

| Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais | nº 14 - setembro/dezembro de 2013 | ISSN 2175-5280 |

Expediente | Apresentação | Entrevista | Alexis Couto de Brito e Danilo Ticami entrevistam Jacy de Souza Mendonça | Artigos | Mensagens ao léu dos ventos | Alberto Silva Franco | A tutela (não) penal dos delitos por acumulação | Ana Carolina Carlos de Oliveira | Tecnologias da informação e comunicação, comércio eletrônico, preços de transferência e fraude fiscal | Juan Carlos Ferré Olivé | Traduzido por Flora Sartorelli V. de Souza | Fundamento da responsabilidade em comissão por omissão dos diretores de empresas | Eduardo Demetrio Crespo | Traduzido por Adriano Galvão | *Societas/universitas delinquere ed puniri potest: a experiência holandesa como modelo para a Espanha?* | John. A. E. Vervaele | Traduzido por Fauzi Hassan Choukr | História | Delineamentos sobre o crime de assédio sexual | Bruno Salles Pereira Ribeiro | Resenha de filme | O Crime do Século | Fernanda Vilardi Caporalini | Resenha de livro | El Nuevo Sistema del Derecho Penal - Una Introducción a la Doctrina de la Acción Finalista, de Hans Welzel | Isabele Cristina Hadama Raymundo

Expediente

Publicação do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da gestão 2013/2014

Presidente:

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Assessor da Presidência: Rafael Lira

1ª Vice-Presidente: Helena Lobo da Costa

Suplente: Átila Pimenta Coelho Machado

2º Vice-Presidente: Cristiano Avila Maronna

Suplente: Cecília de Souza Santos

1ª Secretária: Heloisa Estellita

Suplente: Leopoldo Stefano G. L. Louveira

2º Secretário: Pedro Luiz Bueno de Andrade

Suplente: Fernando da Nobrega Cunha

1º Tesoureiro: Fábio Tofic Simantob

Suplente: Danyelle da Silva Galvão

2º Tesoureiro: Andre Pires de Andrade Kehdi

Suplente: Renato Stanziola Vieira

Diretora Nacional das Coordenadorias

Regionais e Estaduais: Eleonora Rangel Nacif

Suplente: Matheus Silveira Pupo

Conselho Consultivo

Ana Lúcia Menezes Vieira

Ana Sofia Schmidt de Oliveira

Diogo Rudge Malan

Gustavo Henrique Righi Ivahy

Badaró

Marta Saad

Ouvidor

Paulo Sérgio de Oliveira

Colégio de Antigos Presidentes e Diretores

Presidente: Marta Saad

Membros:

Alberto Silva Franco

Alberto Zacharias Toron

Carlos Vico Mañas

Luiz Flávio Gomes

Marco Antonio R. Nahum

Maurício Zanoide de Moraes

Roberto Podval

Sérgio Mazina Martins

Sérgio Salomão Shecaira

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

Biblioteca: Ana Elisa Liberatore S. Bechara

Boletim: Rogério Fernando Taffarello

Comunicação e Marketing: Cristiano Avila Maronna

Convênios: José Carlos Abissamra Filho

Cursos: Paula Lima Hyppolito Oliveira

Estudos e Projetos Legislativos: Leandro Sarcedo

Iniciação Científica: Ana Carolina Carlos de Oliveira

Mesas de Estudos e Debates: Andrea Cristina D'Angelo

Monografias: Fernanda Regina Vilares

Núcleo de Pesquisas: Bruna Angotti

Relações Internacionais: Marina Pinhão Coelho Araújo

Revista Brasileira de Ciências Criminais: Heloisa Estellita

Revista Liberdades: Alexis Couto de Brito

Tribuna Virtual IBCCRIM: Bruno Salles Pereira Ribeiro

Presidentes dos Grupos de Trabalho

Amicus Curiae: Thiago Bottino

Código Penal: Renato de Mello Jorge Silveira

Cooperação Jurídica Internacional: Antenor Madruga

Direito Penal Econômico: Pierpaolo Cruz Bottini

Estudo sobre o Habeas Corpus: Pedro Luiz Bueno de Andrade

Justiça e Segurança: Alessandra Teixeira

Política Nacional de Drogas: Sérgio Salomão Shecaira

Sistema Prisional: Fernanda Emy Matsuda

Presidentes das Comissões Organizadoras

17º Concurso de Monografias de Ciências Criminais: Fernanda Regina Vilares

19º Seminário Internacional: Carlos Alberto Pires Mendes

Comissão Especial IBCCRIM – Coimbra

Presidente:

Ana Lúcia Menezes Vieira

Secretário-geral

Rafael Lira

Coordenador-chefe da Revista Liberdades

Alexis Couto de Brito

Coordenadores-adjuntos:

Fábio Lobosco

Humberto Barrionuevo Fabretti

João Paulo Orsini Martinelli

Conselho Editorial:

Alexis Couto de Brito

Cleunice Valentim Bastos Pitombo

Daniel Pacheco Pontes

Fábio Lobosco

Giovani Agostini Saavedra

Humberto Barrionuevo Fabretti

José Danilo Tavares Lobato

João Paulo Orsini Martinelli

João Paulo Sangion

Luciano Anderson de Souza

Colaboradores da edição:

Carolline Cippiciani

Glauter Del Nero

Milene Maurício

revista
Liberdades

Projeto gráfico e diagramação:

Lili Lungarezi

Expediente	2
Apresentação	6
Entrevista	
Alexis Couto de Brito e Danilo Ticami entrevistam Jacy de Souza Mendonça	9
Artigos	
Mensagens ao léu dos ventos	14
Alberto Silva Franco	
A tutela (não) penal dos delitos por acumulação	25
Ana Carolina Carlos de Oliveira	
Tecnologias da informação e comunicação, comércio eletrônico, preços de transferência e fraude fiscal	50
Juan Carlos Ferré Olivé	
Traduzido por Flora Sartorelli V. de Souza	
Fundamento da responsabilidade em comissão por omissão dos diretores de empresas	61
Eduardo Demetrio Crespo	
Traduzido por Adriano Galvão	
<i>Societas/universitas delinquere ed puniri potest: a experiência holandesa como modelo para a Espanha?</i>	93
John. A. E. Vervaele	
Traduzido por Fauzi Hassan Choukr	

História

Delineamentos sobre o crime de assédio sexual 131

Bruno Salles Pereira Ribeiro

Resenha de filme

O Crime do Século 161

Fernanda Vilardi Caporalini

Resenha de livro

El Nuevo Sistema del Derecho Penal - Una Introducción a la Doctrina de la Acción Finalista,
de Hans Welzel 174

Isabele Cristina Hadama Raymundo

Apresentação

Ao iniciarmos a preparação deste número da *Revista Liberdades*, não sabíamos que coincidentemente teríamos uma edição tão especial. Os quatro artigos que o leitor terá em mãos abordam aspectos extremamente atuais sobre crimes econômicos, desde a construção dogmática de tipos penais até os critérios de imputação de autoria da pessoa moral e física. Mas não é somente nos textos técnicos que contamos com dedicação especial.

Temos o privilégio de publicar a conferência de abertura do 19º Seminário Internacional do Instituto, proferida pelo Doutor [Alberto Silva Franco](#). Com a insuperável clareza e lucidez que lhe é peculiar, nossa *pedra fundamental* aborda quatro assuntos que se interconectam em uma carta aberta à razão. Comenta sobre a crise financeira mundial que assola as economias mais frágeis, em uma análise cuidadosa e transparente; sobre o importante papel das redes sociais e sua necessária utilização para a reforma positiva dos meios de comunicação instantâneos; a cultura do medo no melhor estilo Frank Furedi e do prejuízo que causa a qualquer política desavisada e à democracia; e, por fim, sobre a importância de se preparar a transição entre as gerações que edificaram e ainda edificam o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Um discurso – não em termos políticos, mas sim gnosiológico – que será lembrado por muitas futuras gerações, veiculado rápida e penetrantemente pela rede de computadores, e utilizado sem medo para os que se propuserem a se postar não só contra as desigualdades econômicas e seccionais da sociedade, mas contra todo e qualquer Direito Penal irracional.

Os trabalhos científicos são produções de notável qualidade.

O primeiro artigo produzido por [Ana Carolina Carlos de Oliveira](#) renova a discussão sobre os delitos cumulativos ou por acumulação, teoria iniciada por Lothar Kuhlen e que ainda possui certa ressonância entre autores nacionais e estrangeiros. O trabalho, de forma sólida e coerente, aborda os fundamentos morais, jurídicos e administrativos do injusto formado por comportamentos isolados que não teriam capacidade ou legitimidade para o Direito Penal, chegando a uma conclusão racional.

O professor catedrático de Huelva e participante da 19ª edição do Seminário Internacional do Instituto, [Juan Carlos Ferré Olivé](#), trata de um assunto muito pouco explorado em nossa doutrina, sobre as implicações do fluxo e comércio eletrônico no Direito Penal tributário. São feitas importantes considerações sobre o marco penal, as garantias que devem ser mantidas mesmo neste espaço

tecnológico e principalmente quais as repercussões sobre o fato gerador e sua sonegação fraudulenta, característica essencial dos delitos tributários.

Também da Espanha recebemos o artigo do professor catedrático de Toledo, [Eduardo Demetrio Crespo](#). Já bem conhecido entre os brasileiros por sua invejável capacidade de pesquisa e fundamentação, brinda-nos mais uma vez com um estudo robusto sobre a responsabilidade omissiva dos diretores de empresa, e da natureza do dever de garantidor que pode levar o diretor à imputação de uma conduta típica. O autor trabalha com todas as teorias sobre a derivação da responsabilidade e apresenta suas conclusões sobre qual o modelo mais eficiente.

O último texto foi produzido por [John Vervaele](#), que aborda a responsabilidade da pessoa jurídica na Holanda e traça um paralelo com a recente inclusão do mesmo instituto no Direito Penal espanhol, não sem antes oferecer uma rica evolução histórica sobre o tema. Como não poderia deixar de ser, o autor também aborda a responsabilidade dos diretores e apresenta importantes conclusões sobre um modelo ideal.

Como o dito, uma edição “econômica” especial.

Completando o volume e mantendo o alto nível editorial, [Bruno Salles Pereira Ribeiro](#) nos brinda com um estudo histórico sobre o assédio sexual e sua configuração como um delito, ultrapassando os limites da informação e avançando acerca de um tratamento teórico sobre o tema. Mais do que história, o artigo oferece uma reflexão lúcida sobre vários aspectos dogmáticos.

Entre as resenhas, duas excelentes contribuições. [Fernanda Vilardi Caporalini](#) apresenta de forma poética sua compreensão do filme “O crime do século”, e [Isabele Cristina Hadama Raymundo](#) descreve o sempre atual e consagrado livro de Welzel sobre sua teoria finalista da ação.

Mas como disse no parágrafo inicial, não é somente nos textos científicos que temos a excelência. A revista é inaugurada com uma entrevista concedida pelo Professor [Jacy de Souza Mendonça](#). Filósofo do Direito, que há mais de seis décadas encanta seus alunos de graduação e pós-graduação ensinando sobre humanismo, valores e justiça. Seu *Curso de filosofia do direito*, editado atualmente pela Riddel, é único no gênero, repleto de posicionamentos filosóficos profundos sobre o dever jurídico, a relação humana e o bem comum,

e ao mesmo tempo simples na revelação de autores consagrados como Kant, Kelsen e Radbruch. Em sua entrevista avalia a exigência de Filosofia em certames como exame de ordem, mas principalmente comenta sobre sua história de vida e suas convicções filosóficas.

Tenho certeza de que o leitor, assim como eu, aproveitará cada um dos textos deste volume e o terá como um diferenciado exemplar a ser acessado, indicado e citado, reiteradamente. O único prejuízo é debitado à coordenação, que agora terá a difícil tarefa de manter o mesmo nível nas futuras publicações.

São Paulo, 23 de agosto de 2013.

Alexis Couto de Brito

Coodenador-chefe da Revista Liberdades (gestão 2013-2014)

Alexis Couto de Brito e Danilo Ticami entrevistam Jacy de Souza Mendonça

1) Nos últimos tempos, concursos públicos para diversas carreiras (Defensoria Pública, p. ex.) e o Exame da OAB incluíram em seu conteúdo programático temas ligados à Filosofia. Exigir do candidato esse conhecimento é saudável ou pode resultar no aprendizado forçado de fórmulas resumidas?

Não conheço a forma como as perguntas têm sido formuladas em concursos, mas, como ninguém tem o direito de exigir do outro determinado posicionamento filosófico, em um concurso público, qualquer embasamento dessa natureza deve ser acolhido como correto. O pensamento filosófico do candidato, na verdade, estará implícito na totalidade de suas respostas, não sendo necessário um questionamento específico.

Se as questões estiverem buscando uma resposta padrão, serão apenas ridículas.

2) Na sua opinião é importante ter cautela na indicação dos filósofos nos editais dos concursos públicos? Por exemplo: uma seleção de autores positivistas poderia dar ares diversos daqueles pensados pelo Conselho Nacional de Justiça, pois poderia legitimar um tecnicismo desenfreado que sabemos ser condutor da incomunicabilidade social?

A indicação de um ou alguns pensadores só teria sentido em uma prova de História da Filosofia, que não se confunde com a Filosofia; esta deve ser encontrada na forma de pensar do candidato e não na forma como os outros pensaram ou pensam.

3) O senhor já afirmou que *“O Título II da Constituição da República Federativa do Brasil relaciona os direitos e garantias fundamentais do cidadão brasileiro. Tal relacionamento de direitos não é exclusividade brasileiro: a História registra inúmeras publicações tendo como conteúdo rol assemelhado”*. Qual foi o papel da Filosofia nesses registros históricos?

