

CRÍTICA AO MODELO CONSTRUTIVISTA DE CULPABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA

CRITICS ON THE CONSTRUCTIVIST PROPOSAL OF LEGAL PERSON'S GUILT

Paulo César Busato¹
Tracy Joseph Reinaldet²

RESUMO

O presente artigo analisa criticamente a proposta construtivista de fundamentação para a culpabilidade penal de pessoas jurídicas, a partir de seus problemas político-criminais, dogmáticos e práticos, demonstrando a inviabilidade de sua adoção.

Palavras-chave: Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas. Direito Penal. Culpabilidade.

ABSTRACT

This paper examines critically the constructivist proposal of justification to the criminal guilt of legal persons, their problems in the fields of criminal policy, dogmatic and practical, demonstrating the infeasibility of its adoption.

Keywords: Criminal Liability of Legal Person. Criminal Law. Guilty.

¹ Doutor em Problemas atuais do Direito Penal pela Universidad Pablo de Olavide, Sevilha; Professor da graduação, mestrado e doutorado da Universidade Federal do Paraná e da FAE Centro Universitário. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.

² Mestre em Direito Penal pela Universidade de Toulouse e Doutorando em cotutela daquela instituição com a Universidade Federal do Paraná e Advogado.

INTRODUÇÃO

A responsabilidade penal de pessoas jurídicas é talvez um dos temas mais polêmicos e importantes do Direito Penal deste século. O fato de que o modelo analítico de imputação criado no Direito continental europeu tenha sido criado e desenvolvido depois de já assentada a convicção de que as pessoas jurídicas não poderiam sofrer intervenção do controle social penal – uma decisão em favor da burguesia – converte qualquer intento de composição de um modelo de imputação que as inclua, um especial desafio³.

Não obstante, há uma convicção sociológica de que boa parte dos problemas mais graves que a humanidade vem sofrendo nos últimos tempos passa pela atividade de pessoas jurídicas⁴. Daí ser constante na doutrina a discussão sobre alguns temas centrais da dogmática, envolvendo o problema da conduta, do dolo e, especialmente, da culpabilidade das pessoas jurídicas, este último, quiçá, o mais polêmico deles⁵.

Parece ser difícil conceber que um ente moral, despido de discernimento e sem capacidade própria de compreensão do certo e do errado, possa preencher tal elementar do conceito analítico de crime⁶ e se harmonizar com essa pedra angular sobre a qual repousa a dogmática criminal⁷. Quem sabe a dificuldade resida no fato de que o Direito Penal moderno foi criado a partir do e para o ser humano, olvidando por completo a existência da pessoa jurídica⁸. Por conta de tal nascedouro, não causa espanto a desarmonia existente entre os conceitos clássicos do Direito Penal e o ente coletivo criminoso.

³ Sobre a política criminal que orientou a eliminação da responsabilidade penal de pessoas jurídicas, BUSATO, Paulo César. Fundamentos político-criminais para a responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: _____. **Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 99 e ss.

⁴ Basta uma passagem pelo extenso comentário de Beck sobre a globalização dos riscos civilizatórios (BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Trad. de Jorge Navarro, Daniel Jiménez, Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998. p. 42 e ss.), para constatar o envolvimento nestes, majoritariamente, de atividades de pessoas jurídicas. Ademais, comenta-se, hoje em dia, a conversão do Estado em uma estrutura subsidiária ao capital manipulado globalmente pelas pessoas jurídicas. (Assim, em BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais**. Trad. de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2011). Já na década de 1940, autores como Robert Kurz já anunciavam que as empresas iriam a concorrer com o Estado em uma *economia de comando* (KURZ, Robert. **O colapso da modernização**. 6. ed. Trad. de Karen Elsabe Barbosa. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004).

⁵ BAJO FERNANDES, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. **Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Pamplona: Thomson Reuteurs, 2012. p. 155.

⁶ BERNARDINI, Roger. **Droit criminel: L'infraction et la responsabilité**. Bruxelles: Larcier, 2012. v. 2, p. 446.

⁷ KAUFMANN, Artur. *Das Schuldprinzip: eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*. 2. Aufl. Heidelberg: Winter, 1976. p. 7.

⁸ MESTRE, Archille. **Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale**. 1989. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Paris. Paris, 1899.

É claro que o conceito de culpabilidade como juízo normativo de reprovação, em sua construção evolutiva já ultrapassou em muito sua ideia fundante, de livre arbítrio⁹. Por outro lado, a adaptação do conceito à pessoa jurídica compreende um passo a mais. Nesse contexto, o papel da doutrina tem sido o de adaptar o antigo figurino dogmático penal a esse novo ator coletivo. Contudo, nem sempre uma nova indumentária sobrevive à primeira prova. Tal parece ser o caso da concepção de culpabilidade desenvolvida pelo modelo construtivista de autorresponsabilidade da pessoa jurídica (1), isao porque ela pode ser interpretada como uma importação desautorizada do conceito clássico de imprudência para a esfera da culpabilidade do agente delinquente (2).

O objetivo deste artigo será, portanto, apresentar o conceito construtivista de culpabilidade empresarial, apontando, em seguida, o que pensamos serem os problemas advindos de tal concepção.

