliás, é relativamente comum que empresas grandes tenham antes começado como empresas familiares, de modo que, ao crescerem e deixarem a característica de empresa familiar, a vontade institucional da atividade empresária tenha se distanciado da vontade particular daqueles que nela trabalham. Inclusive, tem sido comum que empresas, sobretudo aquelas maiores e até mesmo transnacionais tenha cultura, valores, objetivos e metas próprios, que não se confundem com aqueles dos acionistas, gestores e administradores.

Evidencia-se, assim, que no mundo atual, essas entidades, outrora criadas como uma mera ficção jurídica e com objetivos de ordem meramente prática, evoluíram; e em um contexto de globalização tomaram proporções novas, tornando-se as pessoas jurídicas, principalmente as transnacionais, organismos *sui generis*, com estado anímico também *sui generis*.

Nesse sentido, a responsabilidade penal institucional emerge como um novo paradigma no âmbito do direito penal, propondo-se a transcender os modelos tradicionais de responsabilização, que se concentram primordialmente na culpabilidade individual, para abarcar uma perspectiva mais ampla, que reconhece as

entidades corporativas como agentes capazes de cometer crimes e, consequentemente, sujeitos a penalidades.

A partir desse entendimento, propõe-se um enquadramento teórico que concebe a pessoa jurídica não apenas como um ente capaz de exercer direitos e obrigações, mas também como possuidora de uma capacidade de ação delitiva autônoma, moldada pelos seus próprios sistemas de decisão e influenciada pela sua cultura organizacional. Assim, a culpabilidade da entidade não se restringiria a uma soma das condutas individuais de seus membros, mas refletiria a essência e os valores institucionais e estatutários que orientam suas ações. Esse enfoque demanda uma análise profunda dos mecanismos internos de governança corporativa, dos processos decisórios e da forma como a cultura corporativa pode fomentar ou desencorajar práticas ilícitas.

Então, sob esse prisma, a responsabilidade penal da pessoa jurídica não é objetiva e a sua culpabilidade precisa ser aferida no caso concreto, pelo julgador. É adequado denominar o elemento subjetivo da pessoa jurídica como culpa institucional. Assim, o elemento subjetivo, que é gênero do qual há as espécies dolo e culpa, passa a ter uma nova subespécie de culpa.

A culpa pessoal é a já conhecida espécie de culpa, que se subdivide em negligência, imprudência e imperícia. Por sua vez, a culpa institucional ou estatutária consiste em nova subespécie de culpa, aferível a partir das disposições do contrato social da empresa ou estatuto social, em consonância com os meios reais de operacionalização da atividade empresarial. Se, no caso concreto, houver confusão absoluta entre a(s) vontade(s) a(s) pessoa(s) física(s) sócia(s) e da vontade institucional da pessoa jurídica, de modo que esta seja exclusivamente um meio para atingir à(s) vontade(s) daquele(s), não há que se falar em responsabilidade penal da instituição. Afinal, no caso do exemplo, não haverá qualquer traço de elemento anímico *sui generis* da empresa. Isso, contudo, não implica em impunidade, porque, em havendo crime, responderá a pessoa física que tenha praticado a conduta delituosa; e no caso da pessoa jurídica desprovida de elemento anímico *sui generis*, ela ainda poderá responder por infração administrativa. Pode, inclusive, como sanção administrativa, ter o seu registro e/ou licença cancelados, bem como sofrer liquidação judicial forçada (art. 51 do Código Civil; e arts. 72, XI, § 8º, II, da Lei nº 9.605/1998).

Em outras palavras, haverá elemento anímico *sui generis* da pessoa jurídica apto a configurar a culpa institucional se houver indícios de que inexistente absoluta

confusão entre os interesses dos sócios e da pessoa jurídica. Isso deve ser demonstrado pelo Ministério Público e avaliado pelo julgador no caso concreto, mas são indícios de distinção de interesses entre pessoa natural e pessoa jurídica, que configuram a culpa institucional, sobretudo em conjunto: a pluralidade de sócios e gestores, a descentralização da pessoa jurídica em órgãos internos, a transnacionalidade, o estabelecimento de meios de controle interno e governança corporativa e *compliance*, a existência de cultura, objetivos e metas próprios da pessoa jurídica que independem da vontade privada das pessoas físicas que de alguma forma participam da empresa.

Nesse contexto, continua-se refutando a teoria da dupla imputação, podendo a pessoa jurídica responder criminalmente sozinha ou em coautoria com a(s) pessoa(s) física(s) que participaram da conduta delituosa.

Sob essa perspectiva, a legislação penal deve ser aprimorada para permitir a responsabilização efetiva das pessoas jurídicas, transcendendo a mera aplicação de sanções pecuniárias, que frequentemente são vistas apenas como um custo operacional, e avançando para penas que possam realmente afetar a conduta institucional, como a suspensão temporária de atividades, a proibição de participar em contratações públicas, a interdição temporária, ou até mesmo a intervenção judicial ou a extinção compulsória em casos extremos.

Além disso, o estabelecimento de um regime de responsabilidade penal institucional eficiente, que pressupõe um processo penal especificamente aplicável à pessoa jurídica, exigiria um aparato normativo que incentivasse as empresas a desenvolver programas de *compliance* eficazes, não apenas como um meio de prevenção à ocorrência de delitos, mas também como um fator mitigador na determinação da pena, caso crimes venham a ser cometidos. A implementação de tais programas revelaria o compromisso institucional com a legalidade e a ética empresarial, contribuindo para uma mudança de paradigma na cultura organizacional e promovendo uma responsabilização mais consciente e efetiva.

Essa abordagem não só reflete as transformações sociais e econômicas contemporâneas, mas também responde às crescentes demandas por justiça corporativa, as quais clamam por mecanismos mais efetivos de responsabilização das pessoas jurídicas, que vão além das limitações impostas pela teoria tradicional da culpabilidade. Assim, ao reconhecer a complexidade e a autonomia das entidades corporativas, o direito penal institucional abre caminho para uma justiça mais

adaptada à realidade do século XXI, capaz de enfrentar os desafios impostos pela globalização e pela crescente influência das corporações no tecido social.

3. TEORIAS DA CULPABILIDADE

3.1. Noções Introdutórias sobre o desenvolvimento da culpabilidade

A partir do final do século XVIII, com o advento da Escola Clássica do Direito Penal, inspirada em ideias iluministas contrárias ao absolutismo, o Direito Penal ganhou contornos científicos. Essa doutrina argumenta que a pena é uma imposição ao indivíduo que pratica, de forma voluntária e consciente, um ato grave, motivo pelo qual mereceria um “castigo”⁷⁰.

Cesare Beccaria, autor de “Dos Delitos e das Penas”, é um dos principais expoentes desse pensamento. Em sua obra, ele aborda detalhadamente temas que viriam a caracterizar o pensamento penal clássico, como a função da pena, a natureza do crime e o impacto da estrutura jurídica penal na sociedade. Outros estudiosos, como Carmignani, Rossi e Francesco Carrara, também contribuíram para o desenvolvimento do classicismo penal⁷¹.

Essa Escola introduziu um método racionalista, partindo da observação geral para casos específicos, enfatizando mais o ato criminoso do que o criminoso em si. Um avanço significativo desse período foi a valorização da defesa do indivíduo contra abusos do Estado, tratando o crime como um conceito jurídico inserido no direito.

Ao buscar cientificar o Direito Penal e afastar-se das antigas teorias político-religiosas, trouxe consigo uma mudança paradigmática fundamental: a introdução do conceito de culpabilidade. Diferente das abordagens anteriores, que frequentemente misturavam elementos religiosos e políticos na punição de crimes, a Escola Clássica passou a enxergar o delito sob uma ótica racional e jurídica, o que permitiu o desenvolvimento de critérios mais objetivos para a aplicação da pena⁷².

Nesse contexto, a culpabilidade emerge como um conceito central, baseando-se na responsabilidade do indivíduo em relação ao ato criminoso. A partir dessa noção, a Escola Clássica desenvolveu o binômio dolo-culpa, que se tornou um dos pilares do direito penal moderno.

A culpabilidade, em sua concepção psicológica, vincula-se ao dolo e à intenção, fundamentando-se no livre arbítrio, ou seja, na escolha consciente entre o bem e o

⁷⁰ BARBOSA, Marcelo Fortes. Culpabilidade. Conceito e evolução. Revista Direito Mackenzie, v. 3, n. 2, 2002.

⁷¹ FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. A culpabilidade no Direito Penal: estruturação dogmática das teorias da culpabilidade e os limites ao poder de punir do Estado. Revista Acadêmica—Faculdade de Direito do Recife, Recife, v. 86, n. 1, p. 165-244, 2014. p. 167.

⁷² BARBOSA, Marcelo Fortes. Culpabilidade. Conceito e evolução. Revista Direito Mackenzie, v. 3, n. 2, 2002.

mal, o certo e o errado. Esse conceito deriva da visão de pessoa desenvolvida por Santo Tomás de Aquino, diferenciando entre voluntariedade, considerada moralmente neutra, e espontaneidade, que traz uma conotação ética. A culpabilidade, portanto, relaciona o agente ao seu ato, centrando-se no psiquismo do indivíduo, sem abordar diretamente a consciência normativa. Para que houvesse dolo, bastava que o agente quisesse conscientemente praticar o ato, sem necessidade de examinar a culpabilidade em relação à ilicitude⁷³.

No final do século XIX, Von Liszt consolidou essa visão⁷⁴ em seu "Direito Penal Alemão", posteriormente aperfeiçoada na "União Internacional do Direito Penal" de Viena em 1910. Essa abordagem influenciou a Escola técnico-jurídica italiana de Manzini e Rocco, que reagiu contra a Escola Psicológica e Criminológica, centrando-se em uma concepção normativa da culpabilidade. No Brasil, juristas como Basileu Garcia e Nélon Hungria também adotaram essa perspectiva psicológica, sem grande referência a influências normativas. Com o avanço do século XX, a culpabilidade evoluiu para integrar aspectos normativos, especialmente após o "Tratado das Normas" de Binding e a teoria do tipo penal de Beling. O tipo penal, inicialmente neutro, passou a incluir elementos psicológicos e normativos, ampliando a proteção penal ao cidadão e introduzindo juízos antecipatórios de antijuridicidade e culpabilidade. A culpabilidade normativa ganhou força a partir do Caso da Cegonha na Alemanha, elaborada por Frank, Freudenthal e Goldschmidt. Essa teoria redefiniu a culpabilidade como reprovabilidade, baseada na exigibilidade de conduta diversa. A imputabilidade, antes vista como pressuposto, foi integrada como um elemento da culpabilidade, unindo-se ao dolo ou culpa e ao juízo de censurabilidade. O dolo, agora visto como a vontade consciente de praticar o fato ilícito, e a culpabilidade foram transformados em conceitos que iam além da mera intenção moral⁷⁵.

A culpabilidade também passou por debates sobre sua ligação com a intenção (*dolus malus*), e como a ação humana se dirige a um fim, influenciada pela "teoria da ação finalista" de Welzel, que propôs uma nova estrutura do crime. No entanto, essa abordagem finalista foi criticada por reduzir a culpabilidade a uma forma hipotética e por abrir caminho para o "Direito Penal de Autor", que focava mais nas características

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ DE ALBUQUERQUE MELLO, Sebastián Borges. A evolução do conceito de culpabilidade e a moderna doutrina alemã. 2010.

⁷⁵ BARBOSA, Marcelo Fortes. Culpabilidade. Conceito e evolução. Revista Direito Mackenzie, v. 3, n. 2, 2002.

peçoais do agente do que no ato em si. Essa perspectiva buscava punir não apenas a ação, mas também o caráter e a personalidade do autor do delito⁷⁶.

Ernst von Mezger contribuiu significativamente para o desenvolvimento de tais ideias sobre a culpabilidade, aderindo ao "Direito Penal de Autor". Ele desenvolveu a ideia de "culpabilidade pela conduta de vida", que considerava a trajetória de vida do agente, suas predisposições e atitudes como elementos centrais na determinação da culpabilidade. Essa abordagem se distanciava do conceito tradicional de "culpabilidade pelo fato", em que a punição se baseia exclusivamente na ação cometida, avaliando-a dentro dos parâmetros legais. Além disso, Mezger também introduziu a ideia de "cegueira jurídica" em crimes habituais e profissionais. Ele argumentava que criminosos profissionais, por estarem imersos em um ambiente constantemente delituoso, desenvolvem uma espécie de cegueira em relação à ilicitude de suas ações, persistindo na criminalidade devido a uma suposta falta de percepção da ilegalidade de suas condutas. Essas ideias, no entanto, foram amplamente criticadas por sua vinculação ao regime nazista e por promoverem um "Direito Penal de Autor" que, em última análise, desvirtuava o princípio da legalidade e da segurança jurídica. Ao focar na personalidade e no caráter do agente, em vez de na ação concreta, essa abordagem abriu espaço para arbitrariedades e injustiças, comprometendo a imparcialidade do sistema penal⁷⁷.

Hoje, a influência de Mezger é vista com cautela, e suas teorias são consideradas controversas. O "Direito Penal de Autor", associado à "culpabilidade pela conduta de vida", foi rejeitado pela maioria das jurisdições modernas.

No Brasil, atualmente, prevalece a culpabilidade baseada no fato, fundamentada no princípio "Nullum crimen sine culpa". A responsabilidade objetiva foi rechaçada em favor de uma concepção que exige que o agente tenha conhecimento do injusto para ser culpado. O Código Penal brasileiro mantém uma visão tradicional que evita a culpabilidade de autor e se centra na culpabilidade como resultado de um ato consciente e ilícito⁷⁸.

Em resumo, a evolução da culpabilidade, desde sua concepção psicológica até as abordagens normativas e finalistas, revela um movimento constante em busca de

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ BARBOSA, Marcelo Fortes. Culpabilidade. Conceito e evolução. Revista Direito Mackenzie, v. 3, n. 2, 2002.

⁷⁸ *Ibid.*

uma maior racionalidade e justiça no direito penal, equilibrando a intenção moral com a necessidade de segurança jurídica.

3.2. A culpabilidade para Günter Jakobs: funcionalismo sistêmico-radical

Para Jakobs, a função do Direito Penal não consiste em tutelar bens jurídicos, mas sim promover a estabilização social através da afirmação institucional da força normativa de normas cuja elaboração reflete as expectativas da sociedade. Ao se praticar um crime, por consequência, viola-se a expectativa social, isto é, aquilo que a sociedade esperava como comportamento de alguém que a integra. O papel da pena, nesse sentido, seria primordialmente a reafirmação da norma⁷⁹.

Günther Jakobs desenvolveu sua dogmática penal sob forte influência da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Desde tempos remotos, a humanidade busca organizar-se por meio de uma racionalidade que dê sentido à complexidade do mundo ao seu redor. No contexto das sociedades contemporâneas, caracterizadas por sua complexidade crescente, emergem novas ciências e teorias que procuram facilitar nossa compreensão do mundo em que vivemos. Entre elas, destaca-se a teoria dos sistemas de Luhmann, que oferece uma forma inovadora de entender a sociedade. Segundo Luhmann, a sociedade é composta por sistemas distintos, cada um com uma identidade estrutural própria, o que nos permite compreender melhor como funcionam⁸⁰.

A teoria de Luhmann se baseia na distinção entre sistema e ambiente. O ambiente é vasto e abrange a totalidade da realidade circundante, enquanto os sistemas são unidades delimitadas por conceitos diferenciais que reduzem a complexidade do ambiente. Uma das categorias-chave na teoria luhmanniana é a de "função", que se refere às ações ou atividades que um sistema realiza para alcançar seus objetivos, por meio de determinações estruturais⁸¹.

Esses pressupostos teóricos são fundamentais para a dogmática penal de Jakobs, que vê o direito penal como um sistema autônomo com uma função

⁷⁹ BARBOSA, Julianna Nunes Targino. A culpabilidade na responsabilidade penal da pessoa jurídica. 2014. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

⁸⁰ MARQUES, Mara Rubia. DA DOGMÁTICA PENAL FUNCIONALISTA DE GÜNTHER JAKOBS E CLAUS ROXIN NO ÂMBITO DA CULPABILIDADE. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 8, n. 2, p. 426-445, 2013.

⁸¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes; AMATO, Lucas Fucci; DE BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme (Ed.). Luhmann and socio-legal research: an empirical agenda for social systems theory. Routledge, 2020.

específica: a estabilização do próprio sistema penal. Essa estabilização ocorre por meio da manutenção das normas penais, de modo que a imputação de responsabilidade surge da violação dessas normas, que, por sua vez, representam as expectativas sociais de que elas serão observadas por todos⁸².

Essa perspectiva nos leva a refletir sobre a natureza do direito penal não apenas como um conjunto de regras, mas como um sistema interligado com a sociedade em geral, cuja função é garantir a estabilidade social ao assegurar que as expectativas normativas sejam cumpridas.

A dogmática penal, sob a ótica apresentada, enfatiza a função do sistema ao ponto de radicalizar a aplicação do direito penal. Nessa visão, o direito penal não responde a um fato como uma violação a um bem jurídico, mas sim como violação de uma norma. Essa abordagem reduz o direito penal a um mecanismo que se preocupa mais em punir a transgressão das normas do que em proteger bens jurídicos, o que pode facilmente levar à arbitrariedade. No sistema penal de Jakobs, a principal preocupação é manter as expectativas de que as normas não sejam violadas. A sanção penal, nesse contexto, não visa diretamente proteger bens jurídicos, mas sim reforçar o caráter abstrato das normas, assegurando que elas sejam cumpridas. Em outras palavras, o foco está em garantir a observância das normas para preservar a estabilidade do sistema, em vez de proteger direitos ou interesses específicos⁸³.

Essa perspectiva é alvo de críticas, pois limita o direito penal à função de prevenção geral positiva, deixando de lado outras possíveis missões do sistema penal. A esse respeito, reconhece-se que, atualmente, o direito penal cumpre uma função preventiva geral positiva, mas essa não deve ser sua única, nem sua principal função. Isso porque tal visão, nos moldes propostos por Jakobs, pode comprometer a legitimidade do próprio sistema penal, uma vez que ignora a dinâmica e a complexidade da realidade social, que está em constante transformação.

A teoria de Jakobs, ao desconsiderar a necessidade de que as normas sejam aceitas como corretas em seu conteúdo, limita-se a tratar a violação das normas como uma simples perturbação da ordem social. Com efeito, ignora que o indivíduo e a dignidade humana deveriam estar no cerne do sistema penal. Isso revela uma abordagem que não se preocupa com a legitimidade sistêmica, mas apenas com a

⁸² ARIAS EIBE, Manuel José. Funcionalismo penal moderado o teleológico-valorativo versus funcionalismo normativo o radical. 2006.

⁸³ *Ibid.*

manutenção da ordem estabelecida, ignorando as demandas por justiça que emergem de uma sociedade em constante evolução⁸⁴.

Ainda assim, na teoria de Jakobs, a culpabilidade é um elemento basilar, na medida que aborda a possibilidade ou não de ser imposta a sanção penal. “A culpabilidade, assim, se traduz num déficit de fidelidade à norma indicado por elementos psíquicos como o dolo e a consciência da ilicitude”⁸⁵. Isso, com o escopo primordial de reafirmar socialmente a norma aos indivíduos.

Assim, ao se afastar tanto do direito penal do autor quanto do direito penal do fato, Jakobs defende a ideia de prevenção geral, definindo a culpabilidade como “responsabilidade por um déficit de motivação jurídica dominante em um comportamento antijurídico” ou “infidelidade ao direito”⁸⁶. Desse modo, a culpabilidade não possui função de limitar a pena, mas sim de reforçar a ideia de prevenção geral.

Nesses termos, não seria função da culpabilidade limitar a pena, mas sim “caracterizar a motivação do agente contrária ao direito que torna exigível a incidência da pena para reafirmar a confiança social na norma e, por conseguinte, a manutenção do ordenamento jurídico”⁸⁷. Assim, a infidelidade ao direito seria a medida da culpabilidade e a pena garantiria a preservação da estrutura social. Para Jakobs, a autodeterminação não decorreria do livre arbítrio, que para ele é irrelevante. Com efeito, consistiria a autodeterminação na ausência de vedações jurídicas.

Apesar disso, tal visão sobre a culpabilidade é dotada de elementos tipológicos, de modo que o tipo total da culpabilidade seria a junção entre os tipos positivo e negativo. A culpabilidade positiva refere-se à conduta que viola o direito e a negativa diz respeito às hipóteses exculpantes ou de inexigibilidade de conduta diversa.

A teoria de Jakobs, apesar de sua importância na construção do debate acerca da culpabilidade, é muito criticada, sobretudo porque valoriza de forma radical a manutenção da norma que assegura uma ordem social previamente estabelecida em detrimento da dignidade humana e do indivíduo. A inversão é tamanha que o direito deixa de ser um meio para se alcançar um objetivo e se torna um fim em si mesmo, o

⁸⁴ BARBOSA, Julianna Nunes Targino. A culpabilidade na responsabilidade penal da pessoa jurídica. 2014. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. p. 70.

⁸⁵ *Ibid.* p. 67-68.

⁸⁶ JAKOBS, Günther; CONTRERAS, Joaquín Cuello. Derecho penal, parte general: fundamentos y teoría de la imputación. M. Pons, 1997. p. 581.