A descoberta dos direitos fundamentais não se dá no nível do conhecimento empírico ou científico, mas exclusivamente no nível filosófico, que está, portanto, ao menos implícito no pensamento do constituinte ou do legislador, querendo ele ou não.

4) O senhor nos ensinou que o pensamento filosófico dos séculos XIX e XX sofreu grande influência de dois extraordinários filósofos: Augusto Comte e Emanuel Kant. Conte-nos a relevância destes dois mestres para a evolução do pensamento jurídico-penal.

A resposta a tal questão não cabe nos limites desse rol. Tentei dá-la em alguns capítulos de um de meus livros, na certeza, porém, de que não conseguiria esgotá-la. Para não deixar a pergunta sem resposta, resumindo um resumo, diria que esses autores, embora pagando tributo ao empobrecimento gnosiológico pelo qual optaram, exaltaram o único mérito do positivismo jurídico, que foi a limitação dos deveres humanos ao texto das leis, do que resultou um benefício para o Direito em geral, ao reforçar instituições como o mandado de segurança, mas principalmente, para o Direito Penal, ao enfatizar o papel do habeas corpus e valorizar a tese do *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*.

5) Fale-nos um pouco sobre o humanismo, a justiça, o dever e o homem em nossa sociedade.

Agora, então, beiramos às raias do impossível. Cada item dessa pergunta exigiria uma reflexão profunda e extensa, dela emergindo várias obras que não cabem aqui nem nos limites da existência que me resta. Mas vou tentar, uma vez mais, deixar apontadas algumas direções: o Direito só existe para o ser humano, para indicar os caminhos de sua realização e superar os obstáculos à sua trajetória. A Justiça emerge daí: é a realização dos fins da natureza humana nas relações de convívio; e o dever só tem sentido como o rumo que precisamos seguir nessa realização da nossa natureza.

6) Nos dias de hoje, o valor da Justiça ainda pode ser visto na Ética de mercado?

Há frequente confusão entre Direito e Ética. Esta não exige o relacionamento humano, como se exige no Direito; por outro lado, ela visa à realização plena da natureza humana, enquanto aquele se ocupa apenas com os fins sociais da vida. O Direito, na medida em que é tradução dos caminhos que conduzem o homem na realização de seus fins sociais, está buscando a realização da Justiça e se aplica, também, às relações econômicas do homem (o mercado). Há também uma Ética que se impõe às relações de mercado, pois nelas, cada um deve se comportar de forma a não comprometer os fins de sua natureza.

7) Qual é o sentido de Estado para o senhor?

O homem vive necessariamente em sociedade – com o outro, com os outros. A atribuição de uma forma jurídica a esse convívio é o Estado. Próximas a ele há outras formatações sociais, como a família, as sociedades civis e as comerciais. Significativa experiência atual está voltada para a substituição do que conhecemos como Estado por outras formas jurídicas de convívio, resultantes das comunidades de Estados.

8) O que o senhor pensa sobre os diversos poderes paralelos que assolam os bastidores do nosso Brasil?

Não me parece que estejamos experimentando poderes paralelos ao Estado, mas sim a falência de poderes estatais indispensáveis, o que ocorre quando as autoridades se omitem no dever que lhes incumbe de manter a ordem ou não sabem como fazê-lo.

9) As manifestações ocorridas por todo o Brasil tiveram grande força jovem, inclusive em sua organização. Como acha que isso pode influenciar no futuro político do País?

Tradição e progresso são indispensáveis à cultura dos povos. É normal que os mais idosos, em defesa das tradições, estejam arraigados à forma de vida na qual viveram; assim como é normal que os jovens, polarizados pelo progresso, tenham mais disposição para propor alterações dos modos antigos de convivência. Daí advém o equilíbrio social e hão de decorrer as consequências para o futuro político.

10) Qual a importância da formação interdisciplinar de um acadêmico de Direito?

Como o Direito é aplicável a todas as espécies de relações humanas na sociedade, quanto mais extenso e profundo for o estudo da intercomunicação das formas de vida e dos ramos de conhecimento tanto mais se beneficiará o próprio Direito e mais se beneficiarão seus estudiosos e os encarregados de sua aplicação.

11) O Grupo de Estudos, na sua opinião, tem papel fundamental para essa formação interdisciplinar?

Até como consequência da resposta anterior, os grupos heterogêneos de estudos só trarão benefícios ao estudo do Direito.

12) O que o senhor costuma fazer em suas horas de reflexão antes de escrever as suas obras?

Preciso confessar que sempre temi seguir a onda, sempre cuidei de pensar por mim mesmo, utilizando o pensamento dos demais somente como iluminação dos meus caminhos, como muletas destinadas a superar as minhas indigências; por isso, antes de escrever sobre algo, procurei saber o que já tinha sido pensado e escrito a respeito (leio muito e muito rapidamente), mas, em seguida, procurei livrar-me de

tudo o que tinha lido, assumindo os riscos do erro por minha conta, sob minha responsabilidade, sem comprometer ninguém.

13) Como é que o senhor gostaria de ser conhecido e ser julgado pela História?

Não tenho a veleidade de admitir que venha a ser, algum dia, objeto de algum julgamento da História, mas, como aqui sou obrigado a admitir tal hipótese, só desejaria ser julgado como alguém que quis fazer o bem aos outros.

14) Quando o senhor pensou em se tornar um jurista? Quem o incentivou?

Talvez minha opção pela Faculdade de Direito tenha decorrido de um processo eliminatório. Lembro-me de que sonhei com a engenharia, dela tendo me afastado pela tomada de consciência das minhas deficiências de memória numérica. Meu pai gostaria que eu fosse médico, mas admiti que não suportaria o inevitável da dor e da morte em minhas mãos. Parece-me que foi assim, por exclusão, que cheguei à Faculdade de Direito. Uma vez admitido, precisava trabalhar, pois meu pai era pobre e tinha muitos filhos. Optei por ser datilógrafo em um escritório de advocacia, posteriormente pelo Ministério Público e, insaciável, ingressei na Faculdade de Filosofia, onde conheci um grande professor – Armando Câmara – que me deu a mão e me levou para o magistério de Filosofia do Direito, no qual me iniciei muito cedo – aos 29 anos de idade – há mais de meio século, portanto, e, a partir daí, consagrei minha vida ao estudo do Direito.

15) Conte-nos um pouco sobre a sua vida acadêmica, na época da graduação. Participava do centro acadêmico, de grupo de estudos?

Na Faculdade fui sempre um estudante exitoso, embora julgue que não pude me dedicar a ela tanto quanto desejava, pois, como já disse, precisava trabalhar para me sustentar e ajudar no sustento de um irmão que também se iniciava na Universidade. Participei do Centro Acadêmico, sem muito gasto de tempo e sem me envolver em atividades políticas. Finalmente, durante todo o período acadêmico formei um trio de estudos com dois grandes amigos; só os caminhos inesperados da vida nos separaram.

16) Com o objetivo traçado, quais foram as superações que o senhor passou até chegar à sua meta?

Não. Não tenho queixas nem lamentos. Conquistei minhas posições na vida com muito esforço, muita dedicação, mas estou certo de que fui sempre aquinhoado pela Providência. Fracassei apenas quando quis me desviar da atividade acadêmica para fazer uma experiência no mercado econômico, para o qual não estava preparado.

17) Houve algum momento em que o senhor pensou em desistir de sua carreira?

Exceção feita à tentativa de desvio para o mundo da economia, nunca pensei em voltar atrás. Até mesmo quando o peso da idade me obrigou ao afastamento das atividades no magistério, lamentei profundamente, porque meu desejo era de prosseguir.

18) Por último, gostaríamos de saber qual o filósofo que inspira as suas reflexões?

Lembro-me de que a primeira obra de Filosofia do Direito caída em minhas mãos foi a Filosofia do direito de Victor Cathrein S.J. Daí pulei logo para Jacques Maritain e, em seguida, fui retrocedendo na História até chegar a Aristóteles, tendo curtido, com grande enlevo, as lições de Sto. Tomás de Aquino. A grande mão que me apoiou nas reflexões, foi, no entanto, de Armando Câmara, a quem já me referi. Mas confesso que até daqueles de cujas ideias discordei recebi inesquecíveis lições. Cito, a esse propósito, em especial, Jean-Paul Sartre; suas dúvidas e angústias passaram a ser minhas por algum tempo e superá-las foi de grande proveito para mim. Em toda essa trajetória, aprendi que cada um de nós precisa aprender a pensar pelas próprias forças, ainda que se valendo dos demais como pontos de apoio, porque o importante não é o que os outros pensam ou pensaram; o importante é o que eu penso.

Mensagens ao léu dos ventos

Alberto Silva Franco

Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Membro Fundador e Ex-Presidente (Gestão 2007-2008) do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

Resumo: No texto há conteúdos variados: o Brasil atual em face das consequências da crise financeira; o medo, por detrás de um Direito Penal mais severo e abrangente no qual o delinquente é tratado como inimigo; os aspectos negativos das redes sociais e a possibilidade de torná-los positivos e o rito de passagem às avessas, isto é, de uma geração mais velha para uma mais nova.

Palavras-chave: Brasil e crise financeira; O medo e o Direito Penal; As redes sociais; O rito de passagem.

Abstract: There is a variety of content in this text. Brazil today faces the consequences of the financial crisis; the fear behind a more strict and broader in scope criminal law, where the criminal is treated as the enemy; the negative aspects of social media and the possibility to turn them around positively and an upside-down rite of passage, that is, from an older generation to the younger one.

Keywords: Brazil and the financial crisis; Fear and Criminal Law; Social Media; The rite of passage.

Toda cerimônia de abertura de um seminário internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais não dispensa certo ritual. Longo ou curto, pouco importa. Há um conjunto de regras institucionalmente observadas das quais não se consegue liberar, mesmo que isso possa provocar algum custo ou fastio à paciência alheia. Mas como passar em brancas nuvens este momento particular no qual se endereçam a todos os presentes mensagens, de conteúdo variável e que possam atingir, direta e imediatamente, àqueles que se juntam, por um interesse comum, neste largo espaço físico. Já tivemos aqui escritores do gabarito de [Mia Couto](#) e de [Rubem Alves](#), de sociólogos como [Roberto Romano](#), de ex-Ministros da Justiça, como os Drs. [José Carlos Dias](#), [Márcio Thomáz Bastos](#) e [Miguel Reale Júnior](#), de ex-presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, como o Des. [Celso Limongi](#). Todos eles, sem exceção, trouxeram, sob os enfoques literário, sociológico, político ou jurídico, o pensamento que os guiava na análise do mundo atual e, em particular, na abordagem da justiça e de suas crises. A palestra de hoje estava reservado ao Sr. Ministro da Justiça, Dr. [José Eduardo Cardoso](#), que, infelizmente, em razão de problemas atinentes à sua pasta, não teve condições de estar presente.

artigo 01

artigo 02

artigo 03

artigo 04

artigo 05

Para preencher tal lacuna, coube-me o encargo de dirigir-lhes a palavra, não evidentemente, para uma palestra do nível das que já aqui foram proferidas, mas para transmitir-lhes algo mais do que a mera e cordial saudação.

E aí as dificuldades tomaram conta de mim.

Quais temas poderiam atrair a atenção e o interesse dos presentes e quais mensagens que eles comportariam?

Confesso-lhes que a primeira questão que me veio à mente dizia respeito ao Brasil, em face da crise financeira iniciada em 2008 e que até hoje continua a produzir efeitos. É evidente que não caberia neste momento explorar as causas da referida crise, nem enumerar suas consequências na esfera internacional e nacional. Mas apenas enfatizar que o Brasil não mudou em nada, em face da gravidade da crise, como, aliás, nada se transformou no sistema capitalista neoliberal. A governabilidade continuou a ser estruturada por meio de uma fórmula historicamente concebida, ou seja, os governos, que se sucedem, resultam de acordos espúrios entre partidos políticos que partilham, com total desfaçatez, o poder e seus cargos. Entre os governos e os partidos, instala-se a porta giratória acionada pela corrupção. De outra parte, enquanto o poderio econômico chinês – os Estados Unidos e a Europa estavam na lona – não sofreu, em seu ritmo de crescimento, nenhuma queda significativa, o Brasil efetuou ampla exportação de “commodities” – soja e minérios de ferro, em particular – sem nenhuma preocupação em aproveitar, em função da montanha de dólares recebidos, a oportunidade para montar a infraestrutura que lhe permitisse dar suporte ao seu desenvolvimento. Bastou que a crise mundial atingisse também a China para que o crescimento brasileiro se transformasse, como se encontra hoje, em evidente processo de estagnação. Diante dessa situação de fragilidade, o atual governo privilegiou o mercado interno, nele buscando a base de sustentação econômica. Alguns setores industriais foram desonerados de encargos da mais variada natureza, para que continuassem a produzir, evitando o desemprego. Isto, em especial, ocorreu com a indústria automotiva, com a indústria de eletrodomésticos e com a construção civil. Às desonerações, agregou-se a possibilidade de financiamentos a longuíssimo prazo. Tal política acarretou uma invasão irrefreável de veículos nas vias públicas das grandes cidades brasileiras – não preparadas, nem aparelhadas para tráfego de tal magnitude – o que tornou a mobilidade urbana exasperante e cansativa, sobretudo para a população menos favorecida. Já em relação aos financiamentos, a taxa de inadimplementos cresceu em grande proporção e a economia brasileira mostra na atualidade a existência de bolhas prestes a estourar. Se isso não

artigo 01

artigo 02

artigo 03

artigo 04

artigo 05

bastasse, ficou patente a incapacidade governamental em fixar prioridades em seus investimentos. São previstos gastos da ordem de 28 bilhões de Reais para a edificação de estádios de futebol – vários deles verdadeiros elefantes brancos – para a Copa do Mundo de 2014 e alguns outros bilhões para a Olimpíada de 2016. Diante dessa situação, o Real sofre um desgaste terrível, os investimentos em dólares se apequenam e a inflação aumenta, de forma significativa, a ponto de se aproximar de um verdadeiro descontrole. Em face de tais perspectivas, eternizam-se os problemas que deveriam ser o objeto direto e imediato da ação governamental: a inexistência de malha ferroviária e rodoviária em condições de unir um país continental; a carência de portos que desafoguem a produção nacional, seja agrícola ou industrial; a falta de escolas, de creches e de hospitais que cuidem do ensino, da infância e da saúde da grande massa da população brasileira e o total desinteresse por uma rede de saneamento básico de que são carecedoras as casas brasileiras em mais de 50% delas .