1 O CONCEITO CONSTRUTIVISTA DE CULPABILIDADE EMPRESARIAL

À partida, necessário se faz apresentar o conceito construtivista de culpabilidade empresarial (1.1), para que então possamos demonstrar as semelhanças existentes entre tal proposta e o conceito clássico de imprudência próprio das primeiras construções analíticas do delito (1.2).

1.1 A OMISSÃO NA ELABORAÇÃO DE UM SISTEMA DE COMPLIANCE COMO FUNDAMENTO DA CULPABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA

O modelo construtivista de autorresponsabilidade da pessoa jurídica, proposto pelo Professor Dr. Carlos Gómez-Jara Díez¹⁰, declaradamente, tem o seu postulado epistemológico ancorado na teoria dos sistemas sociais autopoieticos, concebida pelo filósofo social alemão Niklas Luhmann¹¹. Segundo tal modelo, a pessoa jurídica encerraria em si mesma um sistema

⁹ Sobre o assunto, veja SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. Trad. de Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 616 e ss.; MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 349 e ss.; e VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del sistema penal**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 835 e ss.

¹⁰ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

¹¹ LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2009.

autopoético, que se desenvolve e se reproduz a partir de suas próprias estruturas. Por tais razões, toda e qualquer teoria da culpabilidade do ente moral deveria estar calcada na análise da organização e da cultura autossustentável do ambiente empresarial. Seria a partir dessas duas elementares empresariais (cultura e organização), portanto, que se poderia constatar um juízo de reprovabilidade em desfavor da pessoa jurídica criminosa¹².

Mas qual seria o dado concreto que consubstanciaria esse juízo de reprovabilidade e que, por conseguinte, serviria como fundamento da culpabilidade da pessoa jurídica? Segundo os construtivistas, tratar-se-ia de um defeito na organização ou na estrutura empresarial – o qual só poderia ser evitado mediante a elaboração de um sistema efetivo de *compliance*. Explica-se.

A empresa seria, antes de mais nada, uma estrutura social complexa, voltada para a produção ou para a circulação de bens ou serviços¹³. Para alcançar o fim ao qual se propõe, tal entidade deve organizar-se e possui plena liberdade para tanto¹⁴. Não obstante, tal processo de organização pode ser imperfeito, de modo a ocasionar falhas estruturais na corporação, as quais, por sua vez, podem fomentar a prática delitiva no seio do ente coletivo. Essa estrutura defeituosa, por conseguinte, colocaria a empresa fora da zona de risco permitida pelo Direito Penal e, por tal motivo, o ente coletivo deveria ser sancionado.

A presença de um sistema de *compliance* serviria para identificar e prevenir a ocorrência de tais desvios estruturais e, portanto, em contrapartida, sua ausência conduziria fatalmente ao reconhecimento de culpabilidade.

Em outras palavras, para o modelo construtivista, a culpabilidade da pessoa jurídica estaria fundada na ausência de uma cultura empresarial de respeito ao Direito (“espírito normativo”¹⁵), a qual seria engendrada por uma deformidade na organização do ente coletivo¹⁶.

De modo sumário, o raciocínio seria o seguinte: a empresa possui um defeito em sua estrutura ou em sua organização; este defeito gera um risco não permitido pelo Direito Penal, o qual fomenta a prática de infrações; destarte, a corporação deve ser sancionada. Mas esta é apenas uma parte do raciocínio, pois o modelo construtivista vai além e fundamenta, em última análise, a culpabilidade do ente moral na ausência de um

¹² BAJO FERNANDES; FEIJOO SÁNCHEZ; GÓMEZ-JARA DIEZ, op. cit., p. 163.

¹³ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 2 v.

¹⁴ SCHÜNEMANN, Bernard. **Deutsche Wiedervereinigung: die Rechtseinheit/Arbeitskreis Strafrecht**. Bd 3: Unternehmenskriminalität, Köln, Berlín, Bonn, München: Heymanns, 1996. p. 170.

¹⁵ BAJO FERNANDES; FEIJOO SÁNCHEZ; GÓMEZ-JARA DIEZ, op. cit., p. 168.

¹⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ, op. cit., p. 10.

programa efetivo de *compliance*¹⁷ – vez que a omissão na elaboração de tal programa seria o fator primário, primordial, que originaria a imperfeição estrutural existente no interior da pessoa jurídica.

Segundo o Professor Gómez-Jara Díez, a realização de um programa de *compliance*, por parte da corporação, demonstraria uma cultura empresarial de fidelidade¹⁸ ao Direito Penal e evitaria, assim, o surgimento de defeitos estruturais inerentes à organização do ente coletivo, os quais seriam geradores de riscos não permitidos pelo ordenamento jurídico penal. A elaboração de um sistema *compliance*, portanto, diferenciaria “as pessoas jurídicas cumpridoras da legislação e as que não são”¹⁹; de modo que uma empresa sem o referido programa poderia ser objeto de reprovação por parte do ordenamento jurídico – isto porque a culpabilidade do ente moral estaria consubstanciada na omissão de tal dever de cuidado; na quebra do princípio segundo o qual quem não sabe deve se informar; quem não pode deve se omitir.