⁸⁷ BARBOSA, Julianna Nunes Targino. A culpabilidade na responsabilidade penal da pessoa jurídica. 2014. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. p. 68.

que viola o valor intrínseco do ser humano, “destituindo a culpabilidade de seu caráter de limitação do *jus puniendi* estatal”⁸⁸.

3.3. A culpabilidade para Claus Roxin: funcionalismo teleológico-valorativo

A teoria da culpabilidade segundo Claus Roxin se opõe ao funcionalismo sistêmico-radical de Jakobs. O funcionalismo teleológico-valorativo se apresenta como uma contraposição ao aspecto instrumental do direito penal para Jakobs, apesar de também reconhecer a existência de contornos funcionais. Nesse sentido, ao tratar da culpabilidade no sistema penal, Roxin traz um funcionalismo que não é centrado na proteção da norma pela norma (sistêmico-radical), mas sim teleológico-valorativo. Isto é, para ele, a culpabilidade tem como finalidade a proteção dos valores inerentes à dignidade humana, encontrando consonância com a noção kantiana de dignidade, sobretudo no que se refere ao valor intrínseco do indivíduo⁸⁹.

Roxin, ao criticar o funcionalismo sistêmico-radical de Jakobs, assim argumenta:

Esta concepção deve ser rechaçada, uma vez que do conceito de culpabilidade ela conserva unicamente o nome; em verdade, ela já o abandonou, fundamentando a imputação subjetiva unicamente nas necessidades de prevenção geral. Como ainda pretendo explicar, não nego que a imputação subjetiva seja influenciada também por exigências de prevenção geral. É inaceitável, porém, reduzi-la a esta dimensão, admitindo a culpabilidade e a punição unicamente porque, para dizê-lo com Jakobs, tal pareça socialmente útil para um “exercício de fidelidade ao direito”. Pois o indivíduo não é mais tratado segundo a medida de sua própria personalidade, mas unicamente enquanto instrumento dos interesses sociais. Uma tal instrumentalização viola a dignidade humana, não podendo já por este motivo fornecer uma concepção de culpabilidade bem fundada.⁹⁰

Avançando, o direito penal, como ciência, não é compatível com a natureza da culpabilidade da teologia, filosofia ou sociologia. Norteia-se a ciência jurídica unicamente pela ética moral do cidadão comum, do que advém a imputabilidade e a consciência da ilicitude. Sob a ética da culpabilidade, o acaso é irrelevante, razão pela qual, para o direito penal, “haver determinado que a causação do resultado não é fruto do acaso, mas decorreu, de modo objetivamente imputável do comportamento do autor”⁹¹.

⁸⁸ *Ibid.* p. 70.

⁸⁹ MARQUES, Mara Rubia. DA DOGMÁTICA PENAL FUNCIONALISTA DE GÜNTHER JAKOBS E CLAUS ROXIN NO ÂMBITO DA CULPABILIDADE. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 8, n. 2, p. 426-445, 2013. p. 436.

⁹⁰ ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. ROXIN, Claus; GRECO, Luis (trad.). Estudos de direito penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 56.

⁹¹ *Ibid.* p. 48-49.

Com efeito, a culpabilidade se efetiva na medida em que o indivíduo capaz de ser destinatário de normas pratica um ato normativamente injusto, com consciência a respeito disso⁹². O agente tem plena noção acerca da realidade que se lhe apresenta, com a opção de portar-se de uma ou outra maneira; de agir ou não agir; de fazer ou não fazer determinada coisa. Distingue com plena consciência o certo do errado. Ao optar por transgredir a norma, a ela se subsume.

A concepção por mim sustentada pode harmonizar-se com esta difundida teoria, mas não depende dela. Vou explicá-lo: se alguém realiza um ilícito típico, inexistindo dúvidas a respeito de sua idoneidade para ser destinatário de normas, então dizemos que ele deveria e poderia ter agido diversamente, sendo, assim, de declarar-se culpável. Somente, porém, a capacidade para ser destinatário de normas é passível de verificação empírica e, apesar das várias dificuldades, em princípio comprovável. Se alguém está em condições de compreender a ilicitude de seu agir e se, ou em que medida, sua capacidade de autocontrole está reduzida ou prejudicada, tal pode ser verificado através de métodos psicológicos ou psiquiátricos. Mesmo o leigo pode verificar em si próprio a redução de sua orientação intelectual e de sua capacidade de autodeterminação, sobrevinda após uma intensa bebedeira. Por outro lado, o poder-agir-de-outro-modo e o livre-arbítrio são impassíveis de comprovação.⁹³

Indo além, a culpabilidade não se restringe à capacidade do indivíduo de ser destinatário de normas ou a sua ausência diante da falta de tal capacidade. Isto é, a culpabilidade não se restringe à imputabilidade ou inimputabilidade do agente. Isso porque outras circunstâncias podem influir na aferição da culpabilidade, ao que Roxin se refere como causas de exculpação, por exemplo, a legítima defesa e o estado de necessidade. Neles, a idoneidade ou capacidade para ser destinatário de normas está presente, porém, inexistente culpabilidade, inexistindo, por conseguinte, crime. Nesses casos, apesar de consciente dos deveres gerais de convivência em sociedade e das normas penais, o agente, contra a sua vontade, vê-se impedido de agir de outra maneira, de modo que o legislador reconhece essa hipótese como uma causa de exculpação. Em outras palavras, o legislador admite que, ainda em tais exemplos, o agente esteja em um caso de inexigibilidade de conduta diversa.

Claus Roxin, ao propor o funcionalismo teleológico-valorativo, busca reformular a estrutura lógica e objetiva do finalismo de Welzel, com o objetivo de aproximar o direito penal da realidade prática. Ele percebe que as soluções dogmáticas frequentemente resultam em desfechos insatisfatórios quando aplicadas na prática.

⁹² *Ibid.* p. 51.

⁹³ ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. ROXIN, Claus; GRECO, Luis (trad.). Estudos de direito penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 58.

O funcionalismo moderado que Roxin propõe é concebido como um sistema aberto, intimamente conectado à realidade social. Nessa linha, ele incorpora os estudos da Política Criminal como uma ferramenta essencial para orientar o Direito Penal a produzir soluções que sejam verdadeiramente aplicáveis e relevantes no contexto prático. A perspectiva prática é, portanto, central na teoria penal de Roxin, que defende que o Direito Penal se justifica por sua capacidade de resolver os problemas da realidade social de forma eficaz.

Dentro desse contexto, as análises que buscam prevenir ou limitar a ocorrência de crimes são de extrema importância. Roxin enfatiza que o Direito Penal deve ser entendido não apenas como um mecanismo de punição, mas também como um instrumento preventivo, em que a pena é considerada tanto sob a ótica da prevenção geral (seja ela positiva ou integradora) quanto da prevenção especial. Assim, a finalidade da pena, segundo Roxin, é duplamente preventiva, buscando não apenas integrar o indivíduo à sociedade, mas também evitar a reincidência.

Sob essa perspectiva, os conceitos de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade passam a ser funcionalizados, de modo a se esperar que produzam resultados justos e adequados conforme estabelecido pelo sistema jurídico. Assim, na concepção de Roxin, deve-se, antes de tudo, assegurar que cada conceito cumpra sua função de maneira eficaz e apropriada. Nesse contexto, é essencial que o jurista, ao aplicar esses conceitos, primeiro identifique a valoração político-criminal que fundamenta cada um deles dentro da teoria do delito. Uma vez identificada essa valoração, o próximo passo é funcionalizar o conceito ou a categoria em questão, ou seja, construir e desenvolver o conceito de forma que ele se alinhe com os objetivos práticos e políticos do Direito Penal⁹⁴.

Claus Roxin, ao abordar a culpabilidade, integra a noção de “responsabilidade,” unindo-a à prevenção e à culpabilidade, que ele acredita ser essencial para que o Direito Penal permaneça humano e justo. Roxin vê o Direito Penal como um mecanismo necessário em uma sociedade imperfeita, em que crimes inevitavelmente ocorrem. Ele sugere que a culpabilidade não deve ser meramente retributiva, mas também deve considerar a necessidade preventiva da pena, ligando-a aos fins da pena de forma a respeitar a dignidade humana.

⁹⁴ EIBE, Manuel José Arias. Apuntes sobre el sistema italiano de las consecuencias del delito: evolución del pensamiento penal moderno y aproximación al Derecho actual. Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR, n. 4, p. 9, 2006.

A teoria de Roxin contrasta com a “culpabilidade material” de Hans Welzel, que associa culpabilidade à reprovabilidade com base na hipótese de que o indivíduo poderia ter agido de outra forma. Roxin critica essa abordagem por se basear em suposições não comprováveis sobre o livre-arbítrio, o que ele vê como um risco para o princípio do *in dubio pro reo*. Em vez disso, ele propõe o conceito de “dirigibilidade normativa,” que avalia a capacidade de autocontrole e a disposição do indivíduo de seguir normas.

Roxin também defende que o Direito Penal deve ser uma ferramenta de última instância, aplicando-se penas apenas quando absolutamente necessário. Ele argumenta que a culpabilidade deve ser vista como uma proteção contra os abusos do Estado, garantindo que a pena seja aplicada apenas quando justificada pela necessidade preventiva e pelo respeito à dignidade humana. Assim, sua teoria alinha-se com os princípios de um Estado Democrático de Direito, buscando um equilíbrio entre justiça punitiva e garantias individuais.

3.4. Outras concepções de culpabilidade

3.4.1. A culpabilidade como ânimo merecedor de repreensão

A teoria que define a culpabilidade como o estado mental reprovável do autor conta com vários defensores na literatura, seguindo a linha de Gallas⁹⁵, tais como Jescheck⁹⁶ e Wessels⁹⁷. Apesar disso, Roxin⁹⁸ traz três críticas basilares a essa concepção.

Primeiro, o critério de reprovação ou merecimento de repreensão, que se propõe a caracterizar o estado mental do autor culpável, não oferece parâmetros claros para avaliar o suposto déficit mental (de ânimo). O que exatamente há de reprovável no ânimo do autor e por quais motivos? Essa questão permanece vaga, pois o conceito de merecimento de reprovação não traz consigo um conteúdo substantivo. No final, recai-se em uma ideia de reprovabilidade que é, na verdade, vazia de significado concreto. Além disso, a teoria da culpabilidade como ânimo merecedor de repressão nem sequer se ajusta à culpa inconsciente. Quando o autor

⁹⁵ Gallas, Wilhelm. "Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen." (1955). p. 45.

⁹⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des strafrechts*. Duncker und Humblot, 2013.

⁹⁷ WESSELS, Johannes; BEULKE, W. *Strafrecht*, AT, 28. Aufl., CF Müller, Heidelberg, 1998.

⁹⁸ ROXIN, Claus. *A culpabilidade e sua exclusão no direito penal*. ROXIN, Claus; GRECO, Luis (trad.). Estudos de direito penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 53-54.

de um delito sequer percebe que está cometendo um ilícito, não há qualquer estado psíquico relevante para ser reprovado. Nesse caso, não é possível identificar um ânimo relacionado ao fato que possa ser objeto de censura. Por fim, a concepção também falha nos delitos dolosos. Imagine um assassino em massa, que comete atos cruéis e revoltantes, mas cujo estado mental seja de inimputabilidade. Seu ânimo é, sem dúvida, reprovável. No entanto, confundir a torpeza de seus motivos com a capacidade de ser responsabilizado por eles é um erro. A absolvição desses agentes, inimputáveis, não se dá porque têm um ânimo “correto” em relação ao direito, mas porque lhes falta a capacidade de serem destinatários das normas jurídicas.

O que se vê, portanto, é que a teoria da culpabilidade como desvalor do ânimo é insustentável tanto em casos de culpa inconsciente quanto em delitos dolosos, sobretudo nos casos de inimputabilidade.

3.4.2. A culpabilidade como ter de responder pelo próprio caráter

Inspirada nas ideias de Schopenhauer⁹⁹, a teoria da culpabilidade como ter de responder pelo próprio caráter defende que a medida da culpabilidade consiste na responsabilidade pela própria índole, que se manifesta por meio da conduta. Nessa perspectiva, cada indivíduo é responsável por sua personalidade, expressa no delito, independentemente das circunstâncias que o levaram a ser quem é. Entre os defensores atuais dessa visão, destaca-se o penalista português Figueiredo Dias¹⁰⁰, que adota uma versão existencialista dessa teoria, de acordo com a qual o ser humano escolhe sua própria essência (o seu próprio “ser”, em contraposição ao “dever ser”) e, portanto, deve responder por ela.

Apesar de seu apelo por ser uma abordagem direta e rigorosa, essa teoria enfrenta duas críticas fundamentais. A primeira crítica diz respeito à falta de pressupostos teóricos sólidos para a afirmação de que todos devem responder por seu caráter. Embora essa ideia pareça inicialmente atraente, ela viola o valor intrínseco do ser humano. Se há consenso de que anomalias físicas, como uma neoplasia maligna ou uma paraplegia não podem ser moralmente imputadas a quem as possui, não faz sentido tratar as anomalias psíquicas de maneira diferente. Tanto as condições mentais inatas quanto aquelas resultantes de uma socialização

⁹⁹ SCHOPENHAUER, Arthur. Über die Freiheit des menschlichen Willens. Die beiden Grundprobleme der Ethik., 1839.

¹⁰⁰ DIAS, J. Figueiredo. Liberdade culpa direito penal. BIBLIOTECA JURIDICA, 1983. p. 240-242.

desfavorável não podem ser motivo de censura. A segunda crítica é a incapacidade dessa teoria de explicar adequadamente os casos mais evidentes de ausência de culpabilidade, como a inimputabilidade. Em geral, as condutas de indivíduos inimputáveis refletem, de fato, uma expressão de sua personalidade, como no caso de pessoas esquizofrênicas ou com outros transtornos graves. Se a teoria exige que cada pessoa responda por sua personalidade, independentemente de sua condição, torna-se impossível justificar a isenção de responsabilidade nesses casos¹⁰¹.

3.4.3. A culpabilidade como atribuição segundo necessidades preventivo-gerais

A teoria funcional de culpabilidade de Jakobs¹⁰², que equipara culpabilidade às exigências de prevenção geral, gerou no passado intensos debates. Segundo essa concepção, a culpabilidade de um autor não está vinculada a suas características psíquicas, mas à utilidade de sua punição para restabelecer a confiança na ordem social. Assim, se um criminoso compulsivo, incapaz de se controlar, puder ser tratado com sucesso, a paz social pode ser alcançada por meio de sua internação em uma instituição de reabilitação, sem necessidade de punição. Nesse caso, ele seria considerado inculpável. Contudo, se o tratamento não for viável, a perturbação motivacional não serviria como justificativa para sua absolvição, e por razões de prevenção geral, o autor seria declarado culpado e punido. Essa teoria deve ser rejeitada porque, ao conservar apenas o nome de "culpabilidade", ela abandona seu verdadeiro sentido, baseando a imputação subjetiva exclusivamente nas demandas de prevenção geral. Embora a imputação subjetiva possa ser influenciada por considerações preventivas, é inadmissível reduzi-la apenas a esse aspecto, admitindo a culpabilidade e a punição simplesmente porque, como Jakobs afirma, isso parece "útil" para manter a "fidelidade ao direito". Nesse modelo, o indivíduo deixa de ser avaliado com base em sua personalidade e se transforma em um mero instrumento, o que viola a dignidade humana e, por esse motivo, não pode sustentar uma concepção de culpabilidade sólida¹⁰³.

¹⁰¹ ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. ROXIN, Claus; GRECO, Luis (trad.). Estudos de direito penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 54-55.

¹⁰² JAKOBS, Günther. Ação e omissão no direito penal. Editora Manole Ltda, 2003.

¹⁰³ ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. ROXIN, Claus; GRECO, Luis (trad.). Estudos de direito penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 56.

3.4.4. Idoneidade para ser destinatário de normas e possibilidade de agir de outro modo segundo o livre-arbítrio

Retomemos as ideias defendidas por Roxin e expostas no item 3.3. A teoria de culpabilidade proposta por Roxin dispõe que ela consiste na capacidade do indivíduo de ser destinatário de normas, ou seja, de compreender e agir de acordo com essas normas. Aqueles que são incapazes de entender o caráter ilícito de suas ações, ou de controlar seu comportamento conforme essa compreensão, não são considerados aptos a responder juridicamente, pois a mensagem da norma não os alcança¹⁰⁴.

Isso levanta questões sobre o livre-arbítrio e a capacidade de agir de outra forma, que historicamente têm sido centrais no debate sobre culpabilidade. A jurisprudência alemã, por exemplo, sustenta que a essência da culpabilidade reside no fato de que o indivíduo, mesmo podendo escolher entre o lícito e o ilícito, opta pelo ilícito. Assim, a ideia de livre-arbítrio e autodeterminação ética são vistas como a base da culpabilidade, e muitos acadêmicos seguem essa linha de pensamento¹⁰⁵.

Contudo, a concepção de culpabilidade baseada na idoneidade para ser destinatário de normas pode coexistir com essa visão, sem depender dela. O fato de alguém realizar um ato ilícito, estando plenamente capaz de compreender e seguir as normas, implica que essa pessoa poderia ter agido de outra forma, e, portanto, deve ser responsabilizada. A única dimensão empiricamente verificável, contudo, é a capacidade do indivíduo de entender e controlar seu comportamento, algo que pode ser avaliado por métodos psicológicos. Já o livre-arbítrio, por sua natureza, é insuscetível de prova concreta. A questão central, então, não é se a liberdade de ação é real ou uma construção normativa, mas sim se a pessoa tem a capacidade de ser destinatário das normas. Esse é o critério que permite atribuir culpabilidade. Assim, a culpabilidade não depende de debates filosóficos ou científicos sobre o livre-arbítrio, mas sim da idoneidade de alguém para compreender e seguir as regras sociais e jurídicas. Quando essa capacidade existe, a violação das normas é imputável ao indivíduo, um princípio amplamente aceito e que, como outros princípios gerais do direito, não requer maior problematização¹⁰⁶.

¹⁰⁴ *Ibid.* p. 57.

¹⁰⁵ MANGAKIS, Georgios Antoniou. Über das Verhältnis von Strafrechtsschuld und Willensfreiheit. de Gruyter, 1963. p. 499-540.

¹⁰⁶ ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. ROXIN, Claus; GRECO, Luis (trad.). Estudos de direito penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 58-60.

3.4.5. A exculpação: causas excludentes e atenuantes da culpabilidade

O problema da culpabilidade vai além da simples definição como a capacidade de ser destinatário de normas ou sua exclusão por falta dessa capacidade. Observando casos clássicos de exculpação, como o estado de necessidade ou o excesso em legítima defesa, percebemos que, em muitas dessas situações, o agente ainda possui a capacidade de compreender e seguir as normas. Por exemplo, no caso de alguém que, em estado de necessidade, machuca gravemente um terceiro inocente para proteger um ente querido, o agente continua capaz de entender as normas e poderia ter agido de outra forma. Assim, nos casos de estado de necessidade e legítima defesa, há verdadeira exculpação¹⁰⁷.

No campo da culpabilidade, a teoria normativa, amplamente aceita, identifica que sua essência está na “censurabilidade da formação da vontade”¹⁰⁸, ou seja, na avaliação normativa de uma condição psicológica. Essa condição é analisada de acordo com critérios estabelecidos no ordenamento jurídico, começando pela imputabilidade, que pode ser reduzida em certos casos, como na semi-imputabilidade. O conhecimento da ilicitude do ato também é levado em conta, e quando há erro evitável, a culpabilidade é igualmente diminuída. Além disso, a exigibilidade de conduta diversa, como nos casos de coação moral irresistível ou obediência hierárquica, pode excluir completamente a censura ou, pelo menos, atenuá-la, conforme os limites estabelecidos pela lei. A propósito, a análise da culpabilidade permeia todas as fases da aplicação da pena¹⁰⁹.

Prosseguindo, o excesso de legítima defesa, causado por medo ou desorientação, geralmente não compromete completamente a capacidade de agir de acordo com as normas, e esses casos são relativamente raros. Trata-se, com efeito, não de uma ausência total de culpabilidade, mas sim uma questão de culpa reduzida¹¹⁰.

Outro exemplo é o dispositivo legal que exclui a culpabilidade de menores de 18 anos. Embora um jovem de 17 anos possa perfeitamente entender que furtar é

¹⁰⁷ *Ibid.* p. 61-63.

¹⁰⁸ WESSELS, Johannes. Direito Penal, Parte Geral, trad. Juarez Tavares, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1976. p. 86.

¹⁰⁹ ROCHA, Fernando Antonio N. Galvão da. A culpabilidade como fundamento da responsabilidade penal. Doutrinas Essenciais de Direito Penal, v. 3, p. 387-408.

¹¹⁰ Observo ser possível que uma situação comece como legítima defesa e se inverta, de modo que o primeiro agressor se torne vítima daquele que a princípio era vítima e dolosamente se tornou agressor após conter a injusta agressão. Contudo, no texto acima, não é dessa hipótese que estou tratando, mas sim da hipótese em que o excesso de legítima defesa é culposos.

errado, a lei não o considera responsável criminalmente, apesar de trazer uma legislação especial com preocupação socioeducativa. Isso mostra que a questão da culpabilidade nem sempre está ligada à mera capacidade de compreender normas, mas envolve também outros fatores, como a idade e a maturidade. Em todos esses casos, a lei não nega a capacidade do agente de ser destinatário de normas, mas reconhece que a punição (pelo menos criminal) não é necessária ou até mesmo contraproducente para manter a ordem social. A menoridade penal, portanto, é uma exculpação enquanto, para a legislação brasileira¹¹¹, o fato de o agente criminoso ter menos de 21 (vinte e um) anos na data de sua conduta consiste em uma atenuante da culpabilidade, que se efetivará por meio de uma redução da pena. Nesse último exemplo, do agente criminoso que recém completou a maioridade, ou também no exemplo do excesso culposo de legítima defesa, não há exclusão total da culpabilidade, mas sim uma redução de sua gravidade. A capacidade de autodeterminação pode estar temporariamente comprometida, mas isso não justifica a exclusão completa da responsabilidade¹¹².