Creio que a primeira mensagem que se transmite no 19º Seminário Internacional do IBCCRIM é a da imperiosa necessidade de que cada participante repense o Brasil e se ponha à disposição para superar os entraves que lhe dificultam ocupar um lugar de respeito na comunidade internacional.

A segunda questão que me atormenta – e que pretendo transferir aos presentes – refere-se ao Direito Penal no contexto do que anteriormente descrevi. O capitalismo neoliberal não deu relevância à violência ínsita no próprio sistema, mas se preocupou sobremaneira em se preservar de todo e qualquer risco que lhe pudesse advir do crescimento da exclusão – seja pela pobreza, seja pelo molde do consumidor inútil. Para tanto, fez uso manipulador dos meios de comunicação social, passando a tratar, como conceitos sobrepostos, a violência e a criminalidade. Já dizia [Maria Lúcia Karam](#), que “*a ideia que reduz violência ao crime, além de ocultar o caráter violento de outros fatos mais graves – como a miséria, a fome, o desemprego – cria um clima de pânico, de alarme social a que se costuma seguir um crescimento de demanda de mais repressão, de maior ação policial, de penas mais rigorosas*”.¹ O medo tinha até então uma dimensão pessoal: significava o temor, ou com mais precisão, “uma ansiedade irracional ou fundamentada”. [Raymond Carver](#) registrou, num poema de rara sensibilidade, o conteúdo desse estado afetivo:

1.... KARAM, Maria Lúcia. Criação de crimes não passa de fantasia. *O Estado de S. Paulo*, Caderno Justiça, p. 3, de 04.01.1992.

“Medo de ver a polícia estacionar à minha porta.

Medo de dormir à noite.

Medo de não dormir.

Medo de que o passado desperte.

Medo de que o presente alce voo.

Medo do telefone que toca no silêncio da noite.

Medo de tempestades elétricas.

Medo da faxineira que tem uma pinta no rosto.

Medo de cães que supostamente não mordem.

Medo da ansiedade!

Medo de ter de identificar o corpo de um amigo morto.

Medo de ficar sem dinheiro.

Medo de ter demais, mesmo que ninguém vá acreditar nisso.

Medo de perfis psicológicos.

Medo de me atrasar e medo de ser o primeiro a chegar.

Medo de ver a letra dos meus filhos em envelopes.

Medo de que eles morram antes de mim e que eu me sinta culpado.

Medo de ter que morar com minha mãe em sua velhice e na minha.

Medo de confusão.

Medo de que este dia termine com uma nota infeliz.

Medo de acordar e ver que você partiu.

Medo de não amar e não amar o bastante.

Medo de que o que amo se prove letal para aquele que amo.

Medo da morte.

Medo de viver demais.

Medo da morte.

Já disse isso”.

O vocábulo medo é redimensionado pelos meios de comunicação social e perde o seu conteúdo multifacetado para ter o significado apenas do medo social gerador da intranquilidade coletiva. No momento em que o rádio, a televisão, a internet, as redes sociais embarcam associados no fluxo da mensagem da insegurança geral e formam a opinião publicada no sentido de que provêm exclusivamente dos excluídos sociais as ações de violência, o Direito Penal é chamado à colação para ser o instrumento protetivo e tranquilizador daqueles que comandam o processo de globalização. E aí surge uma enxurrada de novas leis penais para criar novas tipologias ou para provocar

a exacerbação de sanções punitivas já existentes. Busca-se, então, ideologicamente, dar legitimação ao figurino de um inimigo – que deveria ser necessariamente eliminado – inimigo esse que se ajusta perfeitamente às pessoas geradoras de riscos à sociedade e às que – porque não consumidoras – ficam à margem dessa sociedade. Nenhuma dessas pessoas pode esperar que seja protegida no exercício de direitos (às liberdades, inclusive à de locomoção, à intimidade, a um processo com todas as garantias etc.) porque tais direitos não chegaram a ser adquiridos”.² Com esse perfil, formula-se, em verdade, um modelo político que tem seu fundamento no princípio da exclusão do inimigo. Com justa motivação, [Luigi Ferrajoli](#) enfatiza que *“o direito penal do inimigo equivale a uma dissolução do direito penal. Existe uma contradição insanável entre a guerra e o direito. A guerra (e a figura do inimigo) é a negação do direito que conhece apenas cidadãos e pessoas e não inimigos. No preciso momento em que se configura o arguido como inimigo, perde-se a legitimidade de o julgar. A lógica passa a ser a lógica da guerra que coloca no mesmo plano os dois inimigos; só se, pelo contrário, configurarmos o delinquente como cidadão delinquente, poderemos ler o ato criminal não como um ato de guerra, mas como uma violação do direito penal e só deste modo poderemos despotenciá-lo moral e politicamente. Apenas se respeitarmos todas as garantias poderemos precisamente enfrentá-lo e isolá-lo socialmente. O segredo do direito penal em geral e do direito penal, em particular, é sua assimetria em relação ao crime. Quando se perde esta assimetria, quando o direito assume formas criminais perde-se legitimidade da resposta. O Estado, as instituições caem no mesmo nível da criminalidade e perdem a sua eficácia dissuasória – a eficácia dissuasória do Direito não provém do fato de ter forças brutas, de ter um policial às costas de cada cidadão, mas da criação de um sentido cívico comum, fundado precisamente na assimetria entre a violação do Direito e o próprio Direito”*.³

A segunda mensagem que se transmite no 19.º Seminário Internacional do IBCCRIM é a de que o Direito Penal guarda pertinência apenas em situações extremamente graves quando as ações humanas se endereçam a bens jurídicos de exponencial importância, mas não serve, de forma alguma, como instrumento político que objetiva tranquilizar as classes sociais favorecidas, voltando-se contra os excluídos sociais pela pobreza ou pelo não consumo. Tal mensagem se mostra, na atualidade, de capital adequabilidade, em face de projeto de mudança do Código Penal que, sob várias facetas, revela-se retrógrado e mal estruturado.

2.... FRANCO, Alberto Silva. *A crise financeira de 2008: cinco anos depois*. Reprodução atualizada da palestra proferida no dia 28.04.2012, na Faculdade de Direito de Coimbra, no encerramento do XV Curso de Direito Penal Econômico do Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu (IDPEE) e publicada na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 21, n. 103, São Paulo: RT, jul-ago. 2013, p. 131.

3.... FERRAJOLI, Luigi. Entrevista a Luigi Ferrajoli. Entrev. Eduardo Maia Costa/José Mouraz Lopes. Coimbra: Wolters Kluwer e Editora Coimbra, Julgar, set.-dez. 2008.

O terceiro tema que me preocupa – e quero também transmitir tal preocupação aos participantes deste Seminário Internacional – diz respeito à avaliação crítica das redes de comunicação que se fazem hoje tão presentes na vida de cada pessoa. As redes sociais como o Facebook, o Twitter, o My Space etc., o intercâmbio de vídeos através do You Tube, e os telefones celulares e outros dispositivos móveis encontraram tal nível de popularização que se pode afirmar, sem medo de errar, que provocaram transformações no modo de relacionamento entre as pessoas e, mais que isso, produziram uma subjetividade típica do mundo do século XXI. [Guy Debord](#), em 1968, já manifestara sua preocupação com a perspectiva de que a imagem pudesse deteriorar a palavra e previa que, em futuro não distante, far-se-ia presente a sociedade do espetáculo. Mais recentemente, [Mario Vargas Llosa](#), em seu livro *A civilização do espetáculo*⁴ assevera que o “primeiro lugar na tabela de valores vigentes é ocupado pelo entretenimento, onde divertir-se, escapar do tédio, é a paixão universal”. E acrescenta “que a diferença essencial entre a cultura do passado e o entretenimento de hoje é que os produtos daquela pretendiam transcender o tempo presente, durar, continuar vivos nas gerações futuras, ao passo que os produtos deste são fabricados para serem consumidos no momento e desaparecer tal como biscoitos ou pipoca”. “Cultura é diversão e o que não é divertido não é cultura.” Tal banalização, ou como diz [Bauman](#), esta liquefação de valores que se projetam na literatura, no cinema, na arte, na religião, na política, no sexo, no jornalismo, constitui, sem dúvida, um empobrecimento das ideias e propaga “o conformismo através de suas piores manifestações: a complacência e a autossatisfação”.⁵ Não seria estranhável a partir deste modo de pensar que cada pessoa diante das novas tecnologias objetivasse “transformar sua vida e o seu eu num espetáculo”. Bem por isso se “abrem cada vez mais espaços nos quais o que conta é se mostrar: mostrar o que se é, exhibir um eu atrativo e supostamente real ou autêntico. Ou algo que assim lhe pareça: um eu verossímil e espetacular (...) Milhões de pessoas de todo mundo escrevem sobre elas próprias, relatam suas vidas com a ajuda de fotos e vídeos e se constroem como personagens nessa confissão cotidiana”.⁶ O importante não é o que diz ou o que mostra: “o fundamental é o mero fato de fazer-se visível, de expor-se e estar nas telas (...)”, ou seja “a glória de ser visto e notado,

4.... VARGAS LLOSA, Mario. *A civilização do espetáculo*. Trad. Ivone Benedetti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013, p. 27.

5.... Idem, *ibidem*, p. 29.

6.... SIBILIA, Paula. El eclipse de la interioridad moderna y la búsqueda de una felicidad espectacular. *La vida que viene*, III Seminario Atlantico de Pensamiento: Madrid: Oficina de Artes y Ediciones, 2011. p. 88.

o prazer de ganhar acesso à cobiçada visibilidade midiática e, desse modo, ser alguém".⁷ O que tem importância é o "show do eu". E na medida em que se atribui tanto valor à imagem e ao sucesso midiático, afugentam-se os fantasmas da solidão. Como enfatiza Paula Sibilia, "essa fascinação pelo exibicionismo e o desejo de ser famoso, de converter-se numa celebridade visível, finca suas raízes numa sociedade cada vez mais atomizada por um tipo de individualismo com características narcísicas que necessita ver a imagem refletida no olhar alheio para poder ser. Não se cuida mais de encerrar-se nem muito menos de ocultar-se no quarto próprio", como dizia Virgínia Wolf, "para desenvolver sua interioridade num diálogo intimista, com as próprias profundezas como ocorria quando o ideal de **cultura letrada** estava ainda em vigor. Na atual cultura audiovisual e espetacular, para poder ter o direito de ser alguém, há que tornar-se visível e construir nesse campo uma boa imagem. Não mais ocultar-se e fechar-se, mas sim mostrar-se e projetar-se. É indispensável saber manejar os novos recursos multimídia e interativos para poder sobreviver num mercado das aparências cada vez mais competitivo".⁸

Mas será que o conceito de redes sociais poderá ser focado apenas e estritamente na sua feição negativa? Ou tal conceito poderá ensejar um traço sumamente positivo, em face dos desafios provocados pelos novos tempos? Será que as redes sociais poderão escapar da sociedade do espetáculo e surgirem como articuladoras das mentes de seus usuários para contestar o conúbio entre o poder econômico e o poder político? Não há dúvida de que hoje todos lutam – e em especial, os jovens – "contra um inimigo abstrato e globalizado, sem identidade explícita, mas que interfere na vida de todos, ou seja, o cruel sistema econômico-financeiro que, como um polvo amedrontador possui tentáculos quase invisíveis: não tem nacionalidade, não tem pátria, não tem bandeira, não tem endereço e manifesta-se ao mesmo tempo e em tantos lugares, assumindo faces e características aparentemente distintas".⁹ Mas não se esperava nada, absolutamente nada, do uso da internet e das redes sem fio. De súbito, uns poucos começaram a comunicar-se entre eles, salientando que os tormentos econômicos, "o cinismo político, o vazio cultural e a desesperança pessoal"¹⁰ se tornavam insuportáveis. Aos

7.... SIBILIA, Paula. Op. cit., p. 89.

8.... Idem, ibidem, p.102.

9.... FRANCO, Alberto Silva. Op. cit., p. 155.