Dessa forma, em última análise, o que propõe o modelo construtivista é fundamentar a culpabilidade da pessoa jurídica em um dever de cuidado, ou melhor, em uma omissão para com esse dever cuidado, concretizada na não elaboração de um programa de *compliance*; proposta esta que em muito se assemelha com conceito clássico de imprudência (1.2).

1.2 A CULPABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA COMO DEVER DE CUIDADO?

Em linhas gerais, pode-se definir o tipo injusto imprudente como a violação de um dever de cuidado que gera um risco não permitido pelo Direito Penal²⁰. Nesse contexto, a característica essencial de tal modalidade típica é o desrespeito de uma diligência

¹⁷ O *compliance programs* teve seu surgimento efetivo por intermédio da política financeira/empresarial adotada pelo Banco Central estadunidense em 1913, a qual buscou a formação de um sistema financeiro mais flexível, seguro e estável. Tal programa consiste, basicamente, num estudo realizado por profissionais qualificados que visa organizar a atividade empresarial de acordo com as regras de Direito (MANZI, Vanessa Alessi. **Compliance no Brasil**: consolidação e perspectivas. São Paulo: Editora Saint Paul, 2008).

¹⁸ A construção teórica do conceito construtivista de culpabilidade da pessoa jurídica em muito se assemelha ao raciocínio feito pelo Professor Günther Jakobs para explicar a missão do Direito penal, notadamente quando este afirma que o autor do ato ilícito, no momento da prática criminosa, demonstra uma não fidelidade ao Direito. JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: parte general. Fundamentos e teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 14.

¹⁹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, op. cit., p. 10.

²⁰ Este conceito abrangente é adequado tanto às teorias finalistas clássicas até à sua conversão no conceito de risco não permitido concebido por Roxin. Veja-se, por todos MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, op. cit., p. 284.

necessária ao atuar²¹, concretizado por uma omissão voluntária de cautela por parte do agente²², a qual ocasiona um resultado previsível e lesivo, ou potencialmente lesivo, a um bem jurídico tutelado pela seara criminal. Em outras palavras, o tipo injusto imprudente nada mais é do que uma conduta “descuidada”, que ocasiona um incremento do risco para níveis acima do permitido e que, portanto, deve ser sancionada pelo Direito Penal.

Se buscarmos sobrepor as características gerais do delito de imprudência ao conceito construtivista de culpabilidade veremos que em muito os dois institutos se assemelham. À partida, porque a corrente construtivista deixa claro que o juízo de reprovação emitido pelo ordenamento jurídico em desfavor do ente moral resta ancorado na omissão de um dever de cuidado por parte da corporação²³: sanciona-se a empresa, pois esta se omitiu no momento em que deveria ter realizado um estudo sobre a adequação de sua atividade às normas de Direito e, em especial, de Direito Penal.

De outra forma, mas ainda de acordo com os ensinamentos de tal doutrina, pode-se dizer que toda vez que a pessoa jurídica não tomar os cuidados necessários de informação (omissão), por intermédio de um programa de *compliance* efetivo (dever geral de cuidado) e, em razão disto, realizar um ato ilícito, ela, pessoa jurídica, demonstra não possuir uma cultura empresarial de respeito ao Direito e, portanto, em razão dessa omissão de um dever de cuidado, consubstanciada na não realização de um programa de *compliance* efetivo, ela deverá ser sancionada, pois agiu com culpabilidade.

Nesse contexto, parece inegável afirmar que a reprovação do injusto junto ao ente moral, de acordo com a doutrina capitaneada pelo Professor Gómez-Jara Díez, ocorre a partir de uma omissão de um dever de cuidado por parte da pessoa jurídica – não fazer este que em muito se assemelha com uma das elementares do conceito clássico de imprudência. Aliás, é interessante perceber que o próprio Tiedemman²⁴, doutrinador que primeiro concebeu a ideia de uma culpabilidade empresarial fundada em um defeito de organização da pessoa jurídica, sobretudo no que tange o Direito civil germânico, afirmou estar tal culpabilidade, a qual hoje é revisitada pelo modelo construtivista de autorresponsabilidade da pessoa jurídica, consubstanciada em uma omissão, em um não fazer corporativo inerente ao dever de cuidado que faz parte da atividade empresarial.

²¹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 424. Para um panorama geral sobre os fundamentos doutrinários que ampararam historicamente a evolução do conceito de delito culposo é referencial TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 27-193.

²² KAUFMANN, Arthur. Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht. In: Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70 Geburtstag. Göttingen: Vandenhoeck, 1961. p. 213.

²³ BAJO FERNANDES; FEIJOO SÁNCHEZ; GÓMEZ-JARA DIEZ, op. cit., p. 164.

²⁴ TIEDEMANN, Klaus. Die Bebußung von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, **Neue Juristische Wochenschrift**, 1982, p. 1172.