Enfim, a decisão legislativa/normativa de não punir penalmente (exculpação) se baseia em considerações de prevenção geral e especial, como o fato de que pessoas que agem em legítima defesa ou por medo extremo não são vistas como uma ameaça contínua à sociedade, bem como que crianças e adolescentes podem ser educados de outras formas que não pela punição criminal. Por sua vez, a decisão de atenuar a pena em outros casos se justifica pela existência de um estado subjetivo que comprometa parcialmente a autodeterminação do agente, mas sem afastar completamente a sua capacidade de entender e controlar seu comportamento.

3.5. A relação entre a culpabilidade e a pena: pressupostos da responsabilidade

A partir da discussão apresentada, fica claro que o que geralmente chamamos de exclusão da culpabilidade se fundamenta não apenas na ausência ou redução da culpa, mas também em questões preventivas relacionadas à isenção de pena. Em outras palavras, para atribuir subjetivamente um ato injusto a alguém, é necessário considerar tanto a culpabilidade do autor quanto a necessidade preventiva da pena.

¹¹¹ Art. 65, I, CP.

¹¹² ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. ROXIN, Claus; GRECO, Luis (trad.). Estudos de direito penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 63-64.

Por isso, Roxin propõe que a categoria que segue ao ato injusto seja chamada de "responsabilidade" em vez de "culpabilidade". Isso porque, na teoria da imputação subjetiva, precisam ser integrados, além da culpabilidade, aspectos preventivos, fazendo da culpabilidade apenas um (importante) aspecto da "responsabilidade"¹¹³.

A esse respeito, a teoria dos fins da pena se apresenta como importante ponto de orientação político-criminal do nosso direito penal, sendo essencial para a teoria geral do delito. De acordo com a teoria da pena de Roxin, a punição só pode ser justificada quando há tanto culpabilidade quanto uma necessidade preventiva da pena. Isso significa que, embora toda punição pressuponha culpabilidade e não possa exceder sua medida, ela também deve ser preventivamente imperativa. Portanto, a pena pode ser menos severa do que o que a culpabilidade isoladamente ditaria se considerações preventivas tornarem a pena máxima desnecessária ou até mesmo desaconselhável.

Roxin leva essa concepção dos fins da pena para a teoria da responsabilidade, de modo que nela também se exige, além da culpabilidade, uma justificativa preventiva para a punição, que geralmente decorre da própria sanção penal. Essa transposição deveria ser óbvia, já que a categoria da responsabilidade determinará, em essência, a punibilidade do autor, e somente o que é indicado pela teoria dos fins da pena deve ser aplicado. Se a doutrina ortodoxa, após considerar o ato injusto, analisa apenas se a culpabilidade do autor está presente, isso é consequência de uma concepção ultrapassada sobre os fins da pena, que dependia exclusivamente da retribuição, exigindo punição mesmo quando não há necessidade social para isso, apesar da presença de culpabilidade¹¹⁴.

Atualmente, é adequada uma posição liberal e garantista, que impõe ao poder punitivo do Estado limites tão estreitos quanto socialmente sustentáveis. Mesmo que haja grande necessidade de prevenção por meio de sanções, não se pode punir se o autor agir sem culpabilidade¹¹⁵. Além disso, mesmo que haja uma culpabilidade diminuída, deve-se abdicar da punição se as necessidades preventivas, determinadas pela lei ou por valores jurídicos, e não pela opinião particular do juiz, assim o permitirem. Portanto, é incorreto afirmar que para Roxin a teoria da responsabilidade

¹¹³ *Ibid.* p. 65.

¹¹⁴ *Ibid.* p. 66.

¹¹⁵ BARBOSA, Julianna Nunes Targino. A culpabilidade na responsabilidade penal da pessoa jurídica. 2014. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. p. 64.

reduz a proteção que o princípio da culpabilidade oferece ao indivíduo contra intervenções estatais. Pelo contrário, ela a fortalece, ao utilizar a indispensabilidade preventiva como uma limitação adicional¹¹⁶.

As implicações jurídicas práticas associadas a essa visão de responsabilidade, especialmente no que diz respeito à punição e à exclusão da punibilidade, são muito mais amplas do que geralmente se reconhece. Em situações concretas, por exemplo, seria suficiente afirmar ou refutar o estado de necessidade exculpante, sem necessariamente basear a isenção em questões de culpabilidade ou em abordagens preventivas. Para contrapor essa minimização das consequências práticas da perspectiva de Roxin, ele apresenta três justificativas¹¹⁷.

Em primeiro lugar, a maior parte dos casos que envolvem ações supostamente isentas de culpa só pode ser adequadamente compreendida ao levarmos em conta os aspectos preventivos. O estado de necessidade, a limitação de excessos a certos motivos, ou até mesmo a idade mínima de responsabilidade penal, não podem ser interpretados corretamente se forem analisados exclusivamente sob a ótica da culpabilidade. A função essencial da teoria jurídica é oferecer uma compreensão mais clara do direito.

Além disso, ao permitir que culpabilidade e medidas preventivas coexistam, podemos ampliar de forma cautelosa a isenção de punição em casos que, tradicionalmente, eram tratados apenas como exclusões de culpabilidade, como no caso de erros de proibição ou questões de imputabilidade. O erro de proibição, por exemplo, só gera isenção quando inevitável. Contudo, raramente um erro é completamente inevitável, já que uma maior consulta a especialistas poderia sempre ser feita para verificar a legalidade de uma ação. Uma visão mais flexível, porém, seria adotar um critério que não exija do indivíduo mais do que o comportamento esperado de uma pessoa razoavelmente integrada à sociedade, considerando o erro como relativamente inevitável e excluindo a responsabilidade.

Outrossim, em questões de imputabilidade, termos normativos como "profunda" perturbação mental ou "grave" degeneração psíquica permitem interpretações que reconhecem uma base legal para a isenção, mesmo em casos de culpabilidade reduzida. Assim, a capacidade de compreensão e autodeterminação poderia ser

¹¹⁶ ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. ROXIN, Claus; GRECO, Luis (trad.). Estudos de direito penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 67.

¹¹⁷ *Ibid.* p. 68-69.

negada em situações nas quais a punição fosse considerada desnecessária do ponto de vista preventivo.

Por fim, apenas ao incorporar perspectivas preventivas na exclusão da responsabilidade podemos explicar situações de estado de necessidade exculpante supralegal ou inexigibilidade de conduta diversa. Ademais, em alguns casos, é possível justificar a exclusão da responsabilidade com base nos direitos fundamentais, indo além de considerações de culpabilidade. Por exemplo, atos de desobediência civil pacífica podem ser protegidos por liberdades constitucionais como a de expressão e reunião, cabendo ao Estado ponderar se a punição seria realmente necessária ou se a eficácia dos direitos fundamentais pode levar à isenção da responsabilidade. Isso abre espaço para a exclusão da responsabilidade em crimes de menor gravidade, desde que dentro de limites estritos, ainda que a culpabilidade do agente seja reconhecida.

“Num Estado de direito democrático, opiniões divergentes não podem ser motivo para quebrar as leis vigentes. Ainda assim, pode-se conceder uma exclusão da responsabilidade, na medida em que isso seja preventivamente tolerável”¹¹⁸; o que somente ocorrerá em contextos fáticos inofensivos.

3.6. Considerações sobre a culpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro

No contexto do direito brasileiro, a noção de culpabilidade está intrinsecamente ligada aos atos efetivamente praticados pelo indivíduo. Esse entendimento reforça o princípio do "direito penal do fato", em que a censura penal é estritamente vinculada às ações concretas do agente. Para que uma pena seja imposta, pressupõe-se que a pessoa tenha capacidade de compreensão e discernimento dentro da convivência social. Aqueles que possuem essa capacidade e violam normas penais estão sujeitos às sanções correspondentes. Por outro lado, indivíduos que não dispõem desse discernimento, mesmo que potencialmente perigosos, não podem ser penalizados, mas podem ser submetidos a medidas de segurança em situações específicas.

Embora a lei penal não exija expressamente que as medidas de segurança estejam sujeitas ao princípio da legalidade, é amplamente aceito que este princípio prevalece em relação a elas. As medidas devem ser reguladas por lei, ainda que não se exija a anterioridade do dispositivo legal que as disciplina. Sem a exigência de

¹¹⁸ *Ibid.* p. 71.

anterioridade, contudo, o princípio da legalidade perde grande parte de sua eficácia. Alguns defendem que, nos casos de inimputabilidade total ou parcial, os interesses do agente em receber tratamento terapêutico e da sociedade em tratar indivíduos mentalmente doentes e perigosos devem sobrepor-se à segurança jurídica. Originalmente, o Código Penal de 1940, em seu artigo 75, estabelecia que "as medidas de segurança regem-se pela lei vigente ao tempo da sentença, prevalecendo, entretanto, se diversa, a lei vigente ao tempo da execução". Todavia, esse dispositivo foi removido pela reforma de 1984 (Lei nº 7.209/84). Considerando que a medida de segurança é uma sanção e que o antigo dispositivo legal foi revogado, conclui-se que o princípio da legalidade também se aplica às medidas de segurança, incluindo o princípio da anterioridade. Portanto, deve-se aplicar a disciplina relativa à medida de segurança vigente no momento do fato, retroagindo a lei nova se for mais benéfica ao destinatário da norma¹¹⁹.

Prevê-se a exclusão da punibilidade de atos típicos quando a censura penal do autor não é socialmente viável. A culpabilidade é um fenômeno social, pois é o Estado, como representante da sociedade, que define os limites entre o culpável e o não culpável, entre a liberdade e sua restrição. Embora o Código Penal brasileiro não defina explicitamente a culpabilidade, ele a inclui como um dos critérios para a individualização da pena (artigo 59) e estabelece parâmetros para a graduação da reprimenda penal (artigo 29).

Além disso, mesmo quando várias pessoas colaboram na prática da mesma infração, a pena de cada indivíduo deve ser distinta e pessoal, proporcional à sua culpabilidade. Assim, evidencia-se a importância da individualização da pena no processo penal. A capacidade do agente de compreender que sua conduta é contrária à norma penal é considerada na aplicação da pena, aquilo que chamamos de capacidade e culpa, permitindo a admissão de culpabilidade diminuída (artigo 26).

Ainda, deve-se destacar que o artigo 68 estabelece que, após definida a pena-base, podem ser aplicadas circunstâncias atenuantes genéricas, o que implica reconhecer uma culpabilidade diminuída em situações concretas. Outrossim, a semi-imputabilidade também influencia a pena. Enquanto os julgamentos de tipicidade e

¹¹⁹ JR., Miguel R. Fundamentos de Direito Penal. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. *E-book*. ISBN 9788530991609. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991609/>. Acesso em: 10 set. 2024. p. 77.

ilicitude caracterizam a conduta culpável, a avaliação da culpabilidade do agente serve como parâmetro para a quantificação da pena aplicada (artigo 59).

Um desafio persistente é a questão da exigibilidade de conduta diversa por parte do agente, uma vez que isso depende do padrão comum de comportamento social e a lei não pode prever todas as especificações possíveis.

Quanto às excludentes de culpabilidades relacionadas ao agente, a imputabilidade penal refere-se às condições pessoais que possibilitam ao indivíduo entender o caráter ilícito de um ato e agir conforme esse entendimento. Para que alguém seja considerado imputável, são necessários dois elementos: sanidade mental e maturidade. Se um indivíduo não possui a capacidade para distinguir entre o correto e o incorreto, não pode orientar-se por essa diretriz e pode acabar cometendo atos típicos e antijurídicos sem merecer pena em razão de não poder ser considerado culpável. O inimputável, seja por doença mental seja por imaturidade, não comete crime no sentido jurídico estrito, mas pode ser sujeito a sanções penais na forma de medidas de segurança¹²⁰.

Embora os conceitos de imputabilidade, culpabilidade e responsabilidade estejam interligados, eles não se confundem. O Título III do Código Penal (artigos 26 a 28) trata de imputabilidade, não de responsabilidade. O legislador objetivou estabelecer as causas de exclusão da imputabilidade penal, sem definir o seu conceito.

Como já discutimos, para que um indivíduo compreenda plenamente suas ações, são necessários dois elementos pessoais fundamentais. O primeiro é a integridade biopsíquica, que engloba a saúde mental e a capacidade de reconhecer a natureza criminosa de um ato. O segundo é a maturidade, entendida como o desenvolvimento físico e mental que permite ao indivíduo estabelecer relações sociais saudáveis, alcançar independência em relação aos pais, estruturar suas próprias ideias e manter segurança emocional e equilíbrio sexual. No Brasil, escolheu-se utilizar uma medida cronológica para determinar a maturidade legal, estabelecendo a maioridade penal aos 18 anos, em vez de avaliar caso a caso o grau de maturidade de cada pessoa. Para avaliar a inimputabilidade relacionada à saúde mental, empregam-se o critério biopsicológico, que combina os critérios biológico e psicológico, avaliando se o indivíduo é mentalmente saudável segundo critérios

¹²⁰ NUCCI, Guilherme de S. Manual de Direito Penal. Volume Único. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. p. 267.

médios e se possui a capacidade de compreender a ilicitude do ato e de escolher as suas condutas segundo critérios que pressupõe o entendimento, ainda que intuitivo e leigo, da antijuridicidade. Este é o critério adotado pelo Código Penal brasileiro, conforme o artigo 26¹²¹.

Em resumo, a culpabilidade no direito penal brasileiro é um conceito complexo que exige uma avaliação cuidadosa da capacidade do agente de compreender e agir em conformidade com as normas legais. A esse respeito, são excludentes de culpabilidade legais, quanto ao agente, doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (art. 26, caput, CP); embriaguez decorrente de vício (art. 26, caput, CP); e a menoridade (art. 27, CP). Por sua vez, quanto ao fato, são excludentes de culpabilidade legais a coação moral irresistível (art. 22, CP); a obediência hierárquica (art. 22, CP); a embriaguez decorrente de caso fortuito ou força maior (art. 28, § 1º, CP); o erro de proibição escusável (art. 21, CP); e as descriminantes putativas. Por fim, são excludentes de culpabilidade supralegais a inexigibilidade de conduta diversa; o estado de necessidade exculpante; o excesso exculpante; e o excesso accidental. Enfim, a individualização da pena e a consideração das excludentes de culpabilidade, legais ou supralegais, são normativamente essenciais para assegurar a adequação e a proporcionalidade na aplicação das sanções penais.

3.7. Críticas à culpabilidade pessoal tradicional frente aos novos contextos sociais empresariais e a introdução da culpabilidade institucional como nova subespécie de culpa

No contexto contemporâneo, o desenvolvimento das estruturas empresariais e o avanço da globalização impuseram novos desafios ao conceito de culpabilidade no direito penal. A noção clássica de culpabilidade pessoal, que pressupõe a relação direta entre o ato ilícito e a conduta consciente e voluntária do agente, parece insuficiente para abordar crimes perpetrados no âmbito de grandes corporações, em que as decisões são frequentemente distribuídas entre várias camadas de gerência e administração.

Em contextos empresariais complexos, a prática delitiva muitas vezes não é resultado de uma única ação individual, mas de decisões coletivas ou institucionais que visam o lucro ou a competitividade no mercado. Essa realidade demonstra a

¹²¹ *Ibid.* p. 268.

inadequação da aplicação exclusiva do conceito de culpabilidade pessoal, pois ela falha em abarcar a responsabilidade quando a estrutura organizacional da empresa dilui a conexão entre o ato ilícito e a decisão de um indivíduo.

A esse respeito, encontramos alicerce teórico na tese sobre a culpabilidade penal da empresa de Carlos Gómez-Jara Díez, que introduziu o modelo construtivista de responsabilidade penal e sustentou ser mais adequada à política-criminal a autorresponsabilidade da pessoa jurídica. Jara Díez parte da constatação de que a dogmática penal tradicional nega a culpabilidade das pessoas jurídicas porque estas não possuem consciência psíquica (Jakobs, Roxin, Rodríguez Mourullo). Para ele, essa objeção é ultrapassada quando se adota a perspectiva da teoria dos sistemas sociais, que entende tanto indivíduos quanto organizações complexas como sistemas que se autoalimentam, com capacidade de auto-organização e autorreferencialidade. A partir dessa base, ele propõe a culpabilidade empresarial como um conceito funcionalmente equivalente à culpabilidade individual. Ou seja, a culpabilidade empresarial não seria idêntica à do ser humano, mas desempenharia papel equivalente dentro da lógica do sistema penal¹²².

Jara Díez apresenta o modelo construtivista de responsabilidade penal das pessoas jurídicas como uma superação da visão tradicional, antropocêntrica, que só admite seres humanos como sujeitos penalmente responsáveis. Segundo o autor, o modelo construtivista se baseia na ideia de que uma organização empresarial, ao alcançar certo grau de complexidade interna, passa a desenvolver capacidades próprias de autodeterminação. Isso transforma a empresa em um "ator corporativo" capaz de desempenhar funções jurídicas e, portanto, apta a ser considerada imputável no Direito penal empresarial. Ele estrutura o conceito de culpabilidade empresarial construtivista em três equivalentes funcionais, correspondentes aos pilares da culpabilidade individual: fidelidade ao direito, equilíbrio entre autonomia e responsabilidade e participação no discurso público. Ademais, o modelo construtivista de Jara Díez propõe um direito penal empresarial de autorresponsabilidade, em oposição aos modelos tradicionais de heterorresponsabilidade (que atribuem à pessoa jurídica a culpa dos indivíduos que a compõem). O autor defende que a

¹²² GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. La culpabilidad penal de la empresa. Marcial Pons, 2005.

empresa deve responder pela sua própria culpa organizacional (autorresponsabilidade), e não apenas pelos atos de seus representantes¹²³.

Sob essa perspectiva, as organizações complexas podem e devem ser consideradas sujeitos penalmente culpáveis quando não cumprem o papel de "cidadão corporativo fiel ao Direito". Porém, o autor defende que nem todas as pessoas jurídicas devem ser consideradas imputáveis, tal como nem todos os seres humanos são penalmente responsáveis. Ele propõe a distinção entre pessoas jurídicas imputáveis e inimputáveis e afirma que essa distinção não havia sido feita até então pela doutrina¹²⁴.

Assim, a nossa proposta da ideia de "culpabilidade institucional" surge como resposta à insuficiência do modelo tradicional de responsabilização penal. Esse novo enfoque reconhece que pessoas jurídicas, especialmente em sua forma moderna e globalizada, possuem uma "vontade" corporativa distinta das vontades individuais de seus membros. A culpabilidade institucional propõe a responsabilização da pessoa jurídica não apenas pela conduta de seus representantes, mas pela forma como a própria estrutura da empresa, suas normas internas e sua cultura organizacional fomentam ou negligenciam práticas ilícitas.

Esse paradigma inova ao transcender a tradicional noção de culpabilidade pessoal para atribuir responsabilidade direta à pessoa jurídica. A culpabilidade institucional, assim, não se baseia em dolo, negligência, imprudência ou imperícia individual, mas na análise dos sistemas de decisão corporativos, no grau de autonomia da organização e em sua capacidade de criar um ambiente que pode favorecer a criminalidade. Esse novo entendimento permite que a justiça penal evolua para se adaptar às transformações sociais e econômicas do século XXI, especialmente no que diz respeito à responsabilização das grandes corporações.

As teorias penais e o conceito analítico de crime foram originalmente concebidos para pessoas físicas, baseando-se em uma culpabilidade própria, pessoal e individual. O arcabouço teórico do direito penal sempre pressupôs a capacidade de volição e ação conscientes de indivíduos, estabelecendo o dolo e a culpa como elementos centrais para a imputação penal. Entretanto, as mudanças sociais

¹²³ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. ¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas?: Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel. *Política criminal*, v. 5, n. 10, p. 455-475, 2010.

¹²⁴ *Ibidem*.

recentes, impulsionadas principalmente pela globalização e a expansão das corporações, transformaram esse cenário. Algumas pessoas jurídicas adquiriram tamanha complexidade estrutural que já não se confundem com qualquer pessoa física específica. Ao contrário, essas entidades desenvolvem uma "vontade" própria, consubstanciada em um conjunto de elementos estatutários e humanos que funcionam como seu esqueleto, órgãos e células. Quando esse conjunto atinge determinado grau de complexidade, a pessoa jurídica ultrapassa a ideia original de mera ficção jurídica e passa a possuir um elemento anímico *sui generis*, capaz de fundamentar uma nova forma de culpabilidade: a culpabilidade institucional. Essa forma de culpabilidade não se limita ao dolo ou à culpa tradicionalmente concebidos para pessoas naturais, atraindo a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica nos casos a que fazem referência os artigos 173, § 5º, e 225, § 3º, da Constituição Federal.