10.. CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 7.

poucos, juntaram-se centenas; depois, milhares e afinal, contagiados, milhões de pessoas foram para as ruas. Manuel Castells observou que *“foi basicamente a humilhação provocada pelo cinismo e pela arrogância das pessoas no poder, seja ele financeiro, político ou cultural que uniu aqueles que transformaram o medo em indignação e indignação em esperança de uma humanidade melhor. Uma humanidade que tinha de ser reconstruída a partir do zero, escapando das múltiplas armadilhas ideológicas e institucionais que tinham levado inúmeras vezes a becos sem saída, forjando um novo caminho, à medida que o percorria. Era a busca de dignidade em meio ao sofrimento da humilhação – temas recorrentes na maioria dos movimentos”*.¹¹ A distância do Brasil, fizeram-se presentes, em Portugal, as manifestações populares da “geração à rasca” que deu origem ao Movimento de 12 de Março do qual participaram mais de duzentas mil pessoas em Lisboa. Na Espanha, surgiu, em Madrid, o movimento dos Indignados, ou seja o Movimento M15. Na Grécia, os rebeldes de Atenas protestaram, por inúmeras vezes, contra a política de austeridade fiscal. Milhares de pessoas saíram às ruas, em Tel Aviv para condenar o governo de Israel por empregar o dinheiro público em gastos militares, em lugar do bem-estar social; nos Estados Unidos, o movimento de ocupação da Wall Street, espalhou-se por várias cidades americanas. A “primavera árabe” derrubou ditaduras na Tunísia, no Egito e no Iêmen. E tudo isso pela mobilização de jovens através das redes sociais.

Confesso-lhes que não alimentava nenhuma esperança em relação ao Brasil e tinha a certeza íntima de que não presenciaria, em vida, alguma manifestação desse teor. E ninguém, em verdade, tinha tal expectativa. Eis que surge, em junho de 2013, conectado em rede de múltiplas formas, um movimento gerado por um fato aparentemente de menor importância: o aumento das passagens do metrô e dos ônibus. O movimento cresceu, e sem liderança formal, ocupou o espaço urbano de São Paulo e se espalhou por mais de trezentas cidades brasileiras. O aumento das passagens foi a gota d’água que fez o copo transbordar. As manifestações populares puseram em xeque a democracia representativa; deslegitimaram os partidos políticos atuais, caracterizados pelo clientelismo e pela compra de votos; denunciaram a corrupção presente em todos os níveis de governo e puseram em destaque as necessidades da população brasileira no que tange ao ensino, à infância, à saúde pública e ao saneamento básico. Como enfatiza o sociólogo italiano Paolo Gerbaudo, *“é preciso abrir espaço para novas formas de controle popular sobre os políticos, mais transparência contra a corrupção, novos instrumentos de democracia direta e consulta popular”*. Daí sua afirmação de que é de se apostar que *“o outono brasileiro’ vai ressurgir em novas ondas e novas formas. Estamos vivendo tempos revolucionários em que as pessoas voltaram a sentir que podem mudar o mundo”*.¹²

11.. Idem, ibidem, p. 8.

12.. GARBAUDO, Paolo. Objetivo de manifestações é nova forma de democracia. *Folha de S. Paulo*, 08.07.13, A12.

A mensagem que ora entrego aos participantes do 19.º Seminário Internacional é a de que o lado negativo das redes sociais pode ser contido e minimizado. Mais que uma sociedade do espetáculo, um novo modelo de sociedade, um mundo melhor e mais humano pode ser conquistado com o emprego adequado dessas redes. Tudo pode parecer utópico, mas é a forma justa de que falava [Sophia de Mello Breyner Andresen](#):

“Sei que seria possível construir a forma justa

De uma cidade humana que fosse

Fiel à perfeição do universo.

Por isso recomeço sem cessar a partir da página em branco

*E este é meu ofício de poeta para a reconstrução do mundo”.*¹³

Por tais razões, creio com profunda convicção que o ofício dos poetas, dos jovens e dos inconformados é o de construir um novo Brasil regido por uma nova forma de democracia.

O derradeiro tema que pretendo abordar é, sem dúvida, menos abrangente que os anteriores, mas como os demais contém uma mensagem que é endereçada aos associados, aos não associados e à nova direção do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. E a que título me julgo autorizado a me dirigir a eles? Talvez a razão justificadora se prenda ao fato de ter sido um dos fundadores do IBCCRIM e de me sentir nesse momento como procurador dos demais fundadores e de todos aqueles que, durante 20 anos, comandaram suas atividades institucionais. E, de acréscimo, levo em conta a circunstância de me avizinhar dos 82 anos de existência. Por isso, reafirmo o que [Norberto Bobbio](#) já dizia sobre os velhos e o seu mundo de memória. *“Somos aquilo de que lembramos. Além dos afetos que alimentamos, a nossa riqueza são os pensamentos que pensamos, as ações que cumprimos, as lembranças que conservamos e não deixamos apagar e das quais somos o único guardião. Que nos seja permitido viver enquanto as lembranças não nos abandonarem e quando, de nossa parte, pudermos nos entregar a elas”.*¹⁴ E por que faço essas considerações? E por que me atribuo a representação de

13.. ANDRESEN, Sophia de Mello Breyner. *Obra poética*. Alfragide: Editorial Caminho, 2011. p. 660.

14.. BOBBIO, Norberto. *O tempo da memória*. Trad. Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997. p. 30.

toda uma geração que, por 20 anos, esteve à testa do IBCCRIM? E por que no mundo da minha memória e no mundo da memória dessa geração, o IBCCRIM se conserva como a lembrança mais significativa? Porque o IBCCRIM tem uma história a ser contada, e história de valor inestimável. Aqui, poucos, no início da década de 90 do século passado, resolveram construir uma instituição que tivesse características incomuns: identidade ideológica, capacidade de aglutinação, seriedade de objetivos e concentrada ação intelectual. Aqui, na primeira década do ano 2000, muitos integravam não um projeto em busca de implementação, mas algo que já era concreto, visível e respeitável. Embora todos os que participaram do IBCCRIM saibam que o voluntariado foi a força-motriz que permitiu movimentar a máquina institucional, creio que diversos participantes deste seminário não tenham a consciência exata, em razão da própria idade, do que o IBCCRIM representou, representa e pretende ainda representar. Nos 20 anos nos quais a minha geração esteve à testa do IBCCRIM, não foram poucos os avanços institucionais. O IBCCRIM não carrega nenhuma crise de identidade: há um fio condutor que perpassa a equação temporal que vai de 1992 a 2013. É verdade que o Instituto passou por dificuldades de toda ordem, mas conseguiu suplantá-las sem que, em momento algum, desmentisse suas finalidades. O IBCCRIM cresceu a ponto de ter associados – aproximadamente quatro mil – em todos os Estados da Federação, de modo a torná-lo o maior de todos os institutos da América Latina e logrou tal objetivo sem se socorrer de recursos públicos de qualquer fonte. Sua atuação criativa pode ser dimensionada por meio do boletim mensal, da revista bimensal, da revista digital e das monografias e, ainda, por sua biblioteca que contém um conjunto significativo de livros e, principalmente, de revistas jurídicas. Suas atividades acadêmicas podem ser valoradas pelo restabelecimento, nesses 20 anos, dos laços então esgarçados entre o Brasil e Portugal e, em particular, pela presença da Universidade de Coimbra, por seus próprios institutos, em inúmeros cursos de Direito Penal Econômico, de Direitos Fundamentais e da Teoria Geral da Infração, realizados anualmente em São Paulo. Mas não ficou apenas nisso. Nos 20 anos que minha geração tomou conta da instituição foram realizados 18 seminários internacionais; foram montados incontáveis cursos e mesas de estudos e debates e foi estruturado o laboratório de iniciação científica destinado aos estudantes de Direito.

Caberia, agora, uma indagação. Por que chamo a atenção para os feitos do IBCCRIM e por que faço um balanço resumido do que foi realizado nesses 20 anos? Há uma razão oculta que deve ser hoje revelada a todos os associados do IBCCRIM. A geração entre 60 e 90 anos de idade concluiu, no final de 2012, que tinha chegado a hora de sair de cena, de se retirar do palco, de deixar o comando, porque nenhuma instituição resiste ao desgaste do tempo se continuar a ter por eixo o mesmo grupo de pessoas. O rito de passagem, embora às avessas, tornou-se indispensável e o grupo de pessoas mais idosas deixou seu espaço ser ocupado pelo grupo dos

artigo 01

artigo 02

artigo 03

artigo 04

artigo 05

mais jovens. O IBCCRIM se encontra, no corrente ano, sob nova direção formada por pessoas que já prestaram relevantes serviços à instituição e outras que chegam no presente ano.

A mensagem final é dirigida à nova Diretoria Executiva para que tenha sempre presente que não está iniciando uma história, mas que é a depositária fiel de um legado valioso de que nós – da velha geração – somos protetores e para que leve em conta que o IBCCRIM constitui um processo em permanente construção e, portanto, não tem prazo para acabar. É com essa consciência e com a percepção de que não cabe o pecado da desesperança, por mais desoladora que seja a realidade política, econômica, social e ética do Brasil que convidamos aos não associados para que venham participar do projeto em execução do IBCCRIM. Por derradeiro, dirijo uma saudação a todos os associados presentes e a todos associados ausentes porque, como afirma [Sophia de Mello Breyner Andresen](#) “*não há nada que possa separar aqueles que estão unidos por uma fé e por uma esperança*”.¹⁵

artigo 01

artigo 02

artigo 03

artigo 04

artigo 05

15.. ANDRESEN, Sophia de Mello Breyner. *Livro sexto*. Mindelo: Editorial Caminho, 2003. p. 75.

A tutela (não) penal dos delitos por acumulação

Ana Carolina Carlos de Oliveira

Mestre e Doutoranda em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP.

Especialista em Ciências Criminais pelas Universidades de Barcelona e Pompeu Fabra.

Resumo: O presente artigo apresenta um panorama dos fundamentos doutrinário e filosófico dos delitos por acumulação, na proposta originária de Lothar Kuhlen, contemplando tanto os aspectos de política criminal (enquanto criminalização necessária para a tutela de bens jurídicos coletivos), quanto a proposta de novas formas da tutela de bens coletivos pelo tipo penal (radicalizando a possibilidade de cisão entre bens e objetos da ação como fundamento do tipo penal). Por fim, reflete-se sobre esses ilícitos como pertinentes à lógica do Direito administrativo sancionador.

Palavras-chave: Delitos por acumulação; objeto da ação; free rider; Direito administrativo sancionador.

Abstract: The following article seeks to present a panorama of the philosophical foundations of offenses of repetition and of those found in the doctrine, with regard to Lothar Kuhlen's original proposition. We shall do so by contemplating criminal policy aspects (in the case of required criminalization for the protection of collective legal interests), as well as the proposal of new forms of protection of collective legal interests through the drawing up of new criminal offences (taking to its limit the possibility of a decoupling between the legal interest and the object of the offense). Finally, we shall reflect on whether these criminal actions pertain to the logic of Sanctioning Administrative Law.

Keywords: Offenses of repetition; object of the offense; free rider; Sanctioning Administrative Law.

Sumário: 1. Introdução; 2. Delitos por acumulação: conceito e contexto; 3. Fundamentos segundo a filosofia moral; 4. Fundamentos e dificuldades jurídicas dos delitos por acumulação; 5. Aceitação da teoria dos delitos cumulativos; 6. Acumulação e teoria do delito; 7. Delitos por acumulação e direito administrativo sancionador; 8. Conclusão; 9. Referências bibliográficas.

artigo 01

artigo 02

artigo 03

artigo 04

artigo 05

1. Introdução

A pena, a ameaça à liberdade dos cidadãos, é a reação mais grave concebida pelo Direito.¹ Por este motivo, ao longo de grande parte de sua história,² a doutrina do Direito Penal visou delimitar os limites de intervenção desta área e, conseqüentemente, do poder punitivo do Estado. Para além de seu efeito sistematizador,³ a teoria do delito e as considerações de política criminal têm a função de restringir a interpretação e aplicação dos tipos penais, tarefa que demanda aprofundamento e continuidade por parte da ciência contemporânea do Direito Penal.

O contexto atual, como sabido, é de expansão do Direito Penal, com a fragilização dos critérios de imputação e inserção crescente de novos bens jurídicos sob sua tutela (ainda que não dotados de dignidade penal⁴), no fenômeno há tempos descrito e denunciado por Silva Sánchez.⁵

Parcela significativa da expansão penal se dá, atualmente, pela criminalização de diversas condutas relacionadas à proteção de bens jurídicos coletivos e também pela crescente flexibilização dos critérios de imputação. A despeito deste último aspecto, contudo, é certo que a criação de um tipo penal estende o Direito Penal a um novo grupo de atores.

Diante da tendência da criação de tipos penais que correspondem a estados prévios à lesão de bem jurídico, sustenta Hefendehl que se este conceito ainda tiver expectativa de atuar como critério de legitimidade da intervenção penal, deverá ser revisto, ampliando-

1.... FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. *Sistema integral del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 201. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón* Madrid: Trotta, 2009.

2.... Desde os escritos de **Beccaria**, a elaboração teórica de **von Liszt**, até o mais recente movimento pelo Direito Penal mínimo, de grande força na doutrina europeia (**Ferrajoli**, **Roxin**, **Mir Puig**, **Figueiredo Dias**) e latino-americana (**Zaffaroni**, **Juarez Tavares**, **Miguel Reale Jr.**).

3.... SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito, cit., p. 15.

4.... “Digno de pena é apenas um comportamento merecedor de desaprovação ético-social, porque é adequado a pôr gravemente em perigo as relações sociais no interior da comunidade juridicamente organizada” (COSTA ANDRADE, Manuel. A dignidade penal e a carência de tutela penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 2, abr.-jun. 1992, p. 185.

5.... *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Buenos Aires: B de F, 2008.

se as suas margens, já que entende não ser mais sustentável uma visão liberal do Direito Penal,⁶ restrita à fundamentação de tipos penais com base exclusiva nos bens jurídicos individuais ou delitos de lesão.

Conforme o autor, o bem jurídico seria, ainda, um paradigma em crise pelo fato de a doutrina penal demandar mais da teoria do bem jurídico do que ela pode oferecer, com exigências de prestações que superam seu próprio objeto. O problema, dessa forma, não seria a falta de delimitação do conceito de bem jurídico, mas a referência exclusiva a este critério para a delimitação penal. Desse modo, mesmo entendendo ser impossível a determinação absoluta do conceito de bem jurídico, seria ele importante como eixo material de normas incriminadoras e ponto de fuga na análise das figuras de imputação⁷.