Mas em tal omissão não se esgotam todas as semelhanças existentes entre a concepção construtivista de culpabilidade e o conceito clássico de imprudência. Em seguida, os dois institutos se assemelham porque o efeito dessa omissão, dessa inobservância do dever geral de cuidado, ocasiona, em ambos os casos (imprudência e culpabilidade construtivista), a mesma consequência: o incremento de um risco não permitido pelo Direito Penal. Risco este que será, na culpabilidade construtivista, materializado através de uma estrutura empresarial defeituosa, a qual acaba sendo responsável por fomentar a prática delitiva no seio da corporação²⁵.

Além disto, em ambos os institutos não encontramos a presença de um elemento volitivo claro e distinto, de modo que a culpabilidade construtivista, a exemplo do delito imprudente²⁶, também se caracteriza pela ausência de um elemento subjetivo próprio. Por conta disto, a concepção de culpabilidade promulgada pelo Professor Gómez-Jara Díez acaba por se revelar, tal qual a infração imprudente, como uma simples estrutura normativa de violação de um dever de cuidado e de criação de um risco não permitido pelo Direito penal, a qual é despida de dados psicológicos inerentes ao autor da infração²⁷.

Por fim, a quarta e última semelhança entre a culpabilidade construtivista e o conceito clássico do tipo de injusto imprudente é a presença de um resultado lesivo, ou potencialmente lesivo, para um bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico penal. Isto porque, para que o ordenamento realize um juízo de reprovação com relação ao ente moral, de acordo com os construtivistas, não basta a existência de um defeito na estrutura da corporação, ocasionado por uma omissão no dever de cuidado empresarial, para além disto, é necessário que tal anomalia tenha engendrado um resultado ilícito de acordo com as normas penais²⁸.

Nesse contexto as similitudes existentes entre o conceito clássico de imprudência e a concepção de culpabilidade da pessoa jurídica sugerida pela doutrina construtivista de autorresponsabilidade do ente moral parecem ser tão expressivas que a proposta do

²⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, op. cit., p. 14.

²⁶ BERNARDINI, op. cit., p. 173.

²⁷ Aliás, é interessante constatar que algumas observações feitas pela dogmática penal a respeito do injusto imprudente se adequam perfeitamente a concepção de culpabilidade construtivista. Por exemplo, da mesma forma que para os delitos imprudentes, podemos dizer que tal concepção, “por não possuir uma descrição adicional subjetiva”, deve ser analisada “mediante a teoria da imputação objetiva”, pois ela se caracteriza pelo “acréscimo do risco para níveis acima dos permitidos”, ou seja, por dados objetivos (ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Civitas, 1997. v. 1, p. 999-1001). Essa semelhança ocasionada pela ausência de elemento anímico em ambos institutos demonstra, uma vez mais, que a culpabilidade construtivista possui um conteúdo mais relacionado a tipicidade do que a culpabilidade propriamente dita.

²⁸ BAJO FERNANDES; FEIJOO SÁNCHEZ; GÓMEZ-JARA DIEZ, op. cit., p. 163-164.

Professor Gómez-Jara Díez pode ser interpretada como um retrocesso na teoria do injusto penal, isto porque ela concretiza, em última análise, uma importação desautorizada e retrógrada do conceito de imprudência para a seara da culpabilidade (2).

2 OS PROBLEMAS DO CONCEITO CONSTRUTIVISTA DE CULPABILIDADE EMPRESARIAL

As vicissitudes do conceito construtivista de culpabilidade empresarial dividem-se em três ordens. Primeiro, a escolha da orientação político criminal que alija o homem do centro de organização da teoria do delito (2.1). Em segundo lugar, as imperfeições teóricas – as quais são engendradas pela semelhança existente entre tal concepção e o conceito clássico de imprudência, remetendo às anacrônicas construções causais naturalistas de sistema de imputação (2.2). Terceiro, os problemas de ordem prática – os quais impossibilitam qualquer tentativa de efetiva aplicação da ideia proposta pelo Professor Gómez-Jara Díez (2.3).

2.1 O ALINHAMENTO TEÓRICO AO FUNCIONALISMO SISTÊMICO

Como bem já referido, o modelo construtivista de culpabilidade penal da pessoa jurídica parte da premissa de que tal culpabilidade é um reflexo disfuncional da estrutura organizacional da empresa.

O atendimento à exigência da realização de um programa de *compliance*, para Gómez-Jara Díez²⁹, seria uma atitude empresarial de fidelidade ao Direito Penal, ou seja, seria a demonstração de obediência à norma, no sentido da autopoiese *luhmanniana*. Deduz-se, pois, que a não obediência a tal disposição inscreveria o modelo de culpabilidade no contexto geral de rompimento da estabilidade da norma como disfuncionalidade penal.

É de todos sabido que o modelo de sistema de imputação ancorado na pretensão de promoção da estabilidade da norma, defendido por Jakobs³⁰ e seus seguidores, justamente ao centralizar a organização do sistema de imputação em torno da norma, relega o ser

²⁹ A construção teórica do conceito construtivista de culpabilidade da pessoa jurídica em muito se assemelha ao raciocínio feito pelo Professor Günther Jakobs para explicar a missão do Direito penal, notadamente quando este afirma que o autor do ato ilícito, no momento da prática criminosa, demonstra uma não fidelidade ao Direito. JAKOBS, op. cit., p. 14.