Objetivando a preservação dos consensos teóricos sobre a culpabilidade, mas avançando sobre as questões contemporâneas que orbitam a ideia de uma responsabilidade penal institucional da pessoa jurídica – não meramente social e muito menos objetiva – discutiremos pormenorizadamente no capítulo seguinte.

4. A RESPONSABILIDADE PENAL INSTITUCIONAL E A NECESSIDADE DE UM DIREITO ESPECIAL FUNDADO NA CULPABILIDADE INSTITUCIONAL DA PESSOA JURÍDICA

4.1. Responsabilidade penal institucional: um novo paradigma

O conceito de responsabilidade penal institucional surge como uma inovação no contexto da globalização e da complexidade organizacional das grandes corporações. A tradicional responsabilização penal baseada na culpabilidade pessoal apresenta limitações significativas para abarcar crimes corporativos que, na maioria das vezes, decorrem de decisões coletivas ou institucionais. Em vez de se limitar à análise da conduta individual dos gestores, diretores ou funcionários de uma empresa, a responsabilidade penal institucional propõe um enfoque mais abrangente, analisando a estrutura e a cultura organizacional da pessoa jurídica.

Dessa forma, não é mais adequado tratar a pessoa jurídica apenas como uma ficção legal, sem vontades próprias, passível apenas de responsabilização objetiva. Pelo contrário, a pessoa jurídica, sobretudo em sua forma moderna, desenvolve uma espécie de "vontade" institucional autônoma, composta por seus processos internos, normas, objetivos e a própria cultura empresarial. Assim, a responsabilidade penal institucional transcende o simples nexo de causalidade entre ação e resultado, exigindo uma análise profunda do papel da empresa como um todo no fomento ou negligência de práticas ilícitas.

Nesse sentido, a responsabilidade penal da pessoa jurídica não é apenas um reflexo das ações de seus gestores, mas sim uma avaliação da maneira como a própria estrutura e cultura organizacional criam condições para que atos ilícitos ocorram. Este conceito, que chamamos de "culpabilidade institucional", reflete uma nova subespécie de culpa, distinta do dolo ou culpa pessoal. A culpabilidade institucional reside na avaliação das práticas internas da empresa, da sua governança corporativa e dos mecanismos de compliance, que podem tanto prevenir quanto facilitar atos ilícitos.

É importante, ainda, ressaltar que a responsabilidade institucional não se confunde com a responsabilidade objetiva. A penalização de uma pessoa jurídica deve levar em consideração sua capacidade de agir de forma diversa e o grau de autonomia que ela possui em relação às vontades individuais de seus gestores. A empresa, enquanto ente coletivo, pode, sim, ser capaz de desenvolver práticas

criminosas de forma deliberada ou negligente/imprudente, e isso deve ser levado em conta no processo penal.

Embora haja, na literatura acadêmica, quem defenda que a responsabilidade da pessoa jurídica é objetiva ou até mesmo social¹²⁵, essas posições se mostram inadequadas dentro do arcabouço do direito penal. Isso se deve ao fato de que, sendo o direito penal a *ultima ratio*, ele não admite responsabilidade objetiva, pois tal entendimento violaria os princípios que limitam o poder punitivo do Estado em um Estado Democrático de Direito. Essas limitações são, na verdade, garantias dos indivíduos contra abusos do poder estatal. Assim, se no direito penal clássico alcançamos um consenso sobre a imprescindibilidade da culpabilidade como binômio dolo-culpa¹²⁶, ao lidarmos com as evoluções sociais, não podemos simplesmente abandoná-lo. Fazer isso abriria precedentes perigosos, em que cada mudança social inesperada poderia justificar uma nova exceção à regra da culpabilidade, autorizando o *jus puniendi* de maneira desmedida.

Da mesma forma, não podemos rotular a responsabilidade penal da pessoa jurídica como social. Isso porque a noção de responsabilidade social refere-se a fatores externos, enquanto a culpabilidade, seja da pessoa natural ou artificial, está ligada a fatores internos. Ainda que a pessoa jurídica seja uma entidade artificial, a sua responsabilidade penal deve estar relacionada com suas ações internas, seu funcionamento e seus processos. Questões sociais, embora influentes na criação de tipos penais – como no crime de poluição descrito no artigo 54 da Lei 9.605/98 – não determinam, por si só, a responsabilidade criminal. Elas servem para orientar o legislador, mas não podem ser o critério que define a culpabilidade no processo penal.

À luz das garantias constitucionais, a responsabilidade penal da pessoa jurídica, assim como a da pessoa natural, não pode ser objetiva e tampouco social – na prática, a consequência seria idêntica –, pois exige-se mais do que a simples demonstração de conduta, dano e nexo de causalidade; é necessário comprovar a culpa institucional.

¹²⁵ MARQUES, José Roberto. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Revista de Direito Ambiental, n. 22, 2001. p. 20.

¹²⁶ BARBOSA, Marcelo Fortes. Culpabilidade. Conceito e evolução. Revista Direito Mackenzie, v. 3, n. 2, 2002.

Com base em uma construção liberal-garantista, como a defendida na teoria da responsabilidade penal individual por Roxin¹²⁷, a proposta da responsabilidade penal institucional segue a mesma lógica de imposição de limites ao poder punitivo estatal. A culpabilidade institucional, ao invés de reduzir as garantias, as fortalece ao garantir que a sanção só poderá ser aplicada quando houver elementos claros de culpa institucional no funcionamento interno da pessoa jurídica – ou da pessoa artificial –. Assim como na culpabilidade pessoal, em que o Estado deve observar critérios rigorosos antes de punir, no contexto da responsabilidade penal institucional, não se pode simplesmente imputar uma sanção à empresa sem que se investigue se a sua estrutura, governança ou práticas internas fomentaram ou permitiram a conduta ilícita em um contexto que pressupõe algum grau de autonomia da vontade da pessoa artificial, ou, em outras palavras, a ausência de absoluta confusão de vontade com pessoa específica.

Mesmo diante de necessidades preventivas urgentes, tais necessidades devem ser legalmente delimitadas, evitando o arbítrio do julgador, e sempre respeitando o princípio da culpabilidade. No caso concreto, se houver uma culpabilidade institucional reduzida, a pena deve ser repensada, e, em certos casos, renunciada, caso as exigências preventivas assim o permitam. Dessa forma, a responsabilidade penal institucional não apenas se adapta às novas realidades corporativas, mas também reforça o controle sobre o *jus puniendi*, impondo novas salvaguardas para que o poder punitivo do Estado se mantenha daquilo que noutro contexto Carvalhaes chamou de “perimetral jurídica”, isto é, sem que o Estado contrarie a Constituição¹²⁸.

4.2. A individualização da conduta institucional

Etimologicamente, o termo conduta provém do latim *conducta* e significa “procedimento moral; comportamento” ou “ato ou efeito de conduzir, de levar, de trazer; condução”¹²⁹. A individualização da conduta, como comportamento, dentro do contexto institucional consiste em um dos principais desafios na aplicação da

¹²⁷ ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. ROXIN, Claus; GRECO, Luis (trad.). Estudos de direito penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 66-67.

¹²⁸ CARVALHAES, Andréia Schneider Nunes. Decisão judicial e políticas públicas: limites, controle e medidas judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 150.

¹²⁹ MICHAELIS. Dicionário da Língua Portuguesa: “conduta”. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/conduta/>>. Acesso em 10.10.2024.

responsabilidade penal às pessoas jurídicas. No cenário atual, o ordenamento jurídico brasileiro enfrenta dificuldades para definir os limites e as responsabilidades de uma entidade que, embora, *a priori*, sem uma "vontade própria", atua por meio de seus representantes. Esta complexidade é acentuada pela falta de uma regulamentação processual clara que distinga as ações dos indivíduos que integram a pessoa jurídica daquelas que podem ser atribuídas à própria instituição como um todo. Com efeito, conforme estamos argumentando e será aprofundado em tópico próprio, se a pessoa jurídica, no caso concreto, não possui minimamente "vontade própria" na forma de um elemento anímico *sui generis*, faltar-lhe-á a capacidade para ser destinatário de normas penais¹³⁰, motivo pelo qual não poderia ser destinatário dessa espécie sancionatória.

Nesse contexto, advém o problema da autoria coletiva e a fragmentação da vontade institucional. Ao se analisar o papel das pessoas jurídicas em crimes contra a ordem econômica e financeira, contra a economia popular ou contra o meio ambiente (arts. 173, § 5º, e 225, § 3º, CF), surge a seguinte questão: como separar a responsabilidade de atos cometidos por indivíduos em nome da organização da própria conduta "institucional"? Embora a individualização seja um princípio consagrado do direito penal aplicado a pessoas físicas, sua transposição para o campo das corporações, apesar de possível, requer adaptações.

Nesse cenário, é fundamental entender a "conduta institucional" não como uma simples soma de atos individuais, mas como um conjunto coerente e direcionado de decisões que reflete a cultura e o pensamento corporativos. A responsabilidade sob o aspecto individual, assim, é diluída entre várias camadas hierárquicas, o que pulveriza o processo de tomada de decisão e demanda a utilização de mecanismos analíticos eficientes para identificar e individualizar as contribuições dos diversos agentes que, juntos, compõem a vontade da pessoa jurídica.

A complexidade das estruturas hierárquicas corporativas, sobretudo das grandes empresas, torna difícil a individualização da conduta institucional. Grandes empresas são compostas por conselhos, diretores e departamentos, envolvendo camadas institucionais, gerenciais e operacionais, cada qual com responsabilidades e níveis de decisão distintos. Quando propomos um olhar para a conduta institucional, no sentido de um comportamento próprio da pessoa jurídica, buscamos diferenciar o

¹³⁰ ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. ROXIN, Claus; GRECO, Luis (trad.). Estudos de direito penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 58.

comportamento da pessoa jurídica do comportamento da pessoa natural, ainda que esta integre aquela de alguma forma.

Para ilustrar a individualização da conduta institucional em um exemplo prático, consideremos uma situação na qual uma empresa de grande porte do setor químico seja responsável por um crime de poluição ambiental, conforme o artigo 54 da Lei 9.605/98. A empresa despejou resíduos tóxicos em um rio próximo a uma área rural, resultando em mortandade significativa da fauna aquática e prejuízos à saúde da comunidade local que utiliza a água do rio. Esse crime ambiental, de acordo com a legislação, pode envolver tanto a pessoa jurídica quanto os indivíduos responsáveis pelas ações que culminaram no ato de poluição.

A conduta da pessoa jurídica não se limita às ações isoladas de um diretor, gerente ou operário, mas é determinada por um conjunto de políticas corporativas, estratégias de custo-benefício e, eventualmente, falhas de compliance que permitiram o despejo inadequado. A "vontade institucional" da empresa se manifesta por meio de suas normas internas e cultura corporativa que, ao negligenciarem práticas sustentáveis de descarte e o cumprimento de regulamentações ambientais, demonstram uma escolha coletiva e organizada – ou pelo menos, a falta de um sistema preventivo adequado – que caracteriza a culpabilidade institucional. Essa estrutura normativa constitui uma decisão “suprapessoal” da empresa, refletindo sua cultura organizacional e falhas sistêmicas de controle. Empregamos a ideia de decisão suprapessoal, não no sentido weberiano de que a coletividade está acima do indivíduo, mas para delimitar uma espécie de decisão (da pessoa jurídica) que foi tomada em uma esfera de vontade distinta da individual.

Por outro lado, pessoas físicas, como o gerente que autorizou o descarte irregular e os técnicos responsáveis pela supervisão do processo, também desempenharam papéis individuais na execução do ato. O gerente, por exemplo, pode ter decidido reduzir custos operacionais ao descartar resíduos sem o devido tratamento. Esses agentes são autônomos em suas decisões e, ao agirem, expressaram suas vontades pessoais, ainda que orientados pela pressão organizacional.

No exemplo hipotético, é possível que tanto a pessoa jurídica quanto as pessoas físicas responsáveis sofram sanções penais. A responsabilidade penal da empresa é determinada pela análise de sua estrutura e processos internos, especialmente se ela deliberadamente não implementou mecanismos que previnam

o crime ambiental, revelando um elemento anímico *sui generis* que configura a “vontade” institucional. Essa disposição anímica não depende de uma vontade individual específica, mas da estrutura que orienta o comportamento coletivo da empresa.

Para os indivíduos envolvidos, a punição dependerá da investigação sobre suas contribuições pessoais ao crime e sobre seu conhecimento dos riscos. Caso seja demonstrado que o gerente e outros responsáveis agiram cientes do impacto ambiental e sem oposição da governança corporativa, eles poderão ser condenados pessoalmente. Contudo, se a falha tiver origem exclusiva na cultura organizacional, de uma forma que os indivíduos não tiveram liberdade de decisão ou se a conduta ilegal partiu de uma decisão estritamente institucional a partir de automatizações ou processos inerentes àquela empresa, somente a pessoa jurídica poderá ser penalizada criminalmente.

É possível pensar em exemplos práticos de responsabilidade penal combinada e isolada para a nossa situação hipotética.

Se for constatado que a poluição decorreu unicamente dos processos automatizados ou falhas de processos, como um filtro cuja validade expirou e não foi trocado por uma falha dos processos institucionais, gerando dano ambiental, sem que se possa individualizar a conduta de qualquer pessoa natural, haverá a responsabilidade penal exclusiva da pessoa jurídica.

Por outro lado, se ficar evidenciado que a empresa possui práticas rigorosas de compliance e que a poluição resultou de ações isoladas de um gerente que agiu de maneira autônoma e contrária às normas internas, as sanções poderão recair apenas sobre o gerente e outros indivíduos envolvidos. Olhando por outra perspectiva, também é possível haver apenas a responsabilização da pessoa física, por exemplo, em um caso no qual a pessoa jurídica é pequena, não possui processos e automatizações próprias, tampouco normas internas, e serve unicamente para instrumentalizar a vontade de uma ou algumas pessoas físicas, hipótese em que faltará à pessoa jurídica elemento anímico *sui generis* e, por consequência, faltar-lhe-á culpabilidade. Se isso acontecer, também apenas a(s) pessoa(s) física(s) poderá receber a sanção penal.

Ainda, caso o ato criminoso tenha resultado tanto da falta de uma política interna rigorosa da empresa quanto da conivência comprovadamente deliberada ou ação direta dos gestores responsáveis, tanto a pessoa jurídica quanto os indivíduos

envolvidos podem responder penalmente. A combinação de falhas institucionais e decisões pessoais neste caso é suficientemente configurada para penalizar criminalmente a pessoa jurídica e as pessoas físicas.

Nesse ponto, o processo penal institucional deve ser capaz de mapear de forma precisa a atuação de cada nível decisório, atribuindo responsabilidade não apenas com base no cargo ocupado, mas também na função desempenhada em relação ao ilícito cometido. Isso evita a armadilha da responsabilização objetiva e assegura que cada indivíduo ou grupo envolvido seja julgado conforme sua contribuição real para a prática delituosa.

O conceito de conduta institucional enfrenta o dilema entre a responsabilidade coletiva e individual. Para além da culpabilidade pessoal de executivos, gerentes e operários, a pessoa jurídica como um todo deve responder pelos atos praticados em nome de seus interesses. A individualização da conduta, portanto, não pode se restringir aos limites do indivíduo, mas deve considerar a entidade coletiva em sua totalidade. O desafio está em equilibrar essas duas esferas de responsabilidade – pessoal e coletiva – para que não haja nem impunidade, nem excesso de penalização.

4.3. Dolo, culpa pessoal e culpa institucional

No âmbito da teoria do dolo, ele consiste em uma forma de culpabilidade que, junto com a culpa, define a relação do agente com o fato, sendo a consciência da ilicitude um de seus elementos fundamentais. A teoria do dolo se divide em duas correntes: uma exige que o agente tenha consciência plena da ilicitude do ato para caracterizar dolo, conhecida como teoria extrema. A segunda, chamada teoria limitada do dolo, admite dolo mesmo sem a consciência da ilicitude, considerando a "cegueira jurídica" do agente, ou seja, seu desconhecimento proposital do Direito. Para essa corrente, mesmo sem plena consciência, o ato pode ser visto como doloso se houver uma negligência na conduta. Além disso, a teoria do dolo distingue entre erro evitável e inevitável. No erro inevitável, o dolo se exclui; no evitável, o agente é responsabilizado por culpa, se previsto para o delito. Surge então a teoria modificada do dolo, que prevê pena atenuada para erros evitáveis, adotada pelo Código. Por sua vez, a teoria da culpabilidade, com base no finalismo, traz uma perspectiva distinta, em que o dolo integra o tipo penal, e a culpabilidade é um juízo normativo de censura, considerando a consciência da ilicitude como critério de reprovação. Para Welzel, a responsabilidade reside no conhecimento ou possibilidade de conhecer a

antijuridicidade da ação. Assim, o erro de tipo implica uma falsa compreensão dos elementos penais, enquanto o erro de proibição decorre da ignorância sobre a ilicitude da conduta¹³¹.

Hans Welzel, com sua teoria finalista, sempre defendeu o crime um fato típico, antijurídico e culpável, sustentando que a conduta deve ser avaliada com base em um juízo de realidade, não uma ficção. Nesse contexto, Welzel realocou o dolo e a culpa, anteriormente associados à culpabilidade, para a estrutura do fato típico. Para o finalismo, a conduta é uma ação ou omissão voluntária e consciente, orientada por uma finalidade. Ao integrar o dolo à conduta típica, o finalismo desvinculou dele a plena consciência da ilicitude, tornando-a apenas potencial e mantendo-a na esfera da culpabilidade. A teoria tripartida, que estrutura o crime em fato típico, antijurídico e culpável, é amplamente aceita entre os principais modelos teóricos¹³².

Na visão finalista, o dolo é a intenção consciente de realizar uma conduta típica, chamado de *dolo natural*. Para Roxin, o dolo se divide em três tipos: intenção ou propósito (dolo direto de primeiro grau), dolo direto de segundo grau e dolo eventual. No Brasil, porém, o dolo direto abrange apenas os dois primeiros tipos, resultando nas categorias de dolo direto e dolo eventual. O conceito de dolo normativo difere do causalismo e da teoria significativa da ação, embora ambos se baseiem em uma valoração do dolo. No dolo normativo, o agente age com plena consciência da ilicitude, sabendo que sua conduta é proibida. Já o dolo segundo a teoria significativa é valorado por um observador externo, como o juiz, que avalia se a ação teve dolo com base no contexto e nas evidências do caso, especialmente em situações nas quais a intenção exata do agente é difícil de determinar. Essa abordagem é útil em casos complexos, onde é desafiador diferenciar entre dolo eventual e culpa consciente. No finalismo, o dolo envolve um "querer" ativo e uma intenção de influenciar o resultado, sendo mais do que um simples desejo. O dolo é a vontade e consciência da prática da conduta típica, independente do conhecimento da proibição, constituindo o chamado *dolo natural*, sem qualquer elemento valorativo associado¹³³.

¹³¹ JR., Miguel R. Fundamentos de Direito Penal. 5th ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book. p.107. ISBN 9788530991609. Disponível em:

<https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530991609/>. Acesso em: 26 out. 2024. p. 150.

¹³² NUCCI, Guilherme de S. Curso de Direito Penal: Parte Geral: Arts. 1º a 120 do Código Penal. v.1. 8th ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. p.228. ISBN 9786559649228. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559649228/>. Acesso em: 26 out. 2024. p. 228.

¹³³ NUCCI, Guilherme de S. Curso de Direito Penal: Parte Geral: Arts. 1º a 120 do Código Penal. v.1. 8th ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. p.305. ISBN 9786559649228. Disponível em:

A culpa é caracterizada por um comportamento voluntário e desatento, que resulta em um efeito ilícito indesejado, mas previsível e evitável. A culpa ocorre quando uma ação ou omissão provoca uma lesão de direito não prevista nem desejada, mas previsível. Diferente do dolo, que é regra, a culpa é uma exceção, devendo estar expressamente prevista no tipo penal para que se possa punir alguém pela modalidade culposa do delito. A culpa é entendida como algo psicológico-normativo: psicológico porque conecta o resultado lesivo à previsibilidade na mente do agente; normativo porque requer uma avaliação de valor sobre se o agente negligenciou uma norma de cautela. Na perspectiva finalista, culpa e dolo estão no tipo penal, refletindo a natureza da conduta humana. O juiz deve avaliar a finalidade do agente, identificando dolo quando há intenção de atingir o resultado ou assumir o risco, e culpa quando o resultado, embora indesejado, era previsível. A previsibilidade, seja objetiva (segundo o "homem médio") seja subjetiva (considerando a situação concreta do autor), está vinculada à tipicidade da conduta. Assim, ao determinar a pena para um crime culposos, os fatores pessoais do agente, como antecedentes e grau de compreensão, devem ser considerados, mas representando uma outra dimensão da culpabilidade no momento da aplicação da pena¹³⁴.