A problemática dos delitos por acumulação, inicialmente proposta por [Kuhlen](#), situa-se no mencionado contexto de transformações do Direito Penal. Os caminhos pelos quais tal questão vem sendo debatida na doutrina resume, simbolicamente, as dificuldades atuais de modificação do Direito Penal. Os delitos cumulativos envolvem, em sua fundamentação, demandas no sentido de conferir maior proteção aos bens jurídicos coletivos, de permitir alterações em regras de imputação do delito, além do fato de que seus principais adeptos suscitaram também questões sobre a própria capacidade de rendimento da teoria do bem jurídico no atual estágio de desenvolvimento social e de intensificação dos riscos.

Nesse contexto, o presente artigo tem como finalidade apresentar, ainda que brevemente, o debate sobre os delitos por acumulação na doutrina internacional, expondo seus principais pontos de resistência; o cenário que levou seus criadores a clamar pela intervenção penal em delitos de tão limitada danosidade e especialmente discutir, no que for pertinente ao problema deste grupo de delitos, a

6.... **Hefendehl**, como muitos autores da teoria do Direito Penal contemporâneo, discorda da possibilidade de retornar ao estágio anterior de criminalização exclusiva de bens jurídicos individuais, tão ressaltada pelos autores da chamada “Escola de Frankfurt”. Do mesmo modo, advertem para a impossibilidade de retirar absolutamente a ameaça de pena dos tipos de precaução. Diante do diagnóstico compartilhado por muitos, de irreversibilidade deste processo expansivo, parcela da doutrina prefere dedicar-se ao estudo das possibilidades de conformação do Direito Penal a esta nova realidade. Por todos, v. GRACIA MARTIN, Luís. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

7.... Apesar de defensor da teoria do bem jurídico, **Hefendehl** também prevê construções de tipos penais sem bens jurídicos. “Com o objetivo de preservar tal valor, defende-se aqui a tese de que somente em casos muito excepcionais e limitados um tipo penal pode deixar de proteger um bem jurídico sem transformar-se, com isso, em inconstitucional ou político criminalmente ilegítimo” (tradução livre). HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 191.

alternativa proposta pelos autores da chamada “Escola de Frankfurt penal”,⁸ que poderiam abarcar as demandas pela proteção de bens jurídicos coletivos, sem a necessidade de ameaça da pena de prisão.

2. Delitos por acumulação: conceito e contexto

A categoria dos delitos por acumulação é inicialmente sugerida por [Lothar Kuhlen](#), para fornecer uma hipótese de intervenção penal nos casos de pequenas infrações ao meio ambiente que, individualmente, são insignificantes, já que não representam lesividade suficiente para permitir a punição do autor, mas que, *somadas*, representam um dano considerável às condições de preservação ambiental.

Kuhlen desenvolve sua teoria a partir de um caso concreto, segundo o qual pequenas propriedades suinocultoras ao longo de um rio lançavam dejetos em quantidade ligeiramente acima do permitido pelas regras administrativas. Constatou-se, contudo, que apesar da pouca representatividade dos poluentes lançados ao rio por cada uma das propriedades (insuficiente, portanto, para a caracterização do tipo penal de poluição das águas), a soma dos poluentes despejados por todas as propriedades representava uma deterioração grave da qualidade da água.⁹ Em vista deste problema, sugere o autor a punição destas condutas, individualmente, com a finalidade de preservação do meio ambiente, enquanto bem jurídico coletivo, a ser desfrutado por toda a sociedade. O delito que fundamentaria a punição seria o de poluição das águas.

A proposta de Kuhlen, no entanto, vai além da preocupação inicial em preservar o meio ambiente de pequenas agressões e traz também questionamentos sobre os métodos tradicionais de tipificação de regras de tutela de bens jurídicos coletivos,¹⁰ no que é acompanhado por von Hirsch, Wohlers e Hefendehl¹¹.

8.... HASSEMER, Winfried. Características e crise do moderno direito penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, ano III, n. 18, fev.-mar. 2003, p. 144-157.

9.... Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerunreinigung (§ 324 StGB). *Gotsdamer Archiv*, n. 133, 1985, p. 389-408.

10.. Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik. *ZStW*, n. 105, p. 697, 1993.

11.. Especialmente nas publicações dos autores que integram a obra coletiva: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007.

Conforme sintetiza Silva Dias, o conceito de acumulação é “dogmático, normativo, que serve para a interpretação de certos tipos penais em circunstâncias específicas, que se pretende incorporar como norma da parte geral do direito penal”.¹² É ainda a “repetição reiterada e cientificamente comprovada de condutas, cuja existência poderá acarretar perigos reais ou mesmo sérios danos aos bens jurídicos”.¹³

Trata-se, em síntese, de uma soma de microlesões e de uma técnica de tipificação baseada em um grande número de atos. Nesse sentido, e conforme sustentam Wohlers e von Hirsch, a acumulação é mais do que uma técnica legislativa, é também um fundamento para a justificação ou legitimação de condutas perigosas contra bens jurídicos coletivos.¹⁴

Os delitos por acumulação, por definição, somente são aplicáveis na proteção de bens jurídicos coletivos,¹⁵ uma vez que os bens individuais não precisam de acumulação para ser expostos ao perigo.¹⁶ A questão do bem jurídico se refere também ao referencial antropocêntrico ou não na tutela de bens coletivos, sendo que somente será possível conceber a ideia de acumulação diante da primeira hipótese.

A ideia de acumulação surge como uma ferramenta de proteção da coletividade, no contexto da discussão sobre a sociedade de riscos. Mas, de nosso ponto de vista, superada a interpretação da teoria da sociedade de risco como panaceia, o que a tese de Kuhlen põe em relevo são os homens técnicos, as intervenções especializadas, a responsabilidade pelo manejo da própria técnica e o potencial dissuasório do Direito administrativo sancionador.¹⁷

12.. DIAS, Augusto Silva. What if everybody did it? *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 13, n. 3, p. 305, 2003.

13.. GONÇALVES, Marcel Figueiredo. Sobre a fundamentação dos delitos cumulativos. *Revista de Estudos Criminais*, ano X, n. 36, p. 110, 2010.

14.. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico...* cit., p. 288.

15.. Para Hefendehl, o conceito de não distributividade é uma das características dos bens jurídicos e, ainda mais essencial, o critério de não rivalidade no consumo, de “não desgaste” se consumidos conforme o ordenamento e dentro de seus limites (El bien jurídico como eje material..., cit., p. 189).

16.. GONÇALVES, Marcel Figueiredo. Sobre a fundamentação..., cit., p. 128.

17.. Cf. GIDDENS, Antony. *Consequências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991.

Para Kuhlen, é necessária a imposição de penas a delitos que são de pouca lesividade, mas repetidos por um grande número de pessoas, pois a maioria dos danos não se dá por uma contribuição “espetacular”,¹⁸ mas sim pela reiteração de pequenas contribuições. O recurso ao Direito Penal seria importante, especialmente, em vista da possibilidade de que os custos de multas e sanções administrativas sejam incorporados aos orçamentos das empresas e repassados aos clientes, esvaziando o potencial repressivo do Direito administrativo sancionador.¹⁹

Mas o principal motivo para criminalizar delitos por acumulação seria a relevância e necessidade de proteção de determinados bens coletivos, considerando-se especialmente que não é o agente individual que tem o potencial destrutivo do bem jurídico, mas sim o “ator coletivo”, inclusive a própria sociedade. A partir de um agir coletivo, ações inicialmente insignificantes tornam-se significantes. A consequência deste processo é o desenvolvimento de uma espécie de responsabilidade coletiva, segundo a qual as condutas proibidas perante os grandes riscos globais deverão ser reduzidas às ações mínimas, tendo em vista que os prejuízos aos bens coletivos derivam justamente desta soma de pequenas lesões individuais.²⁰

Segundo a interpretação de alguns autores, a ampliação do risco e a potencialidade de propagação da ação humana exigiriam do Direito Penal uma extensão das regras de imputação, ampliando os âmbitos de atribuição de responsabilidade individual, como forma de nos prevenirmos de uma espécie de “cegueira diante do apocalipse”.²¹

Segundo von Hirsch e Wohlers,²² as condições para que se verifique uma conduta merecedora de punição com base na acumulação são: (i) prognóstico realista de realização de condutas; (ii) existência de resultado efetivo, ainda que reduzido; (iii) consideração de

18.. Umweltstrafrecht – auf der Suche..., cit., p. 698.

19.. KUHLEN, L. Umweltstrafrecht..., cit., p. 697.

20.. JONAS, Hans. *El principio de responsabilidad* – Ensayo de una ética para la civilización tecnológica. Barcelona: Herder, 2004. p. 37.

21.. Os autores que sustentam esta posição seriam, segundo **Silva Dias, Jonas, Apel e Höhle**.

22.. VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico...* cit.

condutas pouco significantes.²³

O processo de tipificação a ser seguido pelo legislador deveria ainda seguir uma sequência de verificação empírica e valorativa, a fim de confirmar a oportunidade e necessidade da criminalização. Desse modo, o primeiro passo deverá ser uma análise técnica sobre quais são as condutas que, somadas, ultrapassam o limiar do risco de dano global (como, por exemplo, a poluição atmosférica causada pela emissão de gases tóxicos em quantidades pouco acima do limite permitido, por parte de um grande número de indústrias).

Em seguida, deverá verificar se as contribuições individuais são distintas em quantidade e valor social, se são em si inofensivas, ou se já são abarcadas pelo tipo penal tradicional. Após, deverá analisar quando a acumulação das contribuições individuais ultrapassa a fronteira do dano e causa um prejuízo público e, por fim, observar a existência de um equilíbrio entre o benefício social da conduta e sua proibição.²⁴

3. Fundamentos segundo a filosofia moral

Os princípios fundamentadores da responsabilidade penal por pequenos delitos, entretanto, ultrapassam o sentido penal de tutela de bens jurídicos coletivos, sendo que se buscam também na filosofia e na política criminal os argumentos para a possibilidade de criminalizar condutas por acumulação.

Nos delitos por acumulação, parte-se do pressuposto de que todos, ou pelo menos a maioria das pessoas, infringirão a lei. Por isso, a essência desses delitos é de que será praticada por vários indivíduos se não for prevenida. Sendo assim, tendo em vista que este grupo de delitos depende da ação de terceiros, muitos de seus apoiadores (especialmente [Wohlers](#)) sustentam-se em argumentos de filosofia moral, especialmente na ideia de solidariedade e de indivíduos cooperantes.

23.. Segundo **Saad Diniz**, isso não implica o afastamento do princípio da insignificância, que passaria a ser considerado após a avaliação da cumulatividade, ou seja, seria a insignificância do já pouco significativo. (Uma posição sobre os tipos penais cumulativos. In: SAAD DINIZ, Eduardo; POLAINO ORTS, Miguel. *Teoria da pena, bem jurídico e imputação*. São Paulo: Liber Ars, 2012. p. 149 e ss.).

24.. Cf. DIAS, Augusto Silva. What if everybody did it?, cit.

Joel Feinberg, na obra *The moral limits of the criminal law*, inicia um importante questionamento com a questão: “what if everybody did it?”, ou seja, “e se todos fizerem o mesmo?”.²⁵ Essa indagação é base para a discussão sobre a motivação dos comportamentos sociais e o referencial normativo, especialmente a partir da figura do *free rider*.

Free rider é aquele que pega “carona” no transporte coletivo, uma espécie de passageiro fantasma, que usufrui do serviço público, custeado por todos os usuários, extraindo somente para si um aproveitamento indevido. Ele explora o sentido cooperativo de outros em benefício próprio, sem dar nada em troca.²⁶

Para que este possa aproveitar gratuitamente de um serviço pago, contudo, é necessário que todos cumpram a lei e sigam seu dever de pagar pela viagem, ou seja, o *free rider* extrai para si uma vantagem indevida, à custa da perda coletiva e do cumprimento da norma por todos. A reprovação moral de seu comportamento, por isso, decorre do pressuposto de que todos agirão conforme as leis.

Na lógica dos delitos por acumulação, uma conduta semelhante seria realizada por aquele que pratica pequenas lesões ao meio ambiente, agindo egoisticamente em favor de si ou de seu empreendimento – como no exemplo citado anteriormente, ao descumprir uma norma que proíbe lançar dejetos à água –, porém que continua a beneficiar-se de um meio ambiente equilibrado, enquanto todos estiverem cumprindo as regras penais e administrativas de preservação ambiental.

É neste sentido que Andrew von Hirsch e Wolfgang Wohlers fundamentam os delitos por acumulação na obrigação de solidariedade, “para garantir que cada um receba o que é seu”,²⁷ sob duas condições: quando a hipótese dos resultados de delitos cumulativos for realista e desde que sejam estabelecidos maiores deveres de cuidado para os especialistas.

A crítica delineada contra essa fundamentação é de que, no fundo, trata-se de uma conduta imoral, porém não suficientemente relevante para ser considerada um ilícito penal, especialmente diante da reforçada impossibilidade de o Direito Penal ser instrumentalizado

25.. BECHARA, Ana Elisa. Delitos de acumulação e racionalidade da intervenção penal. *Bol. IBCCRIM*, n. 208, v. 17, 2010.

26.. DIAS, Augusto Silva. What if everybody did it?, cit., p. 316.