³⁰ JAKOBS, op. cit., p. 54.

humano a um papel secundário. Aliás, na concepção inicial de Jakobs, os eventuais delitos não eram perpetrados por seres humanos, mas sim por *subsistemas psicofísicos*³¹, cuja atitude é disfuncional para o sistema normativo. Mais recentemente, o próprio Jakobs tem procurado tornar seu discurso mais palatável, criando eufemismos para o desprezo às pessoas enquanto tais, chamando-as de *personas configuradas socialmente*³².

Das múltiplas consequências nocivas desta concepção³³, cujo elenco, porque vastíssimo, não caberia no âmbito deste trabalho, bastaria destacar um: a permissibilidade da construção de um direito penal de duas faces, chamadas por Jakobs de Direito penal do cidadão (*Bürgerstrafrecht*) e Direito penal do inimigo (*Feindstrafrecht*), com dois pesos e duas medidas no que tange a garantias e proteção contra a intervenção punitiva³⁴.

Não é um acaso que Carlos Gómez-Jara Díez³⁵ refira, no que tange à instauração do sistema de *compliance*, entre duas classes de pessoas jurídicas: as que atendem à norma e as que não atendem, reservando a esta última o *status* de “objeto de reprovação por parte do ordenamento jurídico”.

Desconsidera-se, por completo, as pessoas jurídicas de pequeno porte, as pessoas jurídicas de fato e não de direito e todas as vicissitudes que diferenciam as condições estruturais de existências das pessoas jurídicas. Repete-se aqui a mesma fórmula de desprezo que se emprega neste modelo, às diferenças e condicionamentos da pessoa humana. Trata-se, pois, de replicar algo que, sequer para pessoas físicas tem mínima sustentação político criminal.

Se é o caso de partir para uma nova era de evolução do Direito penal, avançando na construção de novos paradigmas para alcançar também as pessoas jurídicas, haveria de se questionar o porquê da escolha de um ponto de partida que já demonstrou sua inconsistência no que tange às próprias pessoas físicas.

Portanto, de entrada, todas as críticas de ordem político criminal relacionadas ao funcionalismo sistêmico podem ser direcionadas ao modelo de culpabilidade construtivista.

³¹ Cf. *Ibid.*, p. 169.

³² Cf. JAKOBS, Günther. Sobre la génesis de la obligación jurídica In: **DOXA - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 23, p. 340, 2000.

³³ Para uma completa crítica ao projeto funcionalista sistêmico veja-se ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal**. Traducción de Carmen Gómez Rivero, María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. especialmente p. 51 e ss.

³⁴ Sobre a concepção de Direito penal do inimigo de Jakobs, veja-se JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Thomson-Civitas, 2003.

³⁵ Cf. GÓMEZ-JARA DÍEZ, op. cit., p. 10.

2.2 AS IMPERFEIÇÕES DE ORDEM TEÓRICA: UMA IMPORTAÇÃO DESAUTORIZADA DO TIPO DE INJUSTO IMPRUDENTE PARA A SEARA CULPABILIDADE

Se virarmos nossos olhos para o pretérito, veremos que o raciocínio empregado pelos promotores do conceito construtivista de culpabilidade empresarial já foi utilizado por antigos pensadores da dogmática penal. Outrora, nos tempos em que culpa (*stricto sensu*) e dolo eram vistos como formas de culpabilidade e não como elementares da tipicidade³⁶ ou da pretensão de ilicitude³⁷, vários juristas, a exemplo dos construtivistas, também enxergavam a violação de um dever geral de cuidado como uma das modalidades de culpabilidade.

Ao final do século XIX, quando ainda estavam em voga os modelos causais-naturalistas de imputação³⁸, era comum afirmar que a culpa, como modelo de injusto imprudente, integrava não a tipicidade da teoria do delito, mas sim a culpabilidade, revelando-se a imprudência, por conseguinte, como “uma forma de culpabilidade”, a qual se configuraria com “a produção de um resultado contrário ao direito”³⁹. Assim sendo, e diante de tal panorama, pode-se dizer que juristas do século passado, tais como Liszt⁴⁰ e Radbruch⁴¹, da mesma forma que os construtivistas de nosso século, já preconizavam que a culpabilidade do agente criminoso poderia ser consubstanciada na omissão de um dever geral de cuidado, vez que este não fazer seria responsável por gerar um risco não permitido pelo Direito Penal.

Pois bem, essa semelhança existente entre os raciocínios causal-naturalista e construtivista, permite afirmarmos que o conceito de culpabilidade proposto pelo Professor Gómez-Jara Díez nada mais faz do que uma releitura de uma teoria que já foi abandonada pela dogmática penal há muitos anos. E isto porque, em última análise, ele busca importar para a culpabilidade o conceito clássico de imprudência, ou seja: ele transforma uma das elementares da tipicidade (imprudência) em uma modalidade de culpabilidade – e o faz da mesma maneira que os causalistas do século passado.

³⁶ ROXIN, op. cit., p. 794.