Em linhas gerais, são essas as ideias centrais a respeito dos conceitos de dolo e culpa que regem o nosso ordenamento jurídico. Porém, tais ideias foram concebidas para a pessoa natural, em um contexto social que difere muito do contemporâneo. Indo além, é papel do direito acompanhar as mudanças sociais e culturais, mas isso não tem acontecido de maneira satisfatória quanto às novas faces do direito penal. Inclusive, porque há uma falha normativa estrutural muito grave quando o direito material não é acompanhado de um direito processual específico. Mas, voltando à questão do elemento subjetivo do tipo penal, ao refletirmos sobre a inadequação da aplicação tradicional do dolo e da culpa à pessoa jurídica, surge a necessidade de um conceito que se afaste da mera responsabilidade penal objetiva e que compreenda a complexidade da ação penal do Estado contra o ente coletivo. A ideia de "culpa institucional" busca preencher essa lacuna, reconhecendo que, apesar de que uma empresa não tenha uma intenção no sentido psicológico natural das pessoas físicas, ela pode, por meio de suas políticas, cultura organizacional e práticas de governança,

<https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559649228/>. Acesso em: 26 out. 2024. p. 305-306.

¹³⁴ *Ibid.* p. 314.

permitir ou facilitar ações ilícitas. A "culpa institucional" abre uma nova perspectiva: no lugar de focar exclusivamente na intenção de indivíduos específicos, esta abordagem examina a entidade como um todo, responsabilizando a estrutura de valores e as práticas corporativas que contribuem para o resultado danoso. Trata-se, portanto, de uma visão que considera ser possível que a pessoa jurídica tenha um elemento anímico *sui generis* e suas ações – ou omissões – refletem a maneira como ela escolhe interagir com a sociedade e com as leis que a regem.

Imaginemos uma grande corporação, uma entidade que, em si mesma, parece distante das intenções e emoções que normalmente associamos à prática de crimes. Diferente de uma pessoa física, essa empresa não sente raiva, ganância ou remorso. No entanto, essa pessoa jurídica age. Ela toma decisões, adota políticas e molda comportamentos internos que, direta ou indiretamente, podem prejudicar indivíduos e a sociedade. Como, então, podemos responsabilizar criminalmente uma entidade que não possui consciência ou intenções individuais? Aqui entra em cena o conceito de "culpa institucional".

Inspirados por essa realidade, a ideia de culpa institucional convida o leitor a olhar para além do ato individual e a focar no tecido moral e organizacional que compõe uma corporação. Em vez de buscar intenções no sentido tradicional – a "culpa" ou o "dolo" aplicável a indivíduos – a culpa institucional considera a empresa como um sistema de valores e decisões coletivas. Esse sistema, quando falha em evitar o ilícito, reflete uma responsabilidade que é, em certo sentido, tão genuína quanto a de um indivíduo que age de forma imprudente ou intencional.

Assim, ganha destaque a importância dos contextos e das estruturas que moldam as condutas institucionais. Sob essa perspectiva, o comportamento de uma empresa é visto não apenas como um conjunto de atos isolados, mas como o resultado de uma cultura organizacional, de políticas de compliance – ou a falta delas – e de uma orientação ética. Podemos pensar na culpa institucional como uma espécie de "culpa por negligência coletiva": se uma empresa cria um ambiente em que práticas antiéticas são permitidas ou incentivadas, mesmo que implicitamente, então ela falha em se comportar como um "bom cidadão corporativo".

Nesse sentido, a culpa institucional não requer que a empresa tenha tido uma intenção direta de causar dano. Em vez disso, pede que investiguemos o modo como essa organização lida com a ética e a legalidade em seu núcleo. A empresa é vista como um ator coletivo, cuja identidade moral se expressa nas ações de seus agentes

e nas políticas que ela adota ou negligencia. Ao final, a culpa institucional não se trata de punir uma entidade abstrata sem rosto, mas de responsabilizar a estrutura de poder e os valores que fazem parte de suas práticas diárias. É um convite a pensar as corporações de maneira semelhante a como vemos as pessoas: não apenas pelos atos que realizam, mas também pelo caráter que demonstram na forma como tratam os outros e o mundo ao seu redor.

4.4. A capacidade de a pessoa jurídica ser destinatária de normas e a possibilidade de agir de outro modo segundo sua vontade institucional

Neste tópico, avançamos sobre as ideias de culpabilidade desenvolvidas por Claus Roxin, aplicando-as ao contexto contemporâneo das organizações empresariais e sua responsabilização penal. Nos Capítulos 3.3. e 3.4.4., apresentamos as teorias de Roxin sobre a culpabilidade e a idoneidade para ser destinatário de normas e possibilidade de agir de outro modo segundo o livre-arbítrio. Para ele, a culpabilidade decorre da capacidade de alguém compreender as normas e agir em conformidade com elas. Evidentemente, tais ideias eram aplicáveis originalmente aos indivíduos. No contexto das pessoas jurídicas, essa noção é reinterpretada como uma "capacidade institucional", em que a organização, por meio de suas estruturas de decisão e mecanismos de compliance, adquire a aptidão de entender e cumprir normas legais. Assim, a culpabilidade da pessoa jurídica depende de sua "vontade coletiva", expressa nas políticas e processos que orientam suas decisões.

Esse conceito traz à tona a questão da autonomia organizacional e da possibilidade de a pessoa jurídica optar entre obedecer ou transgredir normas para atender a interesses próprios. A essência da responsabilidade penal institucional está no fato de que a pessoa jurídica, ao possuir capacidade de tomar decisões e organizar suas atividades, pode deliberadamente optar por ignorar suas obrigações legais. Tal como no caso da culpabilidade individual, a base para responsabilização das empresas está em sua autonomia institucional, refletida na "vontade" coletiva do ente e nas diretrizes internas da organização, sem a necessidade de se individualizar e atribuir tal vontade a uma ou algumas pessoas naturais. Essa culpabilidade não requer uma ideia de "livre-arbítrio" como aplicada aos indivíduos, mas sim a existência de uma estrutura corporativa apta a entender e cumprir as normas.

A presença dessa estrutura pode ser comprovada pelos processos de governança e compliance da empresa, que revelam se há um comprometimento genuíno com o cumprimento da lei ou uma postura de negligência sistemática. Dessa forma, a responsabilidade penal institucional não exige uma discussão filosófica sobre livre-arbítrio, mas se fundamenta na capacidade da pessoa jurídica de receber e responder às normas sociais e jurídicas. Com essa capacidade estabelecida, a transgressão às normas é imputável à organização, pois se entende que a decisão de as violar resulta da vontade institucionalmente consciente.

Em um cenário atual marcado pela crescente complexidade e influência das corporações, esse entendimento permite que a pessoa jurídica seja considerada destinatária de normas e responsabilizada por suas condutas, não como uma entidade fictícia, mas como um sujeito dotado de uma "vontade institucional" capaz de agir de outro modo segundo seus próprios objetivos e valores. Para compreender a capacidade de a pessoa jurídica ser destinatária de normas e a possibilidade de agir de outro modo segundo sua vontade institucional, precisamos explorar como a pessoa jurídica é integrada ao sistema jurídico como um sujeito autônomo.

A noção de "vontade institucional" é elementar para diferenciar a pessoa jurídica dos indivíduos que a compõem. Em vez de ser apenas uma soma das intenções individuais de seus membros, a pessoa jurídica desenvolve uma cultura organizacional, um conjunto de políticas e práticas que dão forma a uma espécie de "vontade" própria. Essa vontade institucional representa seus objetivos corporativos e de sua estrutura normativa interna, que orienta a tomada de decisões, a conformidade com normas externas e o comportamento ético.

Nesse sentido, a pessoa jurídica é concebida como capaz de receber normas e responder a elas de maneira autônoma, o que se alinha com a ideia de que ela pode ser responsabilizada por suas ações de forma independente das vontades individuais de seus sócios ou administradores. Essa autonomia normativa é um avanço em relação ao conceito tradicional, que tendia a imputar responsabilidades às pessoas jurídicas de forma objetiva e automática. A responsabilidade penal da pessoa jurídica, sob essa perspectiva, exige uma análise mais detalhada, que vá além da mera condição de seus representantes e avalie a existência de uma conduta coletiva institucionalizada.

No processo de avaliação judicial, portanto, deve-se verificar se as ações da pessoa jurídica refletem uma decisão consciente e organizada que pode ser atribuída

à sua "vontade institucional". Essa análise envolve investigar se a empresa adotou políticas, práticas de compliance e uma cultura de integridade que demonstram uma adesão genuína ao cumprimento das normas, ou se houve uma escolha institucional para negligenciar esses deveres; ou, ainda, se houve uma decisão institucional consciente de violar normas jurídicas. A culpabilidade institucional, então, se materializa quando a organização, como um organismo artificial – e não meramente fictício –, de forma coletiva e estruturada, decide ou permite, por ação ou omissão, comportamentos que violam normas legais.

4.5. A culpabilidade institucional como pressuposto da sanção penal à pessoa jurídica

Para se analisar a culpabilidade institucional como um requisito ou pressuposto da sanção penal à pessoa jurídica, é fundamental transpor os conceitos de culpabilidade aplicados à pessoa física para o âmbito da pessoa jurídica, analisando como as teorias tradicionais de dolo e culpa se adaptam às estruturas corporativas e à vontade institucional.

No Direito Penal tradicional, a culpabilidade se relaciona com a capacidade de o indivíduo entender o caráter ilícito de sua conduta e de agir de acordo com essa compreensão¹³⁵. Tal ideia de culpabilidade, que se desenvolve a partir de uma noção de intencionalidade e escolha individual, pressupõe que o agente tenha autonomia para deliberar e responder pelos seus atos, sendo isso um pressuposto da pena¹³⁶. No entanto, ao se tratar de uma pessoa jurídica, essa concepção clássica de culpabilidade se mostra insuficiente. A estrutura empresarial, sobretudo das grandes corporações e das empresas transnacionais, muitas vezes, descentraliza ou desconcentra o processo de tomada de decisão. Nesse contexto, estabelece-se um processo de tomada de decisão institucional, cuja "vontade" pode ser distinta das vontades individuais de seus membros.

Esse modelo de responsabilização, que pressupõe a inexistência de responsabilização penal objetiva, é fundamentado na autonomia corporativa e na habilidade da pessoa jurídica de formar e seguir normas. Sob a ótica da culpabilidade

¹³⁵ ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. ROXIN, Claus; GRECO, Luis (trad.). Estudos de direito penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 65-66.

¹³⁶ BARBOSA, Julianna Nunes Targino. A culpabilidade na responsabilidade penal da pessoa jurídica. 2014. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. p. 64.

institucional, é necessário demonstrar que a infração penal resultou de uma falha na estrutura organizacional e não apenas das ações isoladas de indivíduos. Dessa maneira, a pessoa jurídica é penalmente responsabilizada não apenas pela conduta individual de seus gestores, mas pela forma como suas práticas, cultura e políticas institucionais incentivaram ou permitiram o comportamento ilícito. É à luz dessas ideias que deve ser interpretado o art. 3º, *caput*, da Lei nº 9.605/98, segundo o qual haverá a responsabilização penal da pessoa jurídica “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”.

Evidentemente, ao se exigir a existência de culpabilidade institucional como pressuposto da sanção penal para a pessoa jurídica, não se está contrariando a disposição legal mencionada, mas sim atribuindo critérios hermenêuticos. Em outras palavras, a interpretação sistemática do texto normativo leva à conclusão de que, apesar de infrações cometidas por decisão do representante ou de órgão da pessoa jurídica, em benefício da entidade, atrair a responsabilização penal, não será toda e qualquer conduta da pessoa jurídica que acarretará tal responsabilidade. Como já dito, a depender do caso concreto, poderá haver a responsabilização penal exclusiva da pessoa jurídica, exclusiva da pessoa física ou de ambas.

Apesar de haver muitos defensores da ideia de que o ordenamento jurídico brasileiro admitiria a aplicação da teoria da imputação objetiva no direito penal da pessoa jurídica¹³⁷, entendemos que tal visão representa um retrocesso à dogmática penal e uma violação ao artigo 5º, incisos XLVI e LVII, da Constituição, e aos artigos 29 e 59, do Código Penal¹³⁸. Nesse sentido, em se tratando de Direito Penal, “a lei regulará a *individualização da pena*” e “ninguém será considerado *culpado* até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Por sua vez, “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua *culpabilidade*” e o juiz fixará a pena, dentre outros critérios “atendendo à *culpabilidade*”. Isto é, se a condenação penal exige culpabilidade, não se pode, a pretexto de dar efetividade aos artigos 173, § 5º, e 225, § 3º, da Constituição, dispensar-se a comprovação do elemento subjetivo, ainda que excepcionalmente. O

¹³⁷ FELICIANO, Guilherme Guimarães. Teoria da imputação objetiva no direito penal ambiental brasileiro. 2004. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. Acesso em: 21 nov. 2024.

¹³⁸ BARBOSA, Julianna Nunes Targino. A culpabilidade na responsabilidade penal da pessoa jurídica. 2014. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. p. 26.

poder de punir do Estado encontra limites na Constituição e nas leis, não sendo possível a criação de ajustes e adaptações com o intuito de viabilizar a punição.

A título de exemplo, em um caso diverso daqueles que estamos estudando, mas cujo raciocínio nos é semelhante, o Superior Tribunal de Justiça assim se decidiu:

Esta Corte Superior tem reiteradamente decidido ser inepta a denúncia que, mesmo em crimes societários e de autoria coletiva, atribui responsabilidade penal à pessoa física, levando em consideração apenas a qualidade dela dentro da empresa, deixando de demonstrar o vínculo desta com a conduta delituosa, por configurar, além de ofensa à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal, responsabilidade penal objetiva, repudiada pelo ordenamento jurídico pátrio¹³⁹.

Em sentido contrário, é inepta a denúncia que atribui responsabilidade penal à pessoa jurídica, levando em conta apenas a sua qualidade de empresa, desconsiderando elementos como conduta e culpa institucional, por configurar, de acordo com o mesmo trecho citado, “além de ofensa à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal, responsabilidade penal objetiva, repudiada pelo ordenamento jurídico pátrio”.

Vale dizer, na discussão realizada no bojo julgamento do recurso extraordinário nº 548.181/PR¹⁴⁰, inclinou-se para o reconhecimento, em nosso ver inadequado, da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica. A esse respeito, o Ministro Roberto Barroso se manifestou:

Sei que a doutrina criminal, em geral, questiona, em alguma medida, essa responsabilização da pessoa jurídica e questiona por uma certa dificuldade em admitir a responsabilidade objetiva em matéria penal, mas o fato é que a dicção do artigo 225, § 3º, é inequívoca, e para pesar, eu sei, da doutrina criminal, há uma certa tendência mundial de responsabilização das pessoas jurídicas em algumas matérias. O fato do artigo 225, § 3º, não fazer menção específica à exclusividade da pessoa jurídica, ou a possibilidade de responsabilidade seja estabelecida sem que se subjetive a culpabilidade em uma pessoa, é uma dicção, de certa forma, semelhante ao do 37, § 6º, que estabelece a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de Direito Público e das pessoas privadas que prestem serviços públicos, igualmente sem distinguir entre responsabilidade subjetiva e objetiva, um pouco a caracterizar que onde a Constituição não distingue é porque está admitindo qualquer tipo de responsabilização.

Apesar da mencionada “tendência mundial de responsabilização das pessoas jurídicas em algumas matérias”, não nos parece correta a analogia feita com a hipótese do artigo 37, § 6º, da Constituição, que prevê a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas que prestem serviços públicos. Isso porque tal responsabilidade

¹³⁹ STJ - AgRg no RHC: 132900 SC 2020/0209908-2, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 17/08/2021, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/09/2021

¹⁴⁰ STF - RE: 548181 PR, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 06/08/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014

objetiva não é criminal, mas sim civil e consistente na obrigação de reparar determinado dano causado por sua atividade, independentemente de culpa.

Nesse ponto, conforme acima mencionado, a interpretação sistemática do ordenamento jurídico, sobretudo à luz do artigo 5º, incisos XLVI e LVII, da Constituição, e dos artigos 29 e 59 do Código Penal, evidencia impossibilidade de haver responsabilidade penal sem culpabilidade. Ou seja, o ordenamento jurídico rechaça a responsabilidade penal objetiva. Além disso, na medida que a culpabilidade tem no seu âmago a função de limitar o poder punitivo do Estado, não se pode permitir a flexibilização das limitações de tal poder, sob pena de criar-se um ambiente propício para abusos, que poderiam colocar em risco a cidadania, em sentido amplo.

A definição de uma culpabilidade institucional evita que a penalização da pessoa jurídica seja tratada de forma objetiva ou social, isto é, sem relação direta com a vontade institucional. As garantias do devido processo penal, como no caso da pessoa física, também se aplicam à pessoa jurídica, assegurando que a sanção penal só seja imposta se for comprovada a culpa institucional. Dessa forma, a culpabilidade institucional preserva os limites constitucionais do *jus puniendi* e exige que o Ministério Público, como titular da ação penal, demonstre que a organização, de forma relativamente autônoma, contribuiu para o ato ilícito.

4.6. A exculpação penal da pessoa jurídica: causas excludentes e atenuantes da culpabilidade institucional

No contexto sobre o qual estamos falando, compreendemos haver, para a pessoa jurídica, apenas duas causas excludentes de culpabilidade, que, apesar de serem só duas, são em tese bastante abrangentes. Porém, por abrangentes não se entenda que são fáceis de ocorrer no mundo fenomênico, mas sim que abrangem um grande espectro hipotético de possibilidades. São elas a inimputabilidade em razão da ausência de culpabilidade institucional, hipótese em que deve haver, no âmbito criminal, apenas a responsabilização da pessoa física; e a inexigibilidade de conduta diversa.

Conforme abordado no item 4.2., mas dito de outra forma, tal qual a pessoa jurídica pode responder por um processo criminal sem a dupla imputação a um agente individual, uma pessoa física pode responder sem a dupla imputação com uma pessoa jurídica caso ela tenha sido utilizada apenas como meio, desde que ausente a culpabilidade institucional. Isto é, se a pessoa jurídica não funciona como um

organismo artificial, mas apenas satisfaz as vontades de um ou alguns poucos indivíduos que agem através dela, não há como responsabilizar criminalmente a pessoa jurídica, sob pena de configurar responsabilidade penal objetiva. É evidente, porém, que a pessoa jurídica utilizada como instrumento para cometer crimes, ainda que não possua culpabilidade institucional, pode sofrer consequências nas instâncias administrativa e cível. O que não pode ocorrer, por outro lado, é a relativização das limitações do poder de punir do Estado.

Sobre a outra espécie de excludente de culpabilidade institucional, é difícil que aconteça uma situação concreta de inexigibilidade de conduta diversa, mas podemos pensar em alguns exemplos hipotéticos. Imagine que há um incêndio aparentemente incontrolável se alastrando por uma fábrica que possui aos fundos um reservatório de produtos químicos altamente inflamáveis. Os bombeiros foram acionados, todas as providências lícitas possíveis foram tomadas, mas aparentemente nada controla o incêndio, que a cada minuto se aproxima mais do reservatório de produtos químicos inflamáveis. Em determinado momento, institucionalmente se percebe que, se tais químicos entrarem em ignição, haverá uma explosão capaz de propagar o incêndio, a princípio restrito à fábrica, para uma pequena vila de trabalhadores onde há uma escola infantil e um pronto-socorro. Neste exemplo, se os produtos químicos entrarem em ignição, isso implicará o incêndio da escola e do pronto-socorro, com o resultado morte de crianças. Então, todos os diretores e gerentes se comunicam rapidamente e, em uma decisão colegiada e institucional, decidem descartar uma quantidade modesta de químicos no córrego que passa atrás da fábrica. Perceba-se que o exemplo trata de uma pessoa jurídica com responsabilidade institucional, pois funciona como um organismo artificial cujas pessoas são células e, individualmente, não detém o controle da “consciência” da pessoa jurídica. Prosseguindo, alguns operários são chamados e recebem a ordem de descartar esses químicos no córrego rapidamente, pois em cerca de poucos minutos o fogo chegará ao depósito onde eles estão guardados. Assim, o descarte é realizado; porém, passados aqueles minutos, contra todas as expectativas, o fogo é contido a poucos metros do reservatório de produtos químicos inflamáveis, que permaneceu intacto. Infelizmente, como consequência do despejo daqueles produtos químicos no pequeno rio, causou-se poluição em nível apenas local, mas que provocou a mortandade de diversos animais (principalmente peixes), em razão do lançamento de líquidos em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos. Ou seja, sob uma perspectiva

formal, a pessoa jurídica praticou o fato típico previsto no art. 54, § 2º, V, da Lei nº 9.605/98. Apesar disso, nesse caso, entendemos haver causa excludente de culpabilidade, que obstará a responsabilização penal, ainda que hipoteticamente a reparação do dano (ambiental) possa ser pleiteada no âmbito cível. A esse respeito, no âmbito cível, é possível haver a reparação do dano mesmo que a conduta praticada seja lícita, como ocorre no exemplo de alguém que causa um dano durante um estado de necessidade ou legítima defesa.

No exemplo ilustrativo de uma situação de inexigibilidade de conduta diversa aplicável à pessoa jurídica, embora tenha sido praticado o fato típico, a culpabilidade é inexistente e afasta a responsabilidade penal. Indo além no exemplo, quanto às pessoas físicas, nem sequer é possível individualizar a sua conduta, pois, a contribuição individual dos responsáveis pela tomada de decisão institucional nada fizeram sozinhos e não se pode apontar, especificadamente, a conduta de cada um, o que inviabiliza a responsabilização penal da pessoa física. Por sua vez, os operários que apenas cumpriram as ordens, sob o ponto de vista deles, estavam cumprindo ordens lícitas, o que também obsta a sua responsabilidade criminal.