27.. Teoría del bien jurídico y estructura del delito..., cit., p. 288.

para a punição de meras imoralidades.²⁸

Por outro lado, o fundamento dos delitos por acumulação, para [Kuhlen](#), reside no dever de solidariedade (*Solidaritätspflicht*), enquanto ética para a civilização tecnológica e meio de contenção dos novos riscos. As bases desse dever de solidariedade relacionam-se com uma vinculação positiva e prévia entre o agente e a instituição, tendo como pano de fundo a ideia de solidariedade.

A solidariedade baseia-se na cooperação, e o free rider é o oposto do homem cooperante.²⁹ A cooperação depende da confiança intersubjetiva de que o outro também irá cooperar. Na sociedade moderna, a expectativa de que os indivíduos se mantenham cooperantes fundamentaria um desvalor ético da conduta do free rider, pelo fato de o agente se aproveitar de situações de desorganização para agir em benefício próprio, aproveitando-se da colaboração de terceiros para aferir vantagens ilícitas.

De acordo com [John Rawls](#),³⁰ do ponto de vista egoísta, cada um se sente tentado a deixar de fazer a sua parte a partir do momento em que verificar – ou tiver fundadas razões para acreditar – que os demais não estão fazendo a sua parte. E, nessa hipótese, haverá a previsão de que o mal compensa, e impera a instabilidade. É só a segurança de que sua atitude cooperante não é em vão que faz com que o homem continue cooperando, e essa segurança é a certeza da punição daquele que age egoisticamente.

Nesse sentido, a punição do agente de pequenos delitos contra bens jurídicos coletivos representaria um estímulo para que toda a sociedade continuasse se comportando conforme a lei e, com base neste dever de solidariedade, haveria um nexos entre o delito cumulativo e a proteção autônoma do meio ambiente, por exemplo.

A fundamentação dos delitos no dever de solidariedade, contudo, nos obriga a decidir se é devido punir uma pessoa pelo fato de não contribuir com o Estado, com condutas que aparentemente são de deslealdade, por infração aos deveres de solidariedade, como os

28.. Notícia **Roxin** que “durante muito tempo constituiu tema central da polêmica político-criminal a questão de se é possível castigar licitamente as ações meramente imorais, porém não lesivas a bens jurídicos” (tradução livre). *Derecho penal, Parte general*. Madrid: Thomson, Civitas, 2007. t. I, p. 52.

29.. A teoria do homem cooperante parte de uma concepção liberal de pessoa, enquanto alguém de quem se espera respeito pelas normas, porque participou democraticamente de sua formação, pois participaria do contrato social (*A theory of justice*. Massachusetts: Harvard University Press, 2003, p. 420 e ss.).

30.. *Idem, ibidem*, p. 425 e ss.

tradicionais delitos cometidos por funcionários públicos, o que, segundo Hefendehl, seria inconstitucional.³¹

Para [Robles Planas](#), não se justifica a punição de uma conduta por ser desleal à instituição, mas sim se exige que o sentido desta ação seja visto como um ato de liberdade cuja única finalidade seja produzir dano, com a exceção dos atos que pressuponham uma autovinculação à instituição, como os casos de omissão de dever de socorro, dada a estrutura interna do tipo, sem que o sacrifício da liberdade pessoal do auxiliador seja, em si, significativo.³²

Na visão de [Silva Dias](#), a figura do free rider se cruza, mas não se confunde, com a acumulação, pois alguém que infringe uma proibição não quer desfrutar de modo desigual de um bem jurídico, mesmo porque sua conduta é inócua. Sua conduta somente se aproximaria do free rider quando assumisse egoisticamente uma desfuncionalidade, mas continuasse a desfrutar de um meio ambiente sadio.³³

Por fim, para [Alcácer Guirao](#), e na esteira do apregoador por [Schünemann](#), a única fundamentação hipoteticamente possível para os delitos por acumulação seria a proteção das gerações futuras.³⁴

4. Fundamentos e dificuldades jurídicas dos delitos por acumulação

A sociedade de riscos é caracterizada, atualmente, pela “sobre atribuição de responsabilidades”³⁵, com a racionalidade instrumental de riscos, e traz inerente em si o problema da causalidade das lesões e as dificuldades de imputação. Conforme constatam [Hassemer](#) e

31.. Afirma o autor que “tal é o caso da penalização da infração de representações de valor ou de conduta homogêneas enraizadas na sociedade carente de efeitos danosos. Somente seria contrário à Constituição (...) um tipo penal que castigasse a mera infração de um dever” (Tradução livre. El bien jurídico como eje material de la norma penal..., cit., p. 191.)

32.. ROBLES PLANAS, Ricardo. Dogmática de los límites al derecho penal. In: ROBLES PLANAS, Ricardo (Org.). *Límites al derecho penal*. Principios operativos en la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier, 2012. p. 23.

33.. Cf. DIAS, Augusto Silva. What if everybody did it?, cit.

34.. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. La protección del futuro y daños cumulativos. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y criminología*, n. 4, v. 8, 2002.

35.. DIAS, Augusto Silva. What if everybody did it?, cit., p. 306.

Muñoz Conde,³⁶ em consonância com diversos outros autores, “as causas se diluem no decorrer do processo produtivo”.³⁷

Tal dificuldade em se identificar nexos de causalidade e critérios de imputação são ainda mais evidentes no caso dos delitos cumulativos, pois, dada a dificuldade de se reconhecer a causalidade entre ações insignificantes e a lesão a um bem jurídico coletivo, os limites da responsabilidade devem vir estabelecidos por parâmetros objetivos, standard, de afetação (como um mínimo de emissão de poluentes suficiente para configurar essa ação, a princípio, insignificante),³⁸ que pouco se relacionam com os elementos subjetivos do tipo ou com os critérios de imputação objetiva.³⁹

Conforme apontado por [Silva Sánchez](#), nos casos de acumulação, teríamos passado do paradigma “causa – lesão” ou “causa – perigo de lesão” para o paradigma “causa coletiva – responsabilidade individual de lesão”.

Haveria uma autoria acessória universal, de um fato global e permanente, na pessoa de um “autor coletivo”, tendo em vista que exige um comportamento de massa, induzindo a uma autoria acessória obrigatória.⁴⁰ Some-se a isso o fato de que o delito está inserido em uma noção de tempo e espaço, e por isso a relação de causalidade não pode se estender infinitamente no tempo.

Para Hefendehl,⁴¹ a fim de suprir a falta de causalidade entre ação e resultado, deveria ser exigida a equivalência material

36.. *La responsabilidad por el producto en el derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

37.. GONÇALVES, Marcel Figueiredo. Sobre a fundamentação..., cit., p. 115.

38.. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. La protección del futuro y los daños cumulativos, cit., p. 15.

39.. Como sintetiza **Eduardo Saad-Diniz**: “O problema da legitimação da figura da cumulação em matéria penal é também o problema da imposição dos limites à cumulatividade de condutas. Wohlers procura ascender ao conceito de universalidade da proteção do bem jurídico elaborando critérios de legitimação à ideia de cumulatividade de condutas. Esses critérios visam aos referenciais dogmáticos no sistema jurídico-penal que sejam idôneos à intervenção punitiva. Não é porque a insignificância passa a indicar sentido à repressividade que a reação penal deve ser planejada de modo desorganizado e sem o mínimo lastro de razoabilidade” (*Teoria da pena, bem jurídico e imputação*, cit., p. 151).

40.. DIAS, Augusto Silva. What if everybody did it?, cit., p. 306.

41.. Cf. El bien jurídico como eje material..., cit.

entre ação e resultado proibido, para inibir que ações inócuas pudessem ser repetidas em grande número. Ainda, segundo o autor, a flexibilização das regras de causalidade não seria um problema, já que entende que não há lugar para causalidade lesiva real na seara dos bens jurídicos coletivos.

Para Ana Elisa Bechara, contudo, a responsabilidade do autor não se justifica mais em sua conduta, mas na soma desta com a de terceiros, infringindo o princípio da culpabilidade, pois, em suas palavras, não se trataria mais de um delito cumulativo, “mas de uma causalidade cumulativa”, inserindo a lógica do concurso objetivo involuntário de agentes.⁴²

Além da dificuldade de se estabelecer um critério razoável de responsabilidade que não esbarre na mencionada autoria coletiva, não se estabelece exatamente qual o critério de risco para a imputação objetiva. Este seria tão vago, que quiçá dispensaria a noção de culpabilidade individual, e a imputação seria resultante de uma espécie de culpa também coletiva.

Ainda, para a delimitação da responsabilidade, é necessário que fosse possível ao autor calcular o risco de sua ação. Todavia, no caso dos delitos por acumulação, exige-se um conhecimento acima do razoável para esta antecipação do risco. É exigível que o agente vislumbre a possibilidade de que sua ação seja também repetida por um grupo significativo de pessoas e que o meio ambiente naquele local já tenha sofrido algum dano anterior. Nos casos de delitos por acumulação, pode não existir esta previsibilidade, e mesmo assim haver imputação penal.

Exige-se um grau de conhecimento acima da pessoa média, para que o autor conheça, ou tenha fundadas suspeitas quanto ao número de pessoas que praticam o mesmo injusto insignificante, a possível ameaça à espécie, a existência de danos anteriores causados no mesmo espaço. Na conduta isolada, em que não há previsibilidade, e sequer criação de risco relevante, não haveria desvalor da ação nem do resultado, sendo quase inadmissível se falar em imputação objetiva.

Delitos que não apontam para o grau de risco e lesividade ao bem jurídico acabam inserindo-se no grupo de delitos de mera desobediência. Segundo Ana Elisa Bechara, “passa-se de normas de conduta para normas de organização”.⁴³

42.. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de livre-docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mimeo, 2010, p. 262.

43.. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*, cit., p. 262.

No caso dos delitos de acumulação, ainda, o curso do resultado não é dominável pelo agente nem se exige um grau de conhecimento razoável. Para se constatar o conhecimento do agente neste grupo de delitos, seria necessária a ampliação das hipóteses de dolo (transformando o dolo atual em dever de conhecimento). Ponderamos, inclusive, o retorno de um sistema causalista de responsabilidade, baseado na punição de uma ação com base exclusiva em um resultado formalmente proibido pela norma, independentemente do real prejuízo ao bem jurídico.

Segundo [Wohlers](#) e [von Hirsch](#),⁴⁴ contudo, não se abandonariam os postulados de imputação objetiva, já que seriam redefinidos os patamares de risco socialmente toleráveis, com base em critérios empírico-científicos mais rígidos.⁴⁵ A postura dos autores em relação aos delitos por acumulação pode ser interpretada como decorrente de sua interpretação de que o bem jurídico, por si só, não é elemento fundamentador suficiente para a intervenção penal, que necessitaria de referenciais externos. Segundo a crítica de [Ana Elisa Bechara](#), contudo, de acordo com o princípio da ofensividade, os autores referidos acabariam por justificar a tutela de uma função.⁴⁶

Entretanto, ainda que observados os critérios de imputação com base na menor tolerância aos riscos contra bens coletivos, não se supera a importante questão da desproporcionalidade em atribuir a alguém uma pena por haver cometido uma conduta de tão pouca relevância para a afetação do bem jurídico coletivo. É de observar também a desnecessidade de pena para uma pessoa que pratica um fato pouco lesivo socialmente. Alguns autores sustentam ainda que, por se tratarem de problemas sistêmicos, não seria possível combatê-los por meio da intervenção individual.

O argumento de peso de Kuhlen contra o que foi mencionado refere-se à limitada efetividade das sanções administrativas em determinados casos. No entanto, mesmo que a proteção penal se baseie na insuficiência da legislação administrativa, ou seja, que

44.. Cf. Teoría del bien jurídico y estructura del delito..., cit.

45.. "A racionalidade do sistema jurídico-penal deve elevar seus níveis de compreensão à racionalidade dos juízos de risco e perigo elaborados com base em critérios científicos. Na tese de Wohlers a legitimação da intervenção punitiva não extrapola a verificação empírico-racional dos limites da ideia de risco" (SAAD-DINIZ, Eduardo. *Teoria da pena, bem jurídico e imputação*, cit., p. 152).

46.. *Da teoria do bem jurídico...*, cit., p. 288.

esteja atendido o princípio da ultima ratio (já que todas as instâncias anteriores falharam), a intervenção penal não se justifica quando for desproporcional. E ainda que se diga que o princípio de ultima ratio não tem status constitucional, e não vincula a atividade do legislador, os princípios de legalidade e proporcionalidade são constitucionais, e seu desrespeito é causa de invalidade da norma.⁴⁷

5. Aceitação da teoria dos delitos cumulativos

A despeito das dificuldades apresentadas, e com motivações diferentes, alguns autores vêm refletindo recentemente sobre a efetiva possibilidade de implementação dos delitos por acumulação, em sentido contrário à grande maioria da doutrina.

Conforme apresenta [Ana Elisa Bechara](#), autores como [Figueiredo Dias](#), por exemplo, teriam aceitado a possibilidade de sua tipificação diante dos “megarriscos” globais, que necessitariam da intervenção do Direito Penal.⁴⁸ Stratenwerth também, mas com base no Direito Penal voltado para a proibição de comportamentos socialmente indesejáveis.

Silva Sánchez, por sua vez, reflete sobre a hipótese de criminalização de condutas cumulativas exclusivamente sob o ponto de vista da comunicação do Direito Penal, advertindo, contudo, sobre a desnecessidade de sanções restritivas de liberdade, motivo pelo qual aponta para a possível inserção destas condutas no conjunto de proibições de um Direito Penal de segunda velocidade. Reconhece, porém, a falta de proporcionalidade entre as condutas e as sanções virtualmente impostas.⁴⁹

No Brasil, [Fábio D’Avila](#) aceita também os delitos por acumulação, apesar de reconhecer sua falta de ofensividade. Segundo o autor, quanto mais poluído o local, maior deveria ser o controle penal, o que justificaria esta espécie de previsão legal. A acumulação seria considerada pela verificação real de um dano já existente, ou ao menos iniciado.