³⁷ Assim, por exemplo, em VIVES ANTÓN, op. cit., p. 492. No Brasil, é a perspectiva adotada em BUSATO, op. cit., p. 296 e ss.

³⁸ BUSATO, op. cit., p. 219.

³⁹ LISZT, Franz von. **Tratado de derecho penal**. Madrid: Reus, 1999. v. 3, p. 125.

⁴⁰ LISZT, Franz von. **Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze**. Berlin: J. Guttentag Verlagsbuchhandlung G.m.b.H., 1905.

⁴¹ RADBRUCH, Gustav. **Über den Schuldbegriff**. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 24, n. 1, Jan. 1904, p. 333.

Nesse contexto, parece inevitável concluir que a concepção de culpabilidade empresarial proposta pelos construtivistas acaba por realizar um verdadeiro retrocesso no que tange a teoria do delito. Isto porque, se situarmos a questão da culpabilidade da pessoa jurídica na violação de um dever de cuidado objetivo, como o quer o Professor Gómez-Jara Díez, voltaremos a fazer com que a imprudência (*culpa stricto sensu*) seja uma mera forma de culpabilidade (neste caso, a culpabilidade da pessoa jurídica), promovendo com isto uma clara involução na teoria do delito – a qual compromete um dos maiores ganhos já obtido pela dogmática jurídico penal ao longo de sua história: a separação entre injusto e culpabilidade⁴².

Portanto, adotar o conceito construtivista de culpabilidade empresarial significa, de modo sumário, realizar um compromisso com o retrocesso da Teoria do Delito, pois estar-se-ia importando para a culpabilidade um conteúdo que é a toda evidência inerente ao injusto, ao tipo penal (*culpa stricto sensu*). Aliás, não é sem razão que a ideia central do conceito construtivista, qual seja: a existência de um defeito na organização ou na estrutura da empresa é trabalhada por outros ordenamentos jurídicos, como o francês, por exemplo, na tipicidade delitiva, e não na culpabilidade do ente moral criminoso⁴³. Além disto, mesmo os francopensadores que fizeram uso da noção de defeito na estrutura empresarial fora da tipicidade delitiva, o fizeram com o intuito de fundamentar um juízo de periculosidade do ente moral⁴⁴, mas jamais de reprovabilidade, como o querem os construtivistas.

Por tais razões, não parece acertada a ideia de fundamentar a culpabilidade do ente moral em um juízo de reprovação que possui por objeto uma omissão de um dever de cuidado (não realização de um programa de *compliance* efetivo), a qual ocasiona um risco não permitido pelo Direito Penal (estrutura empresarial defeituosa, que fomenta a prática delitiva). E isto por uma razão simples: tal fundamentação implicaria, conforme já dito, em uma involução da teoria do delito, retrocesso que faria com que a dogmática penal, ao menos no que tange a pessoa jurídica, voltasse a ser pensada da mesma forma que o era pelos causalistas do século XIX.

Mas aí não se encerram todos os problemas relativos ao conceito construtivista de culpabilidade, pois tal concepção também acarreta problemas de ordem prática (2.3).

⁴² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

⁴³ PLANQUE, Jean-Claude. **La détermination de la personne morale pénalement responsable**. Paris: l'Harmattan, 2003. p. 286.

⁴⁴ ROBERT, Jacques-Henri. La responsabilité pénale des personnes morales. **Droit penal**, Paris, v. 12, n. 12, p. 20-27, déc. 2000.

2.3 AS IMPERFEIÇÕES DE ORDEM PRÁTICA DO CONCEITO CONSTRUTIVISTA DE CULPABILIDADE EMPRESARIAL

Ainda que aceita a perigosa concepção político criminal que a ampara e superadas as imperfeições teóricas presentes no conceito construtivista de culpabilidade, subsistiriam problemas práticos, os quais relativizam em muito a possibilidade de aplicação da concepção proposta pelo Professor Gómez-Jara Díez. Vejamos três deles.

O primeiro versa sobre a pessoa que avaliaria a existência, ou inexistência, de um defeito na organização empresarial. Soa temerário acreditar que um jurista, sem qualquer formação administrativa, gerencial ou econômica, possa realizar um juízo de valor sobre a estrutura empresarial, para, em seguida, verificar sua idoneidade ou inidoneidade, detectando falhas ou imperfeições inerentes a tal estrutura⁴⁵. Realizar uma tal avaliação exige não só conhecimentos técnicos específicos, mas também a compreensão de um organismo que muitas vezes, sobretudo quando estamos a falar de grandes empresas, é demasiadamente complexo para aqueles que não estão familiarizados com o mundo corporativo e, às vezes, mesmo para estes⁴⁶.

Diante de tal exigência parece bastante contestável que um profissional do Direito, notadamente um magistrado criminal, sem conhecimentos técnicos específicos, profira um juízo de valor, positivo ou negativo, sobre a idoneidade da estrutura ou da organização do ente moral que é processado perante ele. Entrementes, essa é a exigência prática proposta pelo conceito construtivista de culpabilidade, vez que somente após a realização de tal juízo de valor é que o órgão julgador poderá dizer se o ente moral agiu ou não com culpabilidade⁴⁷.