Com efeito, é possível sim identificar uma pessoa jurídica organicamente estruturada, com capacidade institucional para compreender e cumprir normas, de forma a evidenciar a existência de culpabilidade institucional em tese. Entretanto, dadas as circunstâncias concretas, a culpabilidade atrelada àquela conduta típica foi afastada, pois não se poderia exigir que se agisse de outra forma. Isto é, a pessoa jurídica praticou sim o fato típico do crime de poluição, mas o fez com a sua consciência institucional voltada à preservação de bens jurídicos igualmente ou até mais relevantes (preservação de vidas de crianças). E isso continua valendo mesmo que o fogo nem sequer tenha chegado ao depósito de químicos inflamáveis, na medida que a expectativa razoável era de que o fogo se alastrasse sim até lá. Portanto, mesmo que, no fim, a poluição tenha sido causada sem um benefício correspondente direto, a conduta da pessoa jurídica foi pautada em uma justa expectativa de se evitar um mal maior, o que elide a culpabilidade no caso concreto. De certo modo, a inexigibilidade de conduta diversa encontra respaldo implícito no art. 3º, da Lei nº 9.605/98, que subordina a responsabilidade penal à prática do fato típico “no interesse ou benefício de sua entidade”.

Dessarte, as causas excludentes da responsabilidade institucional, enquanto não previstas outras em lei, são apenas estas duas, quais sejam, a inimputabilidade

pela ausência do elemento anímico *sui generis*; e a inexigibilidade de conduta diversa. Por sua vez, há outras causas que não excluem a culpabilidade, mas a mitigam. Enquanto não houver especificação no texto normativo, as causas atenuantes da culpabilidade institucional consistem no conjunto de medidas e sistemas internos destinados a evitar práticas ilícitas. Por exemplo, estruturas internas da empresa cujos sistemas de tomada de decisão envolvem a desconcentração de poder, duplas checagens para a realização de processos potencialmente danosos, *blind review* – revisão cega, aquela em que revisor e autor são anônimos entre eles – e sistemas de controle interno, como o *compliance*.

Nesse sentido, a implementação de freios e contrapesos internos, sobretudo de medidas de *compliance*, são mitigadores da culpabilidade institucional que devem ser levados em consideração pelo julgador.

Diante da dificuldade de individualizar condutas em ambientes corporativos, mecanismos preventivos como o compliance surgem como alternativas essenciais. Estes instrumentos não apenas garantem que as empresas implementem práticas éticas e legais, mas também criam um padrão de responsabilidade que ajuda a delimitar as ações institucionais. A adoção de tais práticas pode, em casos específicos, mitigar a culpabilidade da pessoa jurídica, desde que seja demonstrado que a instituição tomou todas as medidas possíveis para evitar o delito.

Além disso, a regulamentação clara das condutas aceitáveis dentro da estrutura empresarial permite que se criem balizas objetivas para a responsabilização. Em vez de se culpar a instituição como um todo de maneira abstrata, deve-se adotar um modelo que busque a identificação precisa das falhas organizacionais que contribuíram para o ato ilícito, distinguindo-as de eventuais atos pessoais isolados.

4.7. A intranscendência da responsabilização penal da pessoa jurídica

O desenvolvimento de nossa sociedade suscita novos debates que antes jamais haviam sido imaginados. Nesse contexto, consiste em um problema atual saber se a extinção da pessoa jurídica por meio da incorporação transmite a responsabilidade penal à empresa incorporadora, ou se deve ser aplicado, por analogia, o art. 107, I, do Código Penal, segundo o qual a morte do agente extingue a punibilidade. Para o desenvolvimento de nossa análise, será necessário entender, inicialmente, questões inerentes à constituição e à extinção da pessoa jurídica e a sua proximidade com o nascimento e a morte da pessoa física. Ainda, devemos entender

o atributo da autonomia da pessoa jurídica em relação às pessoas físicas que dela participam de alguma forma.

Por conseguinte, avaliaremos os princípios da intranscendência da pena, da vedação à analogia *in malam partem*, bem como precedentes relevantes das cortes superiores.

Em nosso ordenamento jurídico, há marcos bem definidos sobre os termos inicial e final da existência tanto da pessoa natural, quanto da pessoa jurídica.

Historicamente, até a edição do Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, o direito brasileiro seguiu a linha do Código Civil francês: para a aquisição da personalidade, não bastava o nascimento da pessoa com vida, sendo necessária também a sua viabilidade. Agora, por outro lado, pela legislação vigente, o nascimento com vida é o bastante para aquisição da personalidade (art. 2º, CC). Vale lembrar, ademais, que a legislação protege os direitos do nascituro desde a concepção¹⁴¹.

Além disso, a extinção da personalidade da pessoa natural ocorre com sua morte. É a inexistência material capaz de fazer cessar incidência de direitos, com abertura da sucessão aos herdeiros, como previsto e regulado na legislação civil.

Ao passo em que a vida humana decorre de um ato natural, o nascimento com vida, a pessoa jurídica é uma ficção da lei. Nos termos do art. 45 do Código Civil:

Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Com o registro do contrato social a pessoa jurídica adquire personalidade. A propósito, o art. 52 do Código Civil, dispõe ser aplicável “às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”. É sujeito de direitos e obrigações, e hoje inclusive tem responsabilidade penal, sobretudo quanto aos crimes de poluição.

Da mesma forma que a personalidade humana tem seu início e fim, assim também ocorre com a pessoa jurídica, na qual a extinção é decorrência do término da sua existência. A extinção da pessoa jurídica consiste no seu perecimento, caracterizado pela cessação de sua atividade e separação dos fatores humanos que a envolviam, com a correspondente baixa em seus registros. Nesse contexto, “não se

¹⁴¹ RODRIGUES, Silvio. Direito civil. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 38.

pode esquecer que a extinção da pessoa jurídica não se opera de modo instantâneo”¹⁴².

As pessoas físicas atuantes na movimentação de atos da pessoa jurídica com ela não se confundem. A lei empresta personalidade às pessoas jurídicas, que agem em nome próprio. A sua personalidade é absolutamente distinta aos agentes humanos nela atuantes¹⁴³. Nesse sentido:

As pessoas jurídicas, denominadas *pessoas coletivas, morais, fictícias ou abstratas*, podem ser conceituadas como sendo conjuntos de pessoas ou de bens arrecadados, que adquirem personalidade jurídica própria por uma ficção legal. Apesar de o Código Civil não repetir a regra do art. 20 do CC/1916, a pessoa jurídica não se confunde com seus membros, sendo essa regra inerente à própria concepção de pessoa jurídica¹⁴⁴.

Sob as mais variadas óticas de análise da legislação civil, conclui-se claramente pela plena autonomia da personalidade da pessoa jurídica, que possui seus próprios direitos, obrigações e patrimônio. Aliás, na medida em que goza de proteção à sua honra objetiva, pode até mesmo sofrer danos morais¹⁴⁵.

Quanto à prática de seus atos – e esse detalhe será importante adiante –, apesar de a legislação utilizar esse termo, não é adequado afirmar que, para a prática de seus atos, a pessoa jurídica seria representada por seu sócio ou administrador. Entendemos que o fenômeno da representação acontece tão somente quanto à pessoa física, como é, por exemplo, o caso dos pais representando o filho incapaz na realização de um negócio jurídico. É a hipótese de uma pessoa agindo em nome de outra, o que não acontece na prática de atos da pessoa jurídica.

Quanto à pessoa jurídica não há propriamente uma representação, porque a pessoa jurídica não é incapaz. Assim, a pessoa física não atua em nome da pessoa jurídica. Com efeito, esta age em nome próprio. A esse respeito:

Por isso é que Pontes de Miranda insistia que a pessoa jurídica ‘é tão real quanto a pessoa física’. Ao ter alguém com poderes, segundo o ato constitutivo, para firmar compromissos por ela, é a própria pessoa jurídica que está atuando, não é outrem em lugar dela. [...] Enfim, quando o órgão age nos limites dos seus poderes, quem está agindo, na verdade, é a própria pessoa jurídica¹⁴⁶.

¹⁴² TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 176.

¹⁴³ RODRIGUES, Silvio. Direito civil. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 66.

¹⁴⁴ TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 154.

¹⁴⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. Manual de Direito Civil, Editora JusPODIVM, 4ª. ed, 2019. p. 381.

¹⁴⁶ *Ibid.* p. 379.

Na doutrina civilista clássica, Silvio Rodrigues referia-se às pessoas que atuam pela pessoa jurídica como seres ou entes, de forma a distinguir as pessoas físicas e jurídicas, por meio do atributo da autonomia¹⁴⁷.

Avançando em nosso tema, cumpre-nos a análise quanto à reponsabilidade da pessoa jurídica. A responsabilidade civil sempre foi consolidada em nossa legislação. Tormentosa, porém, é a sua responsabilização no âmbito penal. Embora essa possibilidade não seja exatamente uma novidade, como temos defendido, o legislador não cuidou de disciplinar um processo penal aplicável à pessoa jurídica.

A Constituição Federal apresenta três possibilidades nas quais a legislação pode criminalizar condutas de pessoa jurídica. Nos termos do seu art. 173, § 5º, independentemente da responsabilização individual de seus dirigentes, a pessoa jurídica poderá responder por condutas que atentem contra a ordem econômica e financeira, contra a economia popular; e, por sua vez, de acordo com o art. 225, § 3º, contra o meio ambiente. Esta última hipótese é a única atualmente regulamentada no direito brasileiro, por meio da Lei nº 9.605/1998.

A despeito disso, quanto a edição de um direito processual penal aplicável à pessoa jurídica, há evidente mora legislativa. Por esse motivo, aplica-se subsidiariamente o Código de Processo Penal, e parte geral do Código Penal voltados à regulação dos procedimentos quanto aos crimes praticados pelas pessoas naturais.

Esse fato evidencia um problema: o déficit de uma garantia constitucional. Para tanto, devemos ir além da antiquada ideia tradicional de que o processo seria apenas um instrumento. Isso pois, se, em última análise, o processo é um agente assegurado da efetividade dos direitos fundamentais, consideramos que, pela melhor exegese constitucional, o processo consiste em uma garantia¹⁴⁸.

Quanto à diferenciação em direitos e garantias, Paulo Bonavides leciona:

A confusão, que irrefletidamente se faz muitas vezes entre *direitos* e *garantias*, desvia-se sensivelmente do rigor científico, que deve presidir à interpretação dos textos, e adultera o sentido natural das palavras. *Direito* 'é a faculdade reconhecida, natural, ou legal, de praticar ou não praticar certos atos'. *Garantia* ou *segurança* de um direito, é o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados de ocorrências mais ou menos fácil¹⁴⁹.

¹⁴⁷ RODRIGUES, Silvio. Direito civil. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 70.

¹⁴⁸ ABBoud, Georges. Processo constitucional brasileiro. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 436.

¹⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 23. ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2008. p. 528.

Assim, a função máxima das garantias constitucionais consiste em assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, sendo o processo uma das garantias mais elementares de um Estado Democrático. Com efeito, ainda há muito o que ser desenvolvido no direito processual penal brasileiro, sendo necessária uma atenção especial à pessoa jurídica. Entretanto, “o fracasso da garantia não significa a inexistência do direito; suspensão de garantias não pode significar supressão de direitos”¹⁵⁰.

Sob esse prisma, Rogério Schietti Machado Cruz afirma:

A atividade jurisdicional criminal tem como objetivo maior a descoberta da verdade *processual e constitucionalmente válida*, a partir da qual se possa ou aplicar uma sanção àquele que se comprovou culpado e responsável pela prática de um delito, ou declarar sua inocência quando as evidências não autorizarem o julgamento favorável à pretensão punitiva.

Por meio do processo penal, o Estado, legitimamente, retira da esfera privada e chama para si a solução de um conflito que perturba a paz de uma pessoa, de um grupo social e/ou de toda a coletividade. Ao fazê-lo o Poder Público coloca seu aparato oficial à procura de um resultado que traduza a realização do direito objetivo, o que, saliente-se, nem sempre resulta na pacificação social do litígio, criando-se, ao contrário, um metaconflito, por vezes mais perverso e danoso do que o próprio conflito inspirador do processo. O certo, porém, é que, tanto sob a ótica do jurisdicionado, quanto do público em geral, não convém que parem dúvidas acerca da correção e da justiça do provimento jurisdicional imposto no caso concreto. A justiça dos homens, na sabedoria de Calamandrei, tem necessidade, para realizar sua função clarificadora e pacificadora, ‘não somente ser, mas de parecer justa’¹⁵¹.

A partir dos pontos por nós percorridos até aqui, depreende-se ter a ordem constitucional brasileira permitido a responsabilização criminal direta da pessoa jurídica. Ao mesmo tempo, trouxe como preceitos fundamentais uma série de direitos inerentes às liberdades, que também se aplicam, no que couber, a tais entes. Ocorre que, apesar de tais liberdades estarem em boa medida asseguradas por um direito processual aplicável às pessoas físicas, não se pode dizer o mesmo quanto às pessoas jurídicas.

Com isso, as garantias fundamentais das pessoas jurídicas enfrentam grandes riscos, sobretudo quanto à sua segurança jurídica. Indo além, a partir das lições do economista Douglass North, segundo o qual um sistema jurídico que seja dotado de estabilidade e traga segurança jurídica é essencial para a promoção do desenvolvimento¹⁵²; podemos inferir que a ausência de regras claras para o processo

¹⁵⁰ RÉBOLA, Juan Carlos. El Estado de Sitio y la Ley Histórica del Desborde Institucional, § 11, pp. 68/69. Citado em: BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 23. ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2008. p. 527.

¹⁵¹ CRUZ, Rogério Schietti Machado. Garantias processuais nos recursos criminais. Editora Atlas, 2002.

¹⁵² NORTH, Douglass Cecil. Institutions. v. 5, n. 1, p. 97–112, 1991.

criminal, em que é parte pessoa jurídica, eleva os custos de oportunidade e dificulta o crescimento e a consolidação desses entes fictícios como seres coletivos autônomos, o que, por sua vez, representa um entrave ao desenvolvimento nacional.

De todo modo, na ausência de legislação processual específica, deparamo-nos com as denominadas lacunas do direito. Nesse sentido:

A questão da existência ou não de lacunas no ordenamento é uma questão fascinante, com profundas implicações filosóficas. Os mais refinados autores, daqui e de fora, do nosso século e dos séculos passados, já se debruçaram sobre a questão, com conclusões nem sempre harmônicas. Talvez possamos sintetizar a questão do seguinte modo: estaticamente considerado, o ordenamento jurídico pode ter lacunas (diríamos mais: tem). Se, porém, analisarmos o sistema jurídico não de modo estático, mas dinâmico, veremos que as lacunas desaparecem. Em outras palavras: o próprio sistema jurídico conta com mecanismos e técnicas contra a existência de lacunas, de modo a supri-las¹⁵³.

Ainda, lembrem que “ao magistrado não é dado o direito de se eximir de proferir decisão”¹⁵⁴. Ao magistrado se pressupõe conhecer a lei, pelo que basta sejam narrados os fatos, sendo a aplicação do direito consequência lógica.

Enfim, o vácuo legislativo demanda, não raras vezes, trilhar pela hermenêutica interpretativa, na busca da melhor solução. Claro que essa tarefa precisa ser feita com ponderação e cautela, protegendo-se, na medida possível, a segurança jurídica. E assim tem sido feito pelos Tribunais, que com sabedoria e capacidade ímpar de seus integrantes, cujos debates sobre o tema têm sido substanciosos.

Justamente por essa linha de entendimento, no Recurso Extraordinário nº 548.181/PR¹⁵⁵, de relatoria da Ministra Rosa Weber, por maioria de votos, ficou

¹⁵³ FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. Manual de Direito Civil, Editora JusPODIVM, 4ª. ed, 2019. p. 172.

¹⁵⁴ Idem.

¹⁵⁵ EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. 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. 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 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

decidido pela condenação unicamente da pessoa jurídica, pela prática do crime de poluição, com absolvição de seus diretores. Prevaleceu a clara cisão de personalidades, não se confundindo nesse aspecto as pessoas físicas com a jurídica.

Sobre temática semelhante, mas cujos detalhes suscitam debates de maior dificuldade, decidiu a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no recurso especial nº 1.977.172-PR¹⁵⁶, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas. No caso concreto, uma empresa condenada por crime de poluição foi extinta, na forma dos arts. 1.116 e 1.118 do Código Civil. Isto é, foi extinta por meio da incorporação por outra pessoa jurídica.

Por um lado, o Ministério Público sustentou a manutenção da responsabilidade penal da empresa incorporada, que teria passado a ser da empresa incorporadora.

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. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido.

(STF - RE: 548181 PR, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 06/08/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014)

¹⁵⁶ PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME DE POLUIÇÃO (ART. 54, § 2º, V, DA LEI 9.605/1998). CONDUTA PRATICADA POR SOCIEDADE EMPRESÁRIA POSTERIORMENTE INCORPORADA POR OUTRA. EXTINÇÃO DA INCORPORADA. ART. 1.118 DO CC. PRETENSÃO DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA INCORPORADORA. DESCABIMENTO. PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA DA PENA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 107, I, DO CP. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE MANTIDA. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. A conduta descrita na denúncia foi supostamente praticada pela sociedade empresária AGRÍCOLA JANDELLE S.A., posteriormente incorporada por SEARA ALIMENTOS LTDA. 2. A incorporação gera a extinção da sociedade incorporada, transmitindo-se à incorporadora os direitos e obrigações que cabiam à primeira. Inteligência dos arts. 1.116 e 1.118 do CC, bem como do art. 227 da Lei 6.404/1976. 3. A pretensão punitiva estatal não se enquadra no conceito jurídico-dogmático de obrigação patrimonial transmissível, tampouco se confunde com o direito à reparação civil dos danos causados ao meio ambiente. Logo, não há norma que autorize a transferência da responsabilidade penal à incorporadora. 4. O princípio da intranscendência da pena, previsto no art. 5º, XLV, da CR/1988, tem aplicação às pessoas jurídicas. Afinal, se o direito penal brasileiro optou por permitir a responsabilização criminal dos entes coletivos, mesmo com suas peculiaridades decorrentes da ausência de um corpo biológico, não pode negar-lhes a aplicação de garantias fundamentais utilizando-se dessas mesmas peculiaridades como argumento. 5. Extinta legalmente a pessoa jurídica ré - sem nenhum indício de fraude, como expressamente afirmou o acórdão recorrido -, aplica-se analogicamente o art. 107, I, do CP, com a consequente extinção de sua punibilidade. 6. Este julgamento tratou de situação em que a ação penal foi extinta pouco após o recebimento da denúncia, muito antes da prolação da sentença. Ocorrendo fraude na incorporação (ou, mesmo sem fraude, a realização da incorporação como forma de escapar ao cumprimento de uma pena aplicada em sentença definitiva), haverá evidente distinção em face do precedente ora firmado, com a aplicação de consequência jurídica diversa. É possível pensar, em tais casos, na desconsideração ou ineficácia da incorporação em face do Poder Público, a fim de garantir o cumprimento da pena. 7. Diversamente, a responsabilidade civil pelos danos causados ao meio ambiente ou a terceiros, bem como os efeitos extrapenais de uma sentença condenatória eventualmente já proferida quando realizada a incorporação, são transmissíveis à incorporadora. 8. Recurso especial desprovido. (STJ - REsp: 1977172 PR 2021/0379224-3, Data de Julgamento: 24/08/2022, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 20/09/2022)

Por outro, a Defesa argumentou que a incorporação extingiria a personalidade jurídica, o que seria equivalente à sua morte. Dessa forma, haveria subsunção, por analogia, do fato à norma esculpida no art. 107, I, do Código Penal, que prevê a extinção da punibilidade pela morte do agente.

Diante disso, o relator, Min. Ribeiro Dantas, definiu a controvérsia da seguinte forma:

A controvérsia objeto de julgamento situa-se no campo da responsabilidade penal da pessoa jurídica e pauta-se em duas indagações principais: ocorrendo a operação societária de incorporação de sociedade empresária, é possível imputar à incorporadora a responsabilidade penal por ato praticado pela incorporada? Ou cabe, nesse cenário, aplicar analogicamente o art. 107, I, do CP, para declarar a extinção da punibilidade pelo fim da existência da incorporada, como fez o acórdão recorrido? A tese recursal, proposta pelo Parquet, é a de que tanto o princípio da intranscendência da pena como o art. 107, I, do CP têm incidência restrita às pessoas naturais, únicas capazes de morrer, mormente porque as penas patrimoniais previstas na Lei 9.605/1998 podem ser assumidas pela incorporadora.

Em seu entendimento, que foi adotado pela maioria, a pretensão punitiva do Estado não pode ser considerada como obrigação patrimonial, motivo pelo qual não pode ser transferida de um sujeito passivo para outro. Ademais, a pretensão punitiva estatal não se confunde com a obrigação civil de reparar danos. Dessa forma, concluiu ser necessária a aplicação do princípio da intranscendência da pena, à luz do art. 5º, XLV, da Constituição, que também se aplicaria à pessoa jurídica. Afinal, por meio de uma interpretação isonômica, não poderia o ordenamento jurídico, por um lado, criminalizar condutas de pessoas jurídicas, mas, por outro, negar a elas as mesmas garantias constitucionais aplicáveis às pessoas físicas.