Alguns problemas que podem ter levado os autores mencionados a convencerem-se pelos argumentos de [Kuhlen](#) e [Wohlers](#) decorreriam da tendência de modernização do Direito Penal, por exemplo, exigindo-se a criação de categorias diversas de autores, a

47.. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. ¿Política criminal “moderna”? Consideraciones a partir de los delitos urbanísticos en el Código Penal Español. In: *Actualidad Penal*, n. 23, p. 435-449, especialmente p. 438, 1998.

48.. *Da teoria do bem jurídico...*, cit., p. 260 e ss.

49.. *La expansión del derecho penal...*, cit., p. 112.

partir de conhecimentos especiais dominados por um especial grupo de agentes. Ou seja, aqueles profissionais que, em virtude de sua experiência e formação, fossem capazes de identificar a prévia lesão ao bem coletivo, e aventar a possibilidade do risco criado pela sua conduta, ainda que insignificante, poderiam ser mais rigorosamente exigidos pelo Direito Penal (o que, a nosso ver, claramente se desvirtuaria para um Direito Penal de autor). Esses profissionais seriam especialmente responsáveis pelo manejo da técnica adequada, tornando-se garantes dos bens jurídicos coletivos vulnerabilizados pela sua atividade.

Ademais, um forte argumento para esta aproximação com a teoria dos delitos cumulativos poderia advir, no caso específico dos delitos ambientais, do repasse de custos com as multas civis e administrativas ao preço final do produto. Este, contudo, representa um caso elementar de falta de subsidiariedade do Direito Penal, pois se a administração pública não tem dificuldades em lograr a adequação da conduta das pessoas – físicas ou jurídicas – por meio de sanções pecuniárias, deverá buscar a interdição definitiva das atividades que estivessem a violar o meio ambiente ou outro bem jurídico coletivo.

6. Acumulação e teoria do delito

Além do objetivo de proteção de bens jurídicos coletivos, a proposta dos delitos por acumulação refere-se a uma nova forma de interpretar a imputação penal.

Complementando a proposição de [Kuhlen](#),⁵⁰ [Hefendehl](#)⁵¹ também defende a necessidade de separação entre normas de proteção ao bem jurídico e normas mais concretas de referência ao objeto da ação (água x meio ambiente), submetendo a leis causais não somente o objeto da ação, mas também o próprio bem jurídico.⁵²

[Hefendehl](#) sustenta a exclusão de tipos em relação a bens jurídicos só aparentemente coletivos (tais como delitos de insolvência, de falsidade documental), privilegiando pelo mecanismo de acumulação somente a tutela de bens jurídicos realmente coletivos, como o meio ambiente.

50.. Conforme [Kuhlen](#): “flexibilizar a relação legislativa penal entre bem jurídico e ato ilícito” (*Umweltstrafrecht...*, p. 698 – tradução livre).

51.. [HEFENDEHL](#), Roland. El bien jurídico como eje material..., cit., p. 181.

52.. Conforme [Hefendehl](#): “A circunstância de que um bem jurídico ou as propriedades valiosas nele designadas possam resultar diminuídas proporciona, a seu turno, a possibilidade de submeter a leis causais não somente ao objeto da ação, mas também o próprio bem jurídico” (idem, ibidem, p. 181 – tradução livre).

No mesmo sentido, sustentam [Wohlens](#) e [von Hirsch](#) que o tipo penal não seria legítimo somente pela sua proteção a um bem jurídico, mas também pela relação que apresenta com as *condutas* referidas a bens jurídicos.

Em uma interpretação original, os mencionados autores apontam que a maior prova de que é legítima a imputação penal, mesmo sem a lesão ou perigo a um bem jurídico, encontra-se nos delitos de perigo abstrato, que precisam de uma legitimação superadora do dogma do bem jurídico: “é necessária uma prova de que já (...) a mera transgressão como tal (...) pode legitimar uma punição”.⁵³

Os autores subdividem os delitos de perigo abstrato, com o intuito de comprovar que estes, na verdade, são compostos por três diferentes categorias: delitos preparatórios, delitos cumulativos e delitos de perigo concreto, representando todas as situações que fogem ao controle do autor nos seus possíveis desdobramentos.⁵⁴

O modo como os autores justificam a existência dos delitos por acumulação poderia levar-nos à interpretação de que se trata, em sua estrutura, de delitos de perigo “superabstrato”, dada a antecipação que representam na tutela do bem jurídico. [Kuhlen](#), contudo, contesta essa interpretação, sustentando que se trata, na verdade, de delitos de resultado.

No crime de perigo abstrato, a periculosidade é presumida com base na ação individual do autor e independe de outros casos.⁵⁵ Já no crime por acumulação, a periculosidade depende da repetição por um grupo de pessoas, ou seja, a realização da figura típica depende da ação de terceiros. Porém, segundo [Kuhlen](#), como já mencionado, não são delitos de conduta, mas sim delitos de resultado, ainda que esse resultado ofereça menos perigo que um tipo de perigo abstrato.

Conforme explica [Saad Diniz](#), para [Kuhlen](#) “a individualização da conduta passa a ser entendida como a individualização de

53.. *Teoría del bien jurídico y estructura del delito...*, cit., p. 287 (tradução livre).

54.. Conforme [von Hirsch](#) e [Wohlens](#), “do que se trata é de condutas cuja periculosidade reside em que conduzem a situações que já não são controláveis pelo autor e que somente com o correspondente objeto material entre o âmbito de atuação do autor podem ter como consequência um perigo concreto e, a depender do caso, também uma lesão. Como nestes casos penaliza-se a conduta como tal, com independência de se houve realmente uma colocação em perigo ou lesão, poderíamos falar de um perigo abstrato” (*Teoría del bien jurídico y estructura del delito...*, cit., p. 291 – tradução livre).

55.. [BOTTINI](#), Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio de precaução na sociedade do risco*. São Paulo: RT, 2007. p. 126.

*determinado tipo de conduta. Igual, a ofensividade é a ofensividade de determinado tipo de conduta”.*⁵⁶

Ainda que, a nosso ver, seja descabida a hipótese de criminalização de condutas por acumulação, tendo em vista a possibilidade de controle por outras áreas do Direito, como discorreremos em seguida, parece-nos que as reflexões dos autores em comento (Kuhlen, Hefendehl, Wohlers e von Hirsch) são interessantes pelo modo como abrem a teoria geral do Direito Penal a interpretações inéditas, a partir de estruturas já consolidadas.

O que os autores expõem, em síntese, é que muitos tipos penais pretensamente protetores de bens coletivos na verdade são somente técnicas de tipificação preventiva de bens jurídicos individuais, sendo este o primeiro problema a ser enfrentado pelo legislador penal na construção de tipos de perigo.

Em segundo lugar, chamam a atenção para a necessária reflexão a respeito da tutela de condutas específicas, fracionando bem jurídico e objeto da ação e alçando esta última a objeto de proteção penal. Igualmente, Wohlers e von Hirsch demonstram que a racionalidade da acumulação já está presente na tipificação de delitos de perigo abstrato, destacando que a crítica a esta racionalidade (cumulativa) deve estender-se por toda a categoria de tipos de perigo.⁵⁷

Trazem à tona, ainda, o problema real da incorporação da racionalidade técnica e empírica à delimitação da imputação objetiva, bem como a questão de difícil solução acerca dos conhecimentos especiais como fundamento de um injusto penal agravado, cindindo os grupos de autores sem, contudo, conseguir superar a inafastável crítica da criação de um Direito Penal de autor.

Especialmente a partir das observações de Hefendehl, demonstram que a separação entre bem jurídico e objeto da ação não significa afastar juízos de racionalidade e proporcionalidade e sugerem o redimensionamento da aplicação do princípio da insignificância para diferentes grupos de bens jurídicos. Problematizam, por fim, a ponderação entre o princípio de subsidiariedade do Direito Penal e da insuficiência do Direito administrativo na regulação de condutas empresariais danosas ao meio ambiente, mas extremamente lucrativas.

56.. *Teoria da pena, bem jurídico e imputação*, cit., p. 151.

57.. Nesse sentido, Hefendehl defende a busca de estruturas delitivas adequadas (El bien jurídico como eje material..., cit., p. 193).

Esta é a principal questão que buscamos analisar no ponto seguinte: como deve atuar o Direito Penal quando o Direito administrativo sancionador não for suficiente para interromper uma conduta prejudicial a um bem jurídico coletivo, ainda que a conduta não seja merecedora de pena?

7. Delitos por acumulação e direito administrativo sancionador

Conforme visto antes, a problemática dos delitos por acumulação se insere no complexo debate sobre a possibilidade de alteração dos princípios fundamentais do Direito Penal para atender às novas demandas tecnológicas e sociais. Esta é a problemática enfrentada por [Silva Sánchez](#), [Hassemer](#) e outra série de autores (especialmente aqueles representantes da Escola de Frankfurt), que buscam debater como o Direito Penal pode modernizar-se, para compreender as restrições atuais de imputação pessoal, de nexos de causalidade e delimitação mínima do ilícito punível.

Grande parcela do debate sobre a necessidade de modernização do Direito Penal parte dos mesmos argumentos utilizados por [Kuhlen](#) e [Wohlers](#): do poder simbólico de comunicação do Direito Penal, da necessidade de eficiência na tutela de determinados bens jurídicos socialmente relevantes, da inefetividade das outras áreas do Direito para a tutela desses bens, do surgimento de novos riscos, novas demandas sociais, etc. Estes argumentos, assim, não de ser analisados no mesmo contexto dos demais delitos que integram esta área “moderna” do Direito Penal.

Ainda que este não seja um tema a que se propõe debater aqui, cabe mencionar que os delitos por acumulação, por mais insustentáveis que possam parecer diante de uma ótica minimalista do Direito Penal, estão inseridos no conjunto de problemas que hoje pressionam as fronteiras do Direito Penal, tornando-o mais próximo da racionalidade do Direito administrativo sancionador.

Isto porque há, reconhecidamente, um núcleo de crimes que compõe o Direito Penal, o chamado “núcleo duro”.⁵⁸ Porém, fora dele, e onde se inserem os delitos contra bens jurídicos coletivos, há um conjunto de condutas de menor lesividade, em relação às quais não há uma delimitação tão clara sobre sua pertinência ao Direito Penal ou a outros métodos de controle. Conforme observa [Cerezo Mir](#), haveria uma linha contínua de gravidade, desde o mencionado núcleo do Direito Penal até as últimas faltas administrativas, que

58.. O chamado “Kernstrafrecht”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión...*, cit., p. 179. Ver também HASSEMER, Winfried. *Perspectivas del derecho penal futuro*. *Revista Penal*, ano 1, n. 1, 1998, p. 40.

vai se atenuando, sem nunca desaparecer por completo.⁵⁹

No entanto, entre os extremos da grave sanção penal e da leve sanção administrativa⁶⁰ há uma área de indefinição, que permite ao legislador eleger livremente qual é a área de tutela destes injustos: o Direito Penal ou o administrativo sancionador. Nessa área indefinida⁶¹ caberia a decisão política do legislador acerca da melhor técnica legislativa a ser utilizada.

Cada escolha, entretanto, pressupõe reflexos na estrutura interna do Direito Penal. A se entender como legítima a transformação das estruturas da teoria do delito para a adaptação do Direito Penal aos mesmos parâmetros de eficiência, eficácia e celeridade dos outros ramos jurídicos, estaríamos abrindo mão dos princípios mais essenciais de subsidiariedade, ofensividade e fragmentariedade do sistema repressivo.

Esta opção pela tutela dos bens jurídicos coletivos por uma ou outra área do Direito (penal ou administrativo) é de caráter eminentemente de política criminal, assim como o debate sobre os delitos por acumulação. Aceitar esta nova forma de tipificação implica o possível reforço da tutela jurídica de determinados bens jurídicos coletivos. Contudo, acarreta, concomitantemente, a dispensa do Direito Penal de ultima ratio, ao mesmo tempo em que pretende, simbolicamente, cuidar de uma situação de perigo ao bem jurídico, sem lançar mão de recursos efetivos para a proteção desses bens, deixando intocados os conflitos e produzindo consequências retóricas e injustas.⁶²

Mas permanece a pergunta: e se todos decidirem repetir esta pequena infração, e há uma grande probabilidade que o façam? A nosso ver, a resposta a esta questão cabe somente ao Direito administrativo sancionador, modificando suas estratégias de intervenção

59.. CEREZO MIR. *Curso de derecho penal*. Madrid: Tecnos, 2004, p. 54. Esta ideia é inicialmente traçada por Welzel, em *Der verbotsirrtum im Nebenstrafrecht*.

60.. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al derecho penal...*, cit., p. 10.

61.. Conforme **Maier**, “é mais do que difícil, é impossível traçar uma fronteira absolutamente exata ao âmbito de coisas, situações ou pessoas que pertençam a um conceito determinado, de maneira que tal não se confunda com seu vizinho ou, melhor ainda, com seu oposto contraditório” (MAIER, Julio. El derecho contravencional como derecho administrativo sancionador. In: PÁSTOR, Daniel; GUZMÁN, Nicolás (Orgs.). *Problemas actuales de la parte general del derecho penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2010. p. 39 – tradução livre).