Em segundo lugar, outro problema presente na concepção construtivista de culpabilidade empresarial diz respeito ao conteúdo da palavra *efetivo*. Conforme visto alhures, somente a realização de um programa de *compliance* não é suficiente para afastar a reprovabilidade da contuda ilícita perpetrada pelo ente moral, para além disto é necessário que tal programa seja efetivo. E é nesta palavra que reside toda a incerteza prática da concepção construtivista: até quando o programa de *compliance* realizado pelo ente moral é efetivo e a partir de quando ele deixa de ser? Quem irá analisar tal efetividade? Novamente um profissional do Direito sem qualificação técnica para tanto?

⁴⁵ Sobre as desastrosas consequências práticas de tal situação, vide: MORVAN, Patrick. La personne morale maltraitée par le droit pénal. In: UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS. École Doctorale de Droit Privé. **Code pénal et Code d'instruction criminelle**: livre du bicentenaire, Paris: Dalloz, 2010.

⁴⁶ 44 VON KROGH, Georg et al An essay on corporate epistemology. **Strategic Management Journal**, Chichester, v. 15, Special issue, p. 53-71, Summer, 1994.

⁴⁷ GÓMEZ-JARA DÍEZ, op. cit., p. 13.

Mas, ainda que este panorama de incertezas seja resolvido e consigamos, de modo lógico e objetivo, auferir a inaptidão do programa de *compliance*, ainda assim, parece injusto que o juízo de reprovabilidade realizado pelo ordenamento jurídico penal recaia sobre o ente moral, vez que a efetividade ou não do *compliance* não parece depender da pessoa jurídica criminosa, mas sim dos profissionais que realizaram tal estudo⁴⁸, pois são eles que garantirão a idoneidade do programa. Imagine-se, para ilustrar, o caso de uma empresa X que contrata um programa de *compliance* e o aplica em suas atividades. Entrementes, mesmo assim, ela acaba cometendo um ilícito contra o meio ambiente, o qual é ocasionado por uma falha estrutural que não foi constatada e sanada no referido estudo. Seria justo reprová-la a conduta do ente coletivo face a tal situação? Quer nos parecer que não, isto porque o responsável por esta não efetividade do *compliance* não foi a pessoa jurídica em si, mas sim o *expert* que foi contratado por esta para realizar tal estudo – contudo, a corrente construtivista propõe justamente o contrário. Daí que, mesmo focada a culpabilidade a partir de uma violação de dever de cuidado, no caso, a responsabilidade derivaria da violação de dever de cuidado alheia, logo, da culpabilidade de terceiro, violando quiçá o princípio primordial da culpabilidade que é a responsabilidade individual e a vedação de responsabilidade pelo fato de outrem⁴⁹.

Em terceiro lugar, tal concepção de culpabilidade aparenta fornecer um subterfúgio para que o ente moral evite sua responsabilidade penal. Explica-se. Se a realização de um programa de *compliance* afasta qualquer possibilidade de se proferir um juízo de reprovabilidade em desfavor da conduta criminosa da pessoa jurídica, logo, nada impede que o ente moral realize tal programa para, justamente, cometer ilícitos e elidir qualquer sanção penal. Ora, se toda empresa, de acordo com a lógica defendida pelo Professor Gómez-Jara Díez, que realiza um programa de *compliance* efetivo não é culpável por sua conduta ilícita, por que não poderiam as corporações, conhecedoras de tal lógica, realizar tais programas para, justamente, ganharem uma imunidade penal?

Por tal razão, parece arriscado utilizar como fundamento da culpabilidade empresarial algo que pode, ao mesmo tempo, servir como instrumento para se contornar a responsabilidade penal da pessoa jurídica⁵⁰.

⁴⁸ Não se olvida que a aplicação do programa de *compliance* depende da pessoa jurídica, no entanto, a qualidade técnica de tal programa depende dos profissionais que realizaram o estudo e não do ente moral.

⁴⁹ Para mais detalhes sobre as principais consequências da adoção de um princípio de culpabilidade, veja-se BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 199 e ss.

⁵⁰ Com um raciocínio análogo, mas sobre outro instituto inerente a responsabilidade penal da pessoa jurídica, vide: SEGONDS, Marc. Frauder l'article 121-2 du Code pénal. **Revue Droit Pénal**, étude 18, p. 19, 2009.

Portanto, em razão de seus problemas teóricos e práticos, o conceito construtivista de culpabilidade empresarial não parece ser a melhor teoria para explicar e fundamentar o juízo de reprovabilidade que o ordenamento jurídico penal pode proferir em desfavor do ente moral. Isto porque ele demanda a adoção de um modelo de imputação de questionável perfil político-criminal, representa uma clarividente involução para a teoria do delito, ao menos no que tange a pessoa jurídica, e além disso, carrega em seu seio incertezas e inseguranças que tornam impossível sua utilização na *praxis* forense. Tal constatação, por conseguinte, nos leva a alguns breves comentários conclusivos.