Por sua vez, os Ministros Joel Ilan Paciornik e Rogério Schietti Cruz divergiram, acolhendo a tese do *Parquet*. Para eles, que ressaltam ser necessário debater na doutrina e na jurisprudência sobre “a possibilidade de sucessão da responsabilidade penal da pessoa jurídica”. De acordo com Paciornik, que abriu a divergência, não seria possível equiparar a extinção da pessoa jurídica à morte da pessoa física, porque não haveria identificação entre as suas características essenciais. Por exemplo, a extinção da pessoa jurídica não significa uma necessária cessação de suas atividades e tampouco é irreversível. Assim, na sua visão, a semelhança entre os dois fenômenos seria tênue.

Na mesma linha da divergência, com uma visão pragmática, manifestou-se Schietti:

A meu sentir, é importante ter isso em conta para analisar o presente caso, pois, como bem pontuou o eminente Ministro Joel Paciornik, não há completa

identidade entre a morte de um ser humano, que é imprevisível e definitiva, e a morte de uma pessoa jurídica, que pode ser até planejada. Na verdade, tal morte é fictícia, porque, salvo na hipótese de falência – que não é o caso dos autos –, a pessoa jurídica não deixa efetivamente de existir. Ela deixa de existir somente naquela configuração original, mas, em virtude de mera operação societária, continua a atuar sob um novo formato, com um novo nome e eventualmente com uma nova diretoria. Vale dizer, ela continua a existir como estrutura de prestação de serviços, de fornecimento de bens etc. Não vejo como, necessariamente, exigir-se a presença de fraude para admitir a sucessão da responsabilidade penal da pessoa jurídica e, dessa forma, afastar a pessoalidade da pena. Isso porque é possível que os responsáveis pela empresa decidam, por exemplo, não ser mais viável continuar a atuar no mercado diante da imposição de uma multa elevada ou da suspensão de contratos com o poder público, e, diante dessa avaliação, deliberarem pela incorporação da empresa. Uma vez, portanto, que se permite a incorporação – não obrigatoriamente por fraude –, mas por uma deliberada e até mesmo legítima decisão de realizar a operação societária e, assim, deixar de sustentar uma empresa que sofreu um ônus judicial, tal encargo há de ser assumido conscientemente por quem vai incorporar a sociedade.

O voto-desempate foi elaborado pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, segundo o qual, na medida em que o Direito Penal não tem natureza jurídica de direito ou de obrigação, mas sim consiste na efetivação do *jus puniendi* estatal, é evidente a sua natureza personalíssima e intransmissível. Portanto, se ocorrer “a morte da sociedade que foi incorporada, extingue-se a punibilidade”, que não pode ser transmitida a terceiros. Em suas palavras:

Assim, exceto havendo comprovada fraude, situação em que se há de reconhecer o provável cometimento de tipo penal que precede o crime ambiental, inclusive, a sociedade resultante da operação não pode ser chamada a responder criminalmente ou cumprir pena imposta à sociedade já extinta. Se houve fraude, desconsidera-se a incorporação e mantém-se a incorporada na lide penal. Se não houve fraude, o caminho penal a ser trilhado será sempre o das pessoas físicas, se denunciadas e processadas. Ou ainda, se o caso, aditamento ou nova denúncia contra a Incorporadora, com o devido processo legal. Vale ressaltar, nesse ponto, por oportuno, distinção fundamental no que tange à responsabilidade civil ambiental, não aplicável à espécie. No que concerne a tal aspecto, de modo diverso daquilo que ocorre em relação à responsabilidade penal, necessário reconhecer que, ao estabelecer que a sociedade sobrevivente da operação sucede, em relação aos direitos e obrigações, as sociedades extintas, a obrigação de reparar um dano ambiental preexistente é transmitida à sociedade sobrevivente. Desta forma, no que diz respeito à responsabilidade civil ambiental, a sociedade incorporadora assume integralmente a obrigação de reparar ou indenizar os danos preexistentes causados pela sociedade extinta, sucedendo-a, sob tal aspecto, a título universal. Em suma, no cível, a incorporadora, em qualquer hipótese, permanecerá com as obrigações referentes à reparação do dano ambiental eventualmente constatado. [...] Por fim, pontuo que em trinta anos de magistratura, jamais vi substituição de parte no processo penal. Isto é simplesmente impossível. Agride, *data venia*, a dogmática penal. Não posso conceber a transposição de conceitos do Direito Privado para um ramo jurídico que encontra arcabouço dogmático de índole constitucional e é a *ultima ratio*.

Acompanharam o relator os Ministros Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do

TJDFT), Sebastião Reis Júnior e Reynaldo Soares da Fonseca. Divergiram os Ministros Joel Ilan Paciornik, Antonio Saldanha Palheiro, João Otávio de Noronha e Rogerio Schietti Cruz. Por cinco votos a quatro, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu não ser possível a transmissão da responsabilidade penal da empresa incorporada para a empresa incorporadora.

Em breve divagação, é interessante lembrar que, em épocas passadas, até se admitia o julgamento da pessoa depois de morta. Isso, entretanto, é realidade muito distante nos dias atuais. Não se pode iniciar e nem prosseguir ação penal em relação à pessoa morta, pois o falecimento extingue a punibilidade¹⁵⁷.

A certidão de óbito é o documento apto a comprovar a morte do agente pessoa física. A morte é o fim da sua existência para o mundo jurídico, abrindo-se o processo sucessório para a transmissão dos bens e direitos aos herdeiros.

Da mesma forma, por meio de atos jurídicos e não apenas fatos, a pessoa jurídica tem início e fim. Sua extinção para o mundo jurídico também ocorrerá em algum momento, e esse marco decorre da sua baixa de seu registro perante os órgãos competentes.

Com a baixa do registro, deixa de existir a pessoa jurídica, pelo que, com respeito às visões divergentes, alinhamo-nos ao entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça no recurso especial nº 1.977.172-PR, relatado pelo Ministro Ribeiro Dantas; em que foi mantida a extinção da punibilidade da sociedade incorporada, porque extinta do mundo jurídico. A pena, efetivamente, em obediência ao nosso ordenamento constitucional, não poderia transcender à pessoa da apenada, seja física, seja jurídica.

É bem verdade que a questão da má-fé sempre impõe cautela, mas isso serve tanto para a pessoa natural quanto para a pessoa jurídica. Para a primeira, exige-se o cuidado acerca da autenticidade da certidão de óbito, enquanto, em face da pessoa jurídica, não se pode descartar a possibilidade de manobras fraudulentas praticadas para se escapar da punição.

De todo modo, são cautelas ordinárias a serem adotadas pelo magistrado e pelo *custos iuris* antes de se declarar a extinção da punibilidade. Não é correto o raciocínio que parte da presunção de má-fé e da ocorrência de fraude. Justamente

¹⁵⁷ COSTA JR, Paulo Jose da. Direito Penal Objetivo, 4. ed. Forense: São Paulo, 2006. p. 172.

por isso, é do Ministério Público o exclusivo ônus de provar a fraude, a qual, repita-se, não pode ser presumida.

Relevante questão diz respeito aos efeitos da extinção materialmente falsa da pessoa jurídica, o que equivaleria à juntada de uma certidão de óbito falsa pela pessoa física viva.

Em se tratando de pessoa física, há quem entenda que, uma vez extinta a punibilidade em razão da morte, com base em certidão de óbito falsa ao ser constatada a falsidade, o agente não mais responderia pelo crime originário, mas tão somente pelo crime de falsidade. Com respeito ao entendimento indicado, discordamos, pois parte de uma premissa materialmente inexistente. Isto é, se o que extingue a punibilidade é o fato morte, uma decisão judicial que declara extinta a punibilidade com base em certidão de óbito falsa é ineficaz, porque o fato não ocorreu. Com efeito, constado que o agente está vivo, deve-se declarar a ineficácia da decisão extintiva da punibilidade e o prosseguimento da ação penal.

Guardadas as devidas proporções, o mesmo entendimento deve ser aplicado à pessoa jurídica que, com base ato em extinção falso, obtém decisão de extinção da punibilidade. Em outras palavras, se a pessoa jurídica continuar atuando com o mesmo CNPJ, com a mesma estruturação societária, mas juntar no processo um documento falso segundo o qual teria sido extinta, ainda que haja decisão de extinção, constatada a existência da mesma pessoa jurídica, deve ser declarada a ineficácia de tal decisão, com o prosseguimento da ação.

Por fim, sendo formalmente verdadeira a extinção da pessoa jurídica, com documentos a princípio legítimos, não estaremos diante da hipótese anteriormente abordada. É possível, entretanto, que se discuta a validade do negócio jurídico de extinção da empresa, na medida em que pode haver algum dos vícios dos arts. 166 e 167 do Código Civil, como simulação ou fraude.

Inclusive, o art. 168 do Código Civil prevê expressamente a legitimidade de o Ministério Público arguir tais vícios. Assim, em havendo indícios de fraude no ato de extinção da pessoa jurídica, deve o Ministério Público suscitar uma espécie de incidente no processo penal, em que o juiz decidirá acerca de uma questão prejudicial de natureza fático-probatória: a validade ou invalidade do negócio jurídico de extinção da empresa. Se o Ministério Público comprovar a invalidade do negócio, o juiz anulará quaisquer modificações societárias eivadas em vícios e, sem substituição processual, determinará o regular prosseguimento do processo.

Retomando-se questão já abordada, sobre a pessoa jurídica agir em nome próprio, há uma falta de técnica legislativa que pode gerar confusões. A lei, quando cuida de falar em atos praticados pela pessoa jurídica, refere-se muitas a seus representantes. Isso pode tornar-se ambíguo ao intérprete, levado a pensar que a pessoa física age em nome da pessoa jurídica, o que não é verdade. Não é a pessoa física do gestor que age, mas sim, e sempre, a pessoa jurídica. A propósito, o gestor, ao exercer as suas funções, funciona como um órgão da pessoa jurídica, nos estritos moldes estabelecidos em seu ato constitutivo. Reforça-se, destarte, a existência autônoma da pessoa jurídica.

Avançando sobre a questão da pena criminal, ela possui um elemental caráter personalíssimo. Em hipótese alguma pode ultrapassar a pessoa do condenado. Ela só pode ser experimentada pela pessoa a quem foi imposta. Aliás, é o que preceitua o texto expresse art. 5º, XLV, primeira parte, da Constituição, “nenhuma pena passará da pessoa do condenado [...]”.

Note-se que, neste ponto, o constituinte não faz distinção entre pessoa física e pessoa jurídica. Consequentemente o intérprete, ao aplicar a lei penal, não poderá fazê-lo. A possibilidade constitucional de criminalização da pessoa jurídica deve ser acompanhada de todos os direitos e garantias a ela inerentes.

O legislador constituinte, ao referir-se apenas ao gênero “pessoa”, não deixou qualquer lacuna no direito constitucional. Entendemos tratar-se de “silêncio eloquente”¹⁵⁸. Quisesse distingui-las, quanto a alguma possibilidade de transcendência da pena, deveria tê-lo feito expressamente. A ausência de especificação prevista no próprio texto normativo demanda uma interpretação restritiva. Na dogmática penal, em um português claro, não se admitem “puxadinhos”. Isto é, a pretensão punitiva estatal não pode se valer de analogias de outras áreas do direito como meio para sancionar o agente, pois haveria a configuração de inadmissível analogia *in malam partem*.

Sobre esse aspecto, ainda valendo-nos do debate realizado no bojo do recurso especial nº 1.977.172-PR, o Ministro Ribeiro Dantas, afirma:

O CPP não tratou dessas situações, não prevendo nenhum instrumento similar capaz de permitir a troca do réu de uma ação penal. Nem é possível, no ponto, importar analogicamente as formas de sucessão do processo civil, pensadas para relações patrimoniais bastante diversas da pretensão punitiva

¹⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de direito constitucional. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 86-89.

estatal e não protegidas pelo princípio da intranscendência da pena (art. 5º, XLV, da CR/1988).

Além disso, a segunda parte do art. 5º, XLV, da Constituição, prevê a possibilidade de serem “a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”. Desse modo, a regra e as exceções estão muito bem claras no texto normativo.

Em última análise, a despeito de estar convencionada a tradução desse dispositivo constitucional como “princípio da intranscendência da pena”, o comando “nenhuma pena passará da pessoa do condenado” evidencia uma regra, motivo pelo qual não comporta ponderações. O método hermenêutico-dogmático da ponderação apenas pode ser aplicado entre princípios, em razão de sua abstratividade. Entretanto, as regras são aplicadas por subsunção do fato à norma.

Nesses termos, entendemos que, nos moldes atuais de nosso ordenamento jurídico-constitucional, a extinção da pessoa jurídica, seja pela incorporação, seja por outro motivo, extingue a punibilidade do ente moral. Assim, a sanção penal eventualmente imposta a uma determinada pessoa jurídica não pode ser transferida para quem eventualmente venha a incorporá-la. Dizer que a empresa sucessora é quem deverá cumprir a pena imposta à empresa incorporada viola o princípio da intranscendência da pena ou, mais especificamente, a regra segundo a qual “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”.

Finalmente, em sendo comprovada, pelo Ministério Público, a ocorrência de fraude na extinção da pessoa jurídica, deve o ato jurídico de extinção ser anulado. Com efeito, com a eventual anulação, por fraude, do ato de extinção, manter-se-á no polo passivo da ação penal a pessoa jurídica originária, sem qualquer substituição processual.

O desenvolvimento de nossa sociedade suscita novos debates que antes jamais haviam sido imaginados. Ótimo exemplo reside na controvérsia sobre ser ou não possível a substituição processual, em ação penal, de uma pessoa jurídica por outra, com fundamento em aplicação analógica do processo civil.

Com as devidas vênias aos entendimentos divergentes, entendemos não ser possível, na dogmática penal, essa substituição. A existência da pessoa jurídica, tal qual a pessoa física, guardadas as suas diferenças, tem início (constituição/nascimento) e fim (extinção/morte). Desse modo, se o texto

constitucional não se ocupou de fazer qualquer distinção, a “morte” da pessoa jurídica, por meio de um ato de extinção legítimo, extingue a sua punibilidade. Na medida em que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”, não se pode trocar um réu por outro no processo penal. A Constituição não previu exceção a esse respeito, porque expressou ser a pessoa jurídica ente autônomo e independente, que atua em nome próprio e responde pessoalmente por seus atos. Assim sendo, a possibilidade de criminalização de suas condutas deve, com fundamento na isonomia, ser acompanhada de todos os direitos e garantias fundamentais aplicáveis ao acusado no processo penal.

Enfim, mantido o entendimento acima, compete ao legislador a edição de normas processuais penais específicas para a pessoa jurídica. Isso porque, além de haver grandes diferenças entre as pessoas física e jurídica, a ausência de um direito processual penal coletivo gera, sobretudo, insegurança jurídica, prejudicando, por sua vez, o desenvolvimento de nossa sociedade.

4.8. Considerações finais

Tratamos da responsabilização penal institucional, especialmente diante das limitações do direito penal tradicional ao lidar com crimes praticados por pessoas jurídicas. O direito penal clássico, focado na culpabilidade pessoal e na autonomia individual, apresenta lacunas significativas ao enfrentar a complexidade das estruturas organizacionais das grandes empresas contemporâneas. A ausência de um direito material e processual penal específico agrava a situação, dificultando a individualização da conduta institucional e a aplicação adequada de sanções penais. Assim, surge o desafio central: como responsabilizar penalmente a pessoa jurídica sem violar princípios fundamentais do direito penal, como o da culpabilidade, e ao mesmo tempo assegurar a eficácia do *jus puniendi* estatal?

O problema é relevante porque as grandes corporações desempenham um papel central na economia globalizada e possuem influência significativa na sociedade. Contudo, sua complexidade organizacional e a fragmentação das tomadas de decisão dificultam a responsabilização de práticas criminosas, como nos crimes ambientais, que atualmente são os únicos que podem ser praticados por pessoa jurídica. A impunidade nesses casos pode gerar consequências desastrosas. Além disso, a ausência de uma regulamentação processual específica compromete a segurança jurídica, elevando os custos de conformidade e prejudicando o

desenvolvimento econômico e social. Portanto, resolver essa questão não apenas aprimora o direito penal, mas também fortalece o Estado Democrático de Direito, assegurando um equilíbrio entre o poder punitivo estatal e as garantias fundamentais.

Neste capítulo, analisamos criticamente o conceito de responsabilidade penal institucional e propomos uma abordagem sistemática para a adaptação das teorias de dolo e culpa ao contexto das pessoas jurídicas. Abordamos o surgimento de um novo paradigma, em que a culpabilidade é reinterpretada sob a perspectiva institucional, considerando a estrutura, cultura organizacional e políticas internas das empresas como elementos centrais na apuração da responsabilidade penal. Para tanto, exploramos as seguintes questões: a capacidade da pessoa jurídica de ser destinatária de normas jurídicas e de agir segundo sua vontade institucional; a necessidade de individualização da conduta institucional, distinguindo-a das ações de seus membros individuais; a culpabilidade institucional como pressuposto da sanção penal, exigindo-se a comprovação de falhas organizacionais e de uma "vontade institucional" consciente ou negligente; as causas excludentes e atenuantes de culpabilidade, como a ausência de culpabilidade institucional ou a inexigibilidade de conduta diversa; e o princípio da intranscendência da pena, analisando os limites da responsabilização penal da pessoa jurídica em casos de extinção ou reorganização societária.

Nossa análise revelou que a culpabilidade institucional é um conceito adequado e necessário para responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas sem recorrer à responsabilidade objetiva, vedada pelo direito penal brasileiro. A empresa, como um organismo artificial, pode desenvolver uma "vontade institucional" própria, manifestada em suas políticas internas, governança corporativa e cultura organizacional. Ao identificar falhas sistêmicas ou negligência na estrutura da empresa, é possível atribuir responsabilidade penal à pessoa jurídica, sem a necessidade de individualizar a conduta de pessoas físicas específicas, o que afasta a obrigatoriedade da dupla imputação.

Além disso, identificamos que as causas excludentes de culpabilidade – ausência de elemento anímico *sui generis* e inexigibilidade de conduta diversa – fornecem importantes salvaguardas contra abusos do poder punitivo estatal. Os mecanismos internos de *compliance*, por sua vez, podem atenuar a culpabilidade institucional, demonstrando o compromisso da empresa com a legalidade e a ética.

Por fim, analisamos a intranscendência da pena como um princípio fundamental, concluindo que a extinção da pessoa jurídica, por meio de fusões ou incorporações, extingue a punibilidade, salvo em casos de fraude comprovada. Esse entendimento resguarda as garantias constitucionais aplicáveis ao processo penal e evita interpretações que poderiam violar os limites do *jus puniendi*.

Os achados deste capítulo fornecem uma maior base teórica para enfrentar os desafios contemporâneos da responsabilização penal das pessoas jurídicas. Ao propor o conceito de culpabilidade institucional, reforçamos o compromisso do direito penal com os princípios da legalidade, da culpabilidade e da intranscendência da pena. Essa abordagem evita tanto a impunidade quanto a imposição arbitrária de sanções, garantindo que as empresas sejam penalizadas apenas quando suas estruturas organizacionais tenham falhado de maneira relevante e consciente.

Ademais, nossos argumentos evidenciam a necessidade urgente de um direito material (parte geral) e processual penal específico para a pessoa jurídica. A lacuna legislativa atual compromete a eficácia das normas materiais e gera insegurança jurídica, criando um ambiente propício a abusos ou à ineficácia do sistema de justiça penal. A regulamentação processual clara e adaptada à realidade das organizações empresariais é fundamental para assegurar a efetividade das sanções penais e a proteção dos direitos fundamentais.

Por fim, destaca-se a importância do equilíbrio entre a responsabilização das pessoas jurídicas e a preservação das garantias constitucionais. A responsabilização penal institucional deve ser vista não como uma flexibilização dos limites do direito penal, mas como uma evolução necessária para enfrentar os novos desafios impostos pela globalização e pela complexidade organizacional desses seres artificiais. A culpa institucional é um conceito que, ao mesmo tempo, moderniza o direito penal e reforça suas bases garantistas, assegurando que a punição seja justa, proporcional e fundamentada em elementos claros de responsabilidade.

A análise deste capítulo pode ser aplicada a casos concretos de crimes ambientais, como o despejo irregular de resíduos tóxicos por grandes corporações. Com base no conceito de culpabilidade institucional, seria possível avaliar se a empresa adotou mecanismos de prevenção adequados ou se houve uma falha deliberada ou negligente em suas políticas internas. A partir dessa análise, a responsabilização penal poderia ser atribuída de forma proporcional, diferenciando

casos de falha organizacional sistêmica daqueles em que a conduta ilícita foi praticada por agentes individuais de maneira isolada.

O problema da responsabilização penal das pessoas jurídicas, embora complexo, pode ser enfrentado por meio de uma abordagem que valorize a culpabilidade institucional como requisito indispensável para a aplicação de sanções penais. Ao propor um modelo que respeita os limites do direito penal garantista e se adapta às realidades organizacionais modernas, busca-se contribuir para o desenvolvimento de um sistema jurídico alinhado com os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Pensando além, é importante lembrar que defendemos que o legislador brasileiro possui competência legítima para expandir o âmbito da responsabilização penal das pessoas jurídicas, ultrapassando os limites atualmente delineados pela Constituição Federal, que menciona essa responsabilização aos crimes contra a ordem econômica, a economia popular e o meio ambiente. Para enfrentar de maneira eficaz as novas manifestações da criminalidade empresarial, é fundamental que o ordenamento jurídico tipifique penalmente condutas como corrupção corporativa, delitos cibernéticos, lavagem de capitais e submissão de trabalhadores a condições análogas à escravidão.

Ademais, embora o Direito Administrativo Sancionador desempenhe um papel relevante na responsabilização de pessoas jurídicas em muitos contextos, ele não é suficiente para abarcar todas as formas de ilicitudes cometidas por empresas no cenário contemporâneo. Na maioria dos casos, suas ferramentas – voltadas principalmente para a aplicação de multas e medidas reparatórias – atendem às necessidades do ordenamento. No entanto, tais sanções nem sempre são adequadas quando se trata de violações mais graves a bens jurídicos de grande relevância. Nessas situações, impõe-se a atuação do Direito Penal, cuja função é justamente a de intervir como último recurso (*ultima ratio*), com maior carga de censura e força repressiva.

Dada a estrutura organizacional e a natureza coletiva das pessoas jurídicas, é necessário que o Direito Penal contemple um modelo sancionatório próprio, que respeite a proporcionalidade e seja coerente com essa realidade institucional. Para isso, propõe-se um conjunto mais amplo de sanções penais que não se limite às penas pecuniárias, incluindo medidas como: a reparação integral do dano, a implementação obrigatória de programas de integridade e *compliance* com fiscalização judicial, a

suspensão ou interdição de atividades, e, nos casos de maior gravidade, a intervenção na gestão da empresa, mediante a nomeação de administrador judicial com atribuições semelhantes às previstas na Lei nº 11.101/2005 (Lei de Recuperação e Falência). Essa intervenção, inspirada no regime de recuperação judicial, tem por objetivo preservar a atividade econômica lícita, os empregos e a função social da empresa, permitindo sua reestruturação sob a supervisão do Estado. Contudo, nos casos em que a empresa for irremediavelmente voltada à prática de crimes ou cuja estrutura esteja profundamente deteriorada, admite-se, como medida penal extrema, a sua extinção compulsória – medida análoga à falência, mas com finalidade punitiva.

Complementando essas considerações, e com base nas premissas estabelecidas ao longo deste capítulo, propomos as linhas gerais para um esboço legislativo capaz de conferir efetividade à teoria da responsabilidade penal institucional e à noção de culpabilidade institucional. Em primeiro lugar, é necessária uma reforma da Parte Geral do Código Penal, com a inclusão de novos dispositivos (por exemplo, art. 18-A, CP) que reconheçam a culpabilidade institucional como um terceiro gênero de culpa, ao lado do dolo e da culpa clássica. Essa nova categoria deve abranger as condutas empresariais fundadas em falhas sistêmicas, ausência de estruturas eficazes de controle ou decisões organizacionais conscientemente orientadas à prática ilícita, conferindo segurança jurídica à imputação penal dos entes coletivos. Na Parte Especial do Código Penal, propõe-se a criação de novos tipos penais adaptados à realidade empresarial contemporânea, com previsão de delitos como corrupção corporativa, crimes cibernéticos, lavagem de capitais e redução do trabalhador a situação análoga à escravidão, todos fundamentados em elementos de vontade e risco institucionais. Tais tipos devem ser estruturados para responsabilizar a pessoa jurídica sem exigir necessariamente a identificação de indivíduos específicos, mas com base na análise da cultura organizacional, da política interna e dos fluxos de decisão.

Além disso, propõe-se a criação de um Código de Processo Penal das Pessoas Jurídicas, articulado com a Lei de Improbidade e a Lei Anticorrupção, mas que estabeleça um rito próprio para a persecução penal de entes coletivos, assegurando contraditório, ampla defesa e o devido processo legal, com regras adaptadas às suas peculiaridades estruturais. Esse novo código deverá prever, por exemplo, a representação processual por meio de um “legal officer” com poderes definidos, a possibilidade de perícia institucional para aferição da culpabilidade, e a celebração de

acordos penais institucionais com medidas de reparação, *compliance* e sanção negociada. Importante ainda é o estabelecimento de um sistema de vasos comunicantes (*communicating vessels*) entre as instâncias penal, cível e administrativa, de modo a evitar decisões conflitantes, permitir o compartilhamento de provas relevantes e garantir que o juízo penal sobre a inexistência do fato ou da ilicitude tenha efeitos vinculantes sobre as demais esferas. Essa interligação normativa também deve respeitar o princípio do *ne bis in idem* material, prevenindo a sobreposição arbitrária de sanções por um mesmo fato.

Com esse arcabouço legislativo, o direito penal brasileiro estará mais bem preparado para enfrentar a macrocriminalidade corporativa, preservando suas bases garantistas e adaptando-se à nova realidade institucional das grandes organizações.

CONCLUSÃO

Nesta tese, abordamos a problemática da responsabilização penal das pessoas jurídicas no Direito brasileiro, destacando especialmente a insuficiência das teorias tradicionais, centradas na subjetividade das pessoas físicas, para lidar com a complexidade das condutas ilícitas praticadas por entes coletivos contemporâneos. Nesse contexto, verificamos que a simples transposição dos conceitos penais clássicos às pessoas jurídicas implica uma "expropriação da subjetividade", não atendendo à natureza específica dessas entidades.

Buscamos avançar e inovar com relação às bases teóricas da responsabilidade penal da pessoa jurídica, com a introdução da culpabilidade institucional como uma nova categoria dogmática de culpa, distinta do dolo e da culpa individual tradicional. Sustentamos que a responsabilização penal da pessoa jurídica somente é legítima se fundada em um juízo de reprovabilidade institucional, calcado na análise de sua organização interna, cultura de *compliance*, fluxos decisórios e grau de autorregulação. Nossa tese rejeita, com veemência, qualquer forma de responsabilidade penal objetiva, por violar o princípio da culpabilidade.

A esse respeito, é importante ressaltar que nem toda pessoa jurídica será necessariamente imputável, cabendo verificar, no caso concreto, se há capacidade institucional para autodeterminação e auto-organização, de modo que haja aquilo que chamamos de elemento anímico *sui generis*, ou vontade institucional. Além disso, reconhece-se que as pessoas jurídicas, à semelhança das pessoas naturais, podem atuar amparadas por causas excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, bem como se beneficiar de circunstâncias atenuantes da culpabilidade – como a existência de programas eficazes de integridade, a reparação voluntária do dano ou a cooperação com as autoridades. Assim, a culpabilidade institucional não apenas fundamenta a sanção penal da pessoa jurídica, mas também orienta os critérios de imputação, defesa e dosimetria, reafirmando o compromisso com um modelo penal coerente com os princípios do Estado Democrático de Direito.

Ademais, nossa pesquisa identificou uma evidente necessidade de maior harmonia e integração normativa entre as instâncias administrativa, civil e penal. A fragmentação atual entre esses campos prejudica a efetividade na responsabilização das pessoas jurídicas, gerando insegurança jurídica e risco de punições desproporcionais, motivo pelo qual é necessário legislar no sentido de criar maior organicidade entre as instâncias de responsabilização. Inclusive, caso haja a

imposição de múltiplas sanções nas diferentes instâncias, deve-se criar mecanismos de compensação jurídica parcial entre elas, evitando-se o *bis in idem*.

Enfatizamos que, apesar do papel relevante do Direito Administrativo Sancionador para muitos casos, ele se mostra inadequado para enfrentar a totalidade das condutas ilícitas eventualmente praticadas pelas empresas modernas. É certo que para responder à maioria dos ilícitos, geralmente o Direito Administrativo Sancionador é suficiente, porém, suas sanções priorizam multas e reparação do dano, o que nem sempre é suficiente, sobretudo para violações mais graves a bens jurídicos relevantes. Para que o Estado possa responder aos ilícitos mais graves praticados por pessoa jurídica, a intervenção do Direito Penal, com suas características próprias de gravidade e de *ultima ratio* punitiva, torna-se essencial.

Diante da peculiaridade estrutural e funcional das pessoas jurídicas, o Direito Penal deve prever um regime sancionatório específico, proporcional e compatível com a natureza coletiva desses entes. Assim, propomos um espectro de sanções penais que vá além das tradicionais penas pecuniárias, incluindo medidas como sanções negociadas que envolvam a reparação integral do dano causado, a imposição de obrigações de *compliance* supervisionado, a interdição total ou parcial de atividades e, nos casos mais graves, a intervenção judicial na administração da empresa, por meio da nomeação de um administrador judicial com poderes similares aos previstos na Lei de Falências e Recuperação (Lei nº 11.101/2005). Tal medida, inspirada na lógica da recuperação judicial, visa preservar a função social da empresa, os empregos e a cadeia econômica, permitindo a reestruturação interna com supervisão estatal. Quando, contudo, a manutenção da pessoa jurídica revelar-se absolutamente incompatível com os princípios constitucionais e os bens jurídicos protegidos – como nos casos de empresas criadas especificamente para a prática de ilícitos ou cuja estrutura esteja irremediavelmente corrompida –, admite-se, como hipótese extrema de *ultima ratio puniendi*, a extinção compulsória, em analogia à falência, mas com finalidade penal e caráter sancionador. Essas propostas de sanções penais inovadoras asseguram respostas proporcionais à gravidade da conduta, garantindo, ao mesmo tempo, a efetividade da punição e a racionalidade do sistema penal.

O exame comparado de diversos sistemas jurídicos internacionais evidenciou que muitos países cujas legislações inspiram a brasileira já adotaram mecanismos específicos para a responsabilização penal de pessoas jurídicas. Contudo, restou claro que, mesmo naqueles países, novos avanços são necessários, sobretudo na

construção de categorias dogmáticas próprias, adaptadas à realidade organizacional das corporações contemporâneas.

Destacamos ainda a legitimidade do legislador brasileiro para ampliar a esfera da responsabilização penal das pessoas jurídicas, indo para além das hipóteses expressamente previstas na Constituição Federal, isto é, além da ordem econômica e financeira, da economia popular e do meio ambiente. O enfrentamento eficaz das novas formas de criminalidade empresarial exige que atos como corrupção corporativa, crimes cibernéticos, lavagem de capitais e redução do trabalhador a situação análoga à escravidão possam ser criminalizados tendo a pessoa jurídica como sujeito ativo do tipo penal.

Finalmente, o estudo culmina com algumas propostas de diretrizes legislativas para um novo modelo de responsabilização penal institucional, incluindo uma nova parte geral material, um procedimento penal específico para pessoas jurídicas e critérios de aferição da culpabilidade institucional. Este novo procedimento deve buscar maior organicidade com outras instâncias de responsabilização, bem como assegurar as garantias constitucionais, a segurança jurídica e a proporcionalidade das sanções, com ênfase em critérios objetivos para aferição da culpabilidade institucional, tais como falhas sistêmicas claras, ausência de mecanismos eficazes de compliance e decisões institucionais deliberadas de violação ao ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ALBERTO SILVA FRANCO E RUI STOCCO, Código Penal e sua interpretação, Ed. Revista dos Tribunais, 8ª. ed., 2007.

ALFLEN, Pablo Rodrigo. Direito Ao Desenvolvimento: Desafios Econômicos, Jurídicos e Éticos nos Tempos de Coronavírus (Covid-19). *Prim@Facies*, v. 19, n. 42, p. 123-153, 2 set. 2020.

ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ALFLEN, Pablo Rodrigo. Tipicidade penal e sociedade de risco. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

ARTAZA VARELA, Osvaldo. *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal: fundamentos y límites*. Marcial Pons, 2013.

BADARÓ, Gustavo H. R. I. Vícios de motivação da sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação per relationem. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Número 38, Ano 10, abril-junho de 2002, p.122-141.

BARBOSA, Julianna Nunes Targino. A culpabilidade na responsabilidade penal da pessoa jurídica. 2014. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

BARBOSA, Marcelo Fortes. Culpabilidade. Conceito e evolução. *Revista Direito Mackenzie*, v. 3, n. 2, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

BIDINO, Claudio. Responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil e teoria da dupla imputação necessária: comentários ao Acórdão RE 548.181 do STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 123, p. 383-405, 2016.

BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. Edipro, 2016.

BOBBIO, Norberto; DOS SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite; JÚNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. Teoria do ordenamento jurídico. Editora: UnB, 1999.

BOERINGE, C. H.; MILLERAND, A. La responsabilite penale des personnes morales: une casuistique diverse au sein d'une jurisprudence coherente. 2014.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 23. ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Segurança no 22.155. Relator Min. Celso de Mello, Brasília, 27 de setembro de 1995, DJ 24 nov. 2006.

CARVALHAES, Andréia Schneider Nunes. Decisão judicial e políticas públicas: limites, controle e medidas judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

CIGÜELA SOLA, Javier. *La culpabilidad colectiva en el derecho penal: crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*. Marcial Pons, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos Direitos Humanos. 12ª ed. Formato *kindle*. São Paulo: Saraiva, 2019.

COSTA JR, Paulo Jose da. Direito Penal Objetivo, 4. ed. Forense: São Paulo, 2006.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. Garantias processuais nos recursos criminais. Editora Atlas, 2002.

DA ROCHA, Fernando AN Galvão. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Editora del Rey, 2003.

DA SILVA, Guilherme José Ferreira, Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 15, n. 60, p. 143-155, out.-dez. 2012.

DA SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das normas constitucionais. Editora Revista dos Tribunais, 1982.

DA SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. Revista dos Tribunais, 1984.

DE ALBUQUERQUE MELLO, Sebastián Borges. A evolução do conceito de culpabilidade e a moderna doutrina alemã. 2010.

DE ALBUQUERQUE MELLO, Sebastian Borges. Responsabilidade social como culpabilidade da pessoa jurídica?: a busca de um conceito a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 188, n. 188, 2022.

DE ARAÚJO, Valter Shuenquener. O princípio da interdependência das instâncias punitivas e seus reflexos no Direito Administrativo Sancionador. Revista Jurídica da Presidência, v. 23, n. 131, p. 629-653, 2022.

DE ÁVILA NEGRI, Sergio Marcos Carvalho. As razões da pessoa jurídica e a expropriação da subjetividade. Civilistica. com, v. 5, n. 2, p. 1-18, 2016.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. et al. Derecho penal económico y de la empresa. Dykinson, 2018.

DE LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. Uma reflexão sobre as dificuldades da investigação criminal do crime de lavagem de dinheiro. Revista Justitia, v. 197, p. 23-35, 2007.

DE SOUZA, Claudio Macedo; TEMPONI LEBRE, Eduardo Antonio.
RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA E A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO NA HIPÓTESE DE CRIME EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS ÀS DE ESCRAVOS. Revista CEJ, v. 21, n. 73, 2018.

DIAS, J. Figueiredo. Liberdade culpa direito penal. BIBLIOTECA JURIDICA, 1983.

DINIZ, Maria H. Curso de Direito Civil Brasileiro - Teoria Geral do Direito Civil Vol.1 - 41ª Edição 2024. 41. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. *E-book*. p.IV. ISBN 9788553621439.

DINIZ, Maria Helena. As lacunas no direito. Editora Revista dos Tribunais, 1981.

ECO, Humberto. Como se faz uma tese. Ed. 2000.

EIBE, Manuel José Arias. Apuntes sobre el sistema italiano de las consecuencias del delito: evolución del pensamiento penal moderno y aproximación al Derecho actual. Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR, n. 4, p. 9, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. Manual de Direito Civil, Editora JusPODIVM, 4ª. ed, 2019.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Derecho penal de la empresa e imputación objetiva. 2007.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Teoria da imputação objetiva no direito penal ambiental brasileiro. 2004. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. Acesso em: 21 nov. 2024.

FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, Processo Penal, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. A culpabilidade no Direito Penal: estruturação dogmática das teorias da culpabilidade e os limites ao poder de punir do Estado. Revista Acadêmica–Faculdade de Direito do Recife, Recife, v. 86, n. 1, p. 165-244, 2014.

GALLAS, Wilhelm. "Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen." (1955)

GOMES, Luiz Flávio. Responsabilidade “penal” da pessoa jurídica. 2005.

HUDLER, Daniel Jacomelli; BENACCHIO, Marcelo. O Direito Humano Fundamental ao Desenvolvimento e as Intervenções Estatais do Governo Brasileiro na Atividade Empresarial no século XX. Direito e Desenvolvimento, ISSN: 2236-0859, João Pessoa, v. 11, n. 1, p. 142-156, jan./jun. 2020.

JAKOBS, Günther. Ação e omissão no direito penal. Editora Manole Ltda, 2003.

JARA DÍEZ, Carlos Gómez. ¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas?: Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel. *Política criminal*, v. 5, n. 10, p. 455-475, 2010.

JARA DÍEZ, Carlos Gómez. A Responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à lei 9.605/98. Livraria do Advogado Editora, 2021.

JARA DÍEZ, Carlos Gómez. La culpabilidad penal de la empresa. Marcial Pons, 2005.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Lehrbuch des strafrechts. Duncker und Humblot, 2013.

JR., Miguel R. Fundamentos de Direito Penal. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020.

JÚNIOR, José Cretella; SAMPAIO, Tércio. Introdução ao estudo do direito. Forense, 1984.

KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans; MACHADO, João Baptista. Teoria pura do direito. Saraiva, 1939.

LOPES JÚNIOR, Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MANGAKIS, Georgios Antoniou. Über das Verhältnis von Strafrechtsschuld und Willensfreiheit. de Gruyter, 1963.

MARQUES, José Roberto. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Revista de Direito Ambiental*, n. 22, 2001.

MARQUES, Mara Rubia. DA DOGMÁTICA PENAL FUNCIONALISTA DE GÜNTHER JAKOBS E CLAUS ROXIN NO ÂMBITO DA CULPABILIDADE. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 8, n. 2, p. 426-445, 2013.

MEDINA, Gonzalo. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en Chile. *Estudios Penales y Criminológicos*, v. 43, p. 1-22, 2023.

MELLO JORGE SILVEIRA, Renato. Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime. Belo Horizonte: D'Plácido. 2016

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de direito constitucional. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MENDES, Gilmar; BUONICORE, Bruno Tadeu; DE-LORENZI, Felipe da Costa. Ne bis in idem entre Direito Penal e Administrativo Sancionador: considerações sobre a multiplicidade de sanções e de processos em distintas instâncias. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 192, n. 2022, p. 75-112, 2022.

MICHAELIS. Dicionário da Língua Portuguesa: “conduta”. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/conduta/>>. Acesso em 10.10.2024.

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

NORTH, Douglass Cecil. Institutions. v. 5, n. 1, p. 97–112, 1991.

NUCCI, Guilherme de S. Manual de Direito Penal. Volume Único. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023.

PERIM, Maria Clara Mendonça; LEMGRUBER, Letícia; POZZEBON, Gustavo Roberto Chaim. A utilização dos relatórios de inteligência financeira oriundos do COAF como meio de prova na persecução dos atos de improbidade administrativa de agentes públicos. In: CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 2017.

PRADO, Carolina. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sistema Argentino de Información Jurídica, 2018.

PRADO, Luiz Régis; DE CARVALHO, Érika Mendes. A imputação objetiva no Direito Penal brasileiro. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, v. 3, p. 81-110, 2005.

RADHOUANI, Roua; AJINA, Aymen. Impact of board gender diversity on anti-corruption disclosure: analysis in the context of the Sapin II law in France. *Gender in Management: An International Journal*, 2025.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 27ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013.

RÉBOLA, Juan Carlos. *El Estado de Sitio y la Ley Histórica del Desborde Institucional*, § 11, pp. 68/69. Citado em: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2008.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española. *InDret*, v. 1, 2012.

ROCHA, Fernando Antonio N. Galvão da. A culpabilidade como fundamento da responsabilidade penal. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*, v. 3, p. 387-408.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1985.

ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. ROXIN, Claus; GRECO, Luis (trad.). *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006. v. 1.

SCHOPENHAUER, Arthur. *Über die Freiheit des menschlichen Willens. Die beiden Grundprobleme der Ethik.*, 1839.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 1997.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. (Coleção ciência criminal contemporânea).

SMANIO, Gianpaolo Poggio. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. São Paulo: Complexo, 2004.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Direito penal empresarial: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance. 1. ed. São Paulo: LiberArs, 2021.

SPOSATO, Karyna Batista. Culpa e castigo: modernas teorias da culpabilidade e limites ao poder de punir. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 13, n. 56, p. 33-59, 2005.

STF - RE: 548181 PR, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 06/08/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014.

STF - RE: 548181 PR, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 06/08/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014

STJ – AgRg no RHC n. 148.463/RJ, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, relator para acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 11/10/2022.

STJ - AgRg no RHC: 132900 SC 2020/0209908-2, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 17/08/2021, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/09/2021

STJ - REsp: 1977172 PR 2021/0379224-3, Data de Julgamento: 24/08/2022, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 20/09/2022.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

VAN WEEZEL, Alex. Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Política criminal, v. 5, n. 9, p. 114-142, 2010.

VERMEULE, Adrian. Optimal abuse of power. *Revista de Direito Administrativo*, v. 278, n. 3, p. 15-43, 2019.

VIEIRA, Vânia Lúcia Ribeiro. A atuação do COAF na prevenção à lavagem de dinheiro à luz da Teoria da Regulação Responsiva. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 4, n. 1, p. 263-288, 2018.

WESSELS, Johannes. *Direito Penal, Parte Geral*, trad. Juarez Tavares, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1976.

WESSELS, Johannes; BEULKE, W. *Strafrecht*, AT, 28. Aufl., CF Müller, Heidelberg, 1998.