BREVES CONSIDERAÇÕES FINAIS

Realizar a adaptação da dogmática penal ao ente moral não é uma tarefa simples. Isto porque não se trata de se conceber uma nova teoria da infração completamente desconectada dos princípios basilares da seara criminal, tais como o da responsabilidade penal subjetiva e o da responsabilidade penal pessoal⁵¹; mas se trata, precisamente, de concretizar a adaptação de uma ciência jurídica que foi confeccionada a partir do e para o ser humano a uma pessoa que, justamente, não é humana. E é aí que residem todos os percalços da tarefa.

Nesse contexto, é normal que teorias sejam criadas e que, tempos mais tarde, percebamos suas falhas e imperfeições para explicar os contornos e os mecanismos dessa “nova”⁵² responsabilidade penal, tal parece ser o caso do conceito construtivista de culpabilidade empresarial. Entrementes, as dificuldades encontradas não podem desanimar os juristas. Afinal, parodiando os comentários de célebre inventor estadunidense, por ora podemos não saber como deve ser apercebida a culpabilidade da pessoa jurídica, no entanto, já conseguimos antever de que modo ela não pode ser concebida⁵³.

⁵¹ PIN, Xavier. **Droit pénal général**. Paris: Dalloz, 2012. p. 19-23.

⁵² LAINGUI, André. Sur quelques sujets non-humains des anciens droit pénaux. In: INSTITUT DE CRIMINOLOGIE ET DROIT PÉNAL (Paris) (Org.). **La personne juridique dans la philosophie du droit pénal**, Paris: Panthéon-Assas, 2003.

⁵³ STROSS, Randall. **Thomas Edison, o feiticeiro de Menlo Park**. São Paulo: Novo Século, 2013.

REFERÊNCIAS

- BAJO FERNANDES, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. **Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Pamplona: Thomson Reuters, 2012.
- BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2011.
- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Barcelona: Paidós, 1998.
- BERNARDINI, Roger. **Droit criminel: l'infraction et la responsabilité**. Bruxelles: Larcier, 2012. v. 2.
- BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2014.
- _____. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- _____. Fundamentos político-criminais para a responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: _____ **Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general: fundamentos e teoría de la imputación**. Madrid: M. Pons, 1997.
- _____. Sobre la génesis de la obligación jurídica In: **DOXA – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 23, p. 340, 2000.
- JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Thomson-Civitas, 2003.
- KAUFMANN, Arthur. Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht. In: **Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70 Geburtstag**. Göttingen: Vandenhoeck, 1961.
- _____. **Das Schuldprinzip: eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung**. 2. Aufl. Heidelberg: Winter, 1976.
- KROGH, Georg et al. An essay on corporate epistemology. **Strategic Management Journal**, Chichester, v. 15, Special issue p. 53-71, Summer, 1994.
- KURZ, Robert. **O colapso da modernização**. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004.
- LAINGUI, André. Sur quelques sujets non-humains des anciens droit pénaux. In: INSTITUT DE CRIMINOLOGIE ET DROIT PÉNAL (Paris) (Org). **La personne juridique dans la philosophie du droit pénal**, Paris: Panthéon-Assas, 2003.
- LISZT, Franz von. **Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze**. Berlin: J. Guttentag Verlagsbuchhandlung G.m.b.H., 1905.
- _____. **Tratado de derecho penal**. Madrid: Reus, 1999.
- LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2009.
- MANZI, Vanessa Alessi. **Compliance no Brasil: consolidação e perspectivas**. São Paulo: Saint Paul, 2008.
- MESTRE, Archille. **Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale**. 1989. Tese (Curso de Direito) – Universidade de Paris, Paris. 1899.

- MORVAN, Patrick. La personne morale maltraitée par le droit pénal. In: UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS. École Doctorale de Droit Privé. **Code pénal et Code d'instruction criminelle**; livre du bicentenaire, Paris: Dalloz, 2010.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- PIN, Xavier. **Droit pénal général**. Paris: Dalloz, 2012.
- PLANQUE, Jean-Claude. **La détermination de la personne morale pénalement responsable**. Paris: l'Harmattan, 2003.
- RADBRUCH, Gustav. **Über den Schuldbegriff**. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 24, n. 1, Jan. p. 333-348, 1904.
- REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 2 v.
- ROBERT, Jacques-Henri. La responsabilité pénale des personne morales. **Droit penal**, Paris, v. 12, n. 12, p. 20-27, déc. 2000.
- ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general Madrid: Civitas, 1997. v. 1.
- _____. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- SCHÜNEMANN, Bernard. **Deutsche Wiedervereinigung**: die Rechtseinheit/Arbeitskreis Strafrecht. Bd 3: Unternehmenskriminalität, Köln, Berlin, Bonn, München: Heymanns, 1996.
- SEGONDS, Marc. Frauder l'article 121-2 du Code pénal. **Revue Droit Pénal**, étude 18, p. 19-23, 2009.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao direito penal Contemporâneo**. Tradução de Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- STROSS, Randall. **Thomas Edison, o feiticeiro de Menlo Park**. São Paulo: Novo Século, 2013.
- TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- TIEDEMANN, Klaus. Die "Bebußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität. **Neue Juristische Wochenschrift**, 1982.
- VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del sistema penal**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.