62.. BECHARA, Ana Elisa. *Da teoria do bem jurídico...*, cit., p. 263.

e proibindo em absoluto a continuidade das atividades. Tal resposta não compete ao Direito Penal, pois sancionar um autor pela probabilidade de que outros cometam o mesmo delito é sancionar ex iniuria tertii, pela impossibilidade de se inserir nela juízos de lesividade concretos. O Direito administrativo sancionador, por sua vez, pode prescindir destes juízos concretos.⁶³

Conforme sustenta [Silva Sánchez](#), o Direito administrativo sancionador é, por excelência, o direito dos danos cumulativos, requerendo somente uma consideração global do conjunto de condutas e não a valoração individual do fato típico.⁶⁴

Esta é uma consequência da modernização do Direito Penal, não mais restrita à responsabilidade individual pela ação culpável de afetação real de um bem jurídico, mas que caminha para um modelo de gestão e organização dos interesses sociais e de proteção das gerações futuras.⁶⁵ Contudo, conforme entendemos, essa gestão de riscos e intervenção nas esferas de organização individuais direcionadas a direitos de gerações futuras é uma racionalidade própria do Direito administrativo sancionador⁶⁶ e não do Direito Penal.

Nesse sentido é que remetemos a problemática dos delitos cumulativos às alternativas fornecidas, na prática, pelo Direito administrativo sancionador e, na teoria do Direito Penal, às propostas do Direito de intervenção, de [Hassemer](#), ou ao Direito Penal de duas velocidades, de [Silva Sánchez](#).

Cabe, tradicionalmente, à tutela do Direito administrativo sancionador a proteção dos interesses administrativos, a regulação de condutas de perigo abstrato e o controle, em geral, da criminalidade de bagatela, donde se inseririam os delitos por acumulação. Este setor se caracteriza pela gestão setorial de áreas sob a responsabilidade da Administração Pública, pela regulamentação das atividades cotidianas e coordenação das esferas de atuação do poder público, a sanção de condutas cumulativas e, nesse contexto, teria a finalidade

63.. “O segundo [Direito administrativo sancionador] persegue ordenar, de modo geral, setores de atividade (reforçar, mediante sanções, determinado modelo de gestão setorial). Por isso, não há por que seguir critérios de lesividade concreta, senão, preferencialmente, de afetação geral, estatística; do mesmo modo, não há por que ser tão estrito na imputação, nem sequer na persecução (regida por critérios de oportunidade e não de legalidade).” SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. ¿Política criminal “moderna”?... cit., p. 443 (tradução livre).

64.. Idem, p. 444.

65.. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. La protección del futuro y los daños cumulativos, cit., p. 16.

66.. Idem, ibidem, p. 17.

de reforçar as exigências de maiores cuidados em relação a determinadas áreas ou determinados bens coletivos.⁶⁷

Aproveitar os recursos de prevenção geral e proteção de bens jurídicos que podem ser disponibilizados pelo Direito Administrativo sancionador permitiria, assim, cumprir com as demandas pela proteção de bens jurídicos coletivos, especialmente vulnerados pelas condutas repetitivas de pouca lesividade, sem a necessidade do recurso ao Direito Penal.

Contudo, para que fossem atingidos os objetivos de proteção efetiva de bens jurídicos coletivos, nos casos de condutas acumuladas, exclusivamente por meio do Direito Administrativo sancionador, e conforme indica [Helena Lobo da Costa](#), seria preciso “também refletir sobre a estrutura do ilícito administrativo”.⁶⁸ Por exemplo, ampliando os poderes da autoridade pública para interromper as atividades de pessoas ou empresas que se recusem a comportar-se licitamente, mesmo após diversas advertências e sanções pecuniárias. Ou seja, se as empresas incorporam o valor das multas ao preço final do produto, a única alternativa restante ao poder público é determinar o fechamento da empresa e o fim da atividade industrial, antes de podermos seguir na indagação sobre o potencial preventivo da norma administrativa.

No que se refere às possibilidades (ainda) teóricas de absorção das condutas acumulativas por outro ramo que não o Direito Penal, surge a alternativa proposta por [Silva Sánchez](#), de divisão da parte geral e da teoria geral do delito, para a criação de um Direito Penal de segunda velocidade, em que não haveria a imposição de penas restritivas de liberdade.⁶⁹ Não nos convencemos, contudo, pela hipótese de segunda velocidade de [Silva Sánchez](#), em vista dos riscos que a fragmentação da parte geral pode trazer à aplicação futura do Direito repressor.

Mais próximo da atividade sancionadora da administração, sugere [Hassemer](#) a exclusão dos tipos intermediários do Direito Penal, especialmente aqueles protetores de bens jurídicos coletivos, pela criação do Direito de intervenção. Esse Direito estaria situado “entre

67.. GOMES TOMILLO, Manuel. Consideraciones en torno al campo límite entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal. *Revista Actualidad Penal*, n. 4, p. 69-89, 2000.

68.. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 192.

69.. La expansión..., cit., p. 178.

o *Direito Penal e o administrativo, entre o Direito Civil e o Direito Público*”,⁷⁰ com regras e garantias processuais mais flexíveis, com vistas a tornar a investigação mais eficiente, desde que, em contrapartida, deixe-se de prever penas restritivas de liberdade, equilibrando-se garantias com consequências penais.

A não imposição de penas privativas de liberdade seria a principal característica do Direito de intervenção. Tendo em vista este fato, este novo ramo poderia voltar-se para a atuação preventiva (como uma modalidade de Direito preventivo) ou a criação de obrigações de minimizar danos, quando não seja possível revertê-los, mediante normas que exijam, por exemplo, a criação de fundos mútuos de responsabilidade em áreas de risco industrial.

A nosso ver, o repasse de funções e poderes mais efetivos para os mecanismos de controle da administração ou talvez mesmo a implementação do Direito de intervenção podem forçar a contribuição das outras áreas jurídicas no combate a condutas violadoras de bens jurídicos importantes para o convívio social. Esta colaboração entre áreas, inclusive, é um dos pressupostos do Direito de intervenção.

8. Conclusão

A categoria dos delitos por acumulação é elaborada por um grupo de autores com a especial finalidade de proteção do meio ambiente, diante de pequenas agressões reiteradas, cometidas por um grupo significativo de pessoas. A inexpressividade das lesões individualmente provocadas, contudo, não seria suficiente para justificar a configuração do tipo penal.

Por este motivo, os autores sugerem uma série de adaptações na teoria do delito, com a finalidade de permitir a imputação de responsabilidade a estes sujeitos, criando uma espécie de autor coletivo, com nexo de causalidade coletivo, a quebra dos conceitos de proteção de bem jurídico e objeto da ação enquanto fundamentadores do tipo, além de exigir um grau de conhecimento acima do razoável para a maioria da população.

Com vistas a evitar tamanha distorção dos princípios mais básicos do Direito Penal, entendemos que as demandas dos autores de proteção de bens jurídicos que estão em situação de danos acumulados não podem ser recepcionadas por esta área, especialmente

70.. HASSEMER, Winfried. Características e crise do moderno direito penal, cit., p. 156.

pelo risco de que, uma vez flexibilizadas as regras gerais para um pequeno grupo de casos, esta quebra de rigor possa expandir-se para outras áreas do Direito Penal.

As preocupações dos autores com a preservação do meio ambiente, contudo, são extremamente legítimas e deveriam ser tratadas com seriedade como caso de tipificação de ilícitos administrativos.

Sugerimos, por fim, a transposição dos delitos de acumulação, sob uma perspectiva teórica, também para as áreas que podem vir a ser desenvolvidas no futuro, como o Direito de intervenção de [Hassemer](#), ou mesmo o Direito Penal de segunda velocidade de [Silva Sánchez](#).

9. Referências bibliográficas

ALCÁ CER GUIRAO, Rafael. La protección del futuro y los daños cumulativos. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 8, v. 4, publ. 13.05.2002.

BECHARA, Ana Elisa L. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de livre-docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mimeo, 2010.

_____. Delitos de acumulação e racionalidade da intervenção penal. *BolIBCCRIM*, n. 208, v. 17, 2010.

CEREZO MIR. *Curso de derecho penal*. Madrid: Tecnos, 2004.

COSTA ANDRADE, Manuel. A dignidade penal e a carência de tutela penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 2, abr.-jun. 1992, p. 185.

DIAS, Augusto Silva. What if everybody did it? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 13, n. 3, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 2009.

FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. *Sistema integral del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

GIDDENS, Antony. *Consequências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991.

GOMES TOMILLO, Manuel. Consideraciones en torno al campo límite entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal. *Revista*

artigo 01

artigo 02

artigo 03

artigo 04

artigo 05

Actualidad Penal, n. 4, 2000.

GONÇALVES, Marcel Figueiredo. Sobre a fundamentação dos delitos cumulativos. *Revista de Estudos Criminais*, ano X, n. 36, 2010.

_____. Vendedor ambulante, contrafação de mídias e acumulação: a discrepância de um fundamento. *Bol. IBCCRIM*, n. 209, v. 17, 2010.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas del derecho penal futuro. *Revista Penal*, ano 1, n. 1, 1998.

_____. Perspectivas de una nueva política criminal. *Revista Penal*, n. 1, 2001.

_____. Características e crise do moderno Direito penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, ano III, n. 18, fev.-mar. 2003.

HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007.

KUHLEN, Lothar. Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerunreinigung (§ 324 StGB). *Gotsdamer Archiv*, n. 133, 1985.

_____. Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik. *ZStW*, n. 105, 1993.

JONAS, Hans. *El principio de responsabilidad* – Ensayo de una ética para la civilización tecnológica. España: Herder, 2004.

LOBO DA COSTA, Helena R. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MÜSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal*. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 2001.

ROBLES PLANAS, Ricardo. Dogmática de los límites al derecho penal. In: ROBLES PLANAS, Ricardo (Org.). *Límites al derecho penal*. Principios operativos en la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier, 2012.

SAAD DINIZ, Eduardo; POLAINO ORTS, Miguel. *Teoria da pena, bem jurídico e imputação*. São Paulo: Liber Ars, 2012.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito. *Sistema integral del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

_____. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Buenos Aires: B de F, 2008.

artigo 01

artigo 02

artigo 03

artigo 04

artigo 05

_____. ¿Política criminal “moderna”? Consideraciones a partir de los delitos urbanísticos en el Código Penal Español. *Actualidad Penal*, n. 23, 1998, p. 435-449.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supraindividual*. São Paulo: RT, 2003.

STRATENWERTH, Günter. La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico*. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 365-373.

VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico*. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007.

_____. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”. HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico*. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola a cargo de R. Alcácer, M. Marín, I. Ortiz de Urbina. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 37-52.

artigo 01

artigo 02

artigo 03

artigo 04

artigo 05

Tecnologias da informação e comunicação, comércio eletrônico, preços de transferência e fraude fiscal¹

Juan Carlos Ferré Olivé

Catedrático de Direito Penal da Universidade de Huelva, Espanha.

Traduzido por Flora Sartorelli V. de Souza

Graduanda em Direito pela USP;

Integrante do Serviço de Assistência Jurídica Universitária – SAJU – Cárcere.

Resumo: Este trabalho aborda a relação entre as novas tecnologias da informação e comunicação e o Direito Penal, particularmente com os aspectos de Direito Penal tributário.

Palavras-chave: TIC; Abuso sexual infantil na internet; Direito Penal Tributário; Preços de Transferência.

Abstract: This paper deals with the relationship of the new information and communications technologies with Criminal Law, in particular tax criminal law.

Keywords: ICT; online child grooming; Tax criminal law; Transfer Pricing.

Sumário: 1. Introdução; 2. Comércio eletrônico e venda de serviços por via eletrônica; 3. Os preços de transferência; 4. Conclusão.

1. Introdução

O panorama oferecido pelas novas tecnologias pressupõe um importante desafio para a nossa sociedade. O ponto central certamente se encontra na capacidade de armazenamento e manejo velocíssimo da informação, o que é possível por meio dos avanços das TICs

1... Observações: Esta pesquisa parte de um projeto mais amplo, desenvolvido no marco do Programa de Permanência de Professores e Pesquisadores Seniores em Centros Estrangeiros (Programa de Estancias de Professores e Investigadores Seniores em Centros Estrangeiros), do Ministério da Educação (PR 2010-0512).

artigo 01

artigo 02

artigo 03

artigo 04

artigo 05

(Tecnologias da Informação e Comunicação), que aportam meios cada vez mais evoluídos e sofisticados para conservar, processar e difundir todo o tipo de conteúdo. As possibilidades tecnológicas são quase ilimitadas ou, pelo menos, desconhecemos hoje os seus limites. A criação de um espaço novo e virtual, no qual transita qualquer tipo de informação, desde nossos dados pessoais mais sensíveis até todo tipo de operações comerciais, supõe uma autêntica revolução tecnológica. Hoje convivemos com um novo perfil eletrônico da administração, do sistema bancário, do ensino, entre outros.

A utilização dessas novas e imprescindíveis tecnologias gera, por sua vez, espaços renovados para a intervenção do Direito Penal. Por um lado, existe um bom número de delitos informáticos, aqueles cujo objeto se localiza exclusivamente no mundo virtual (destruição ou pirataria de programas, atuação de hackers, spammers, etc.).² Por outro lado, outras importantes circunstâncias possíveis são encontradas nos delitos tradicionais, cometidos por meio do aproveitamento das novas tecnologias da informação e comunicação. Bens jurídicos como a intimidade,³ o patrimônio⁴ e a dignidade sexual,⁵ diante dessas novas tecnologias, requerem tipos penais específicos para a sua tutela. Destacam-se, sem dúvida, os atos de violação da intimidade das pessoas, pondo em risco este bem jurídico por meio das hipóteses que contemplam o art. 197 do Código Penal (doravante CP) espanhol. Mas também são de grande relevância a fraude informática do art. 248.2, a violação dos segredos da empresa do art. 278, os danos do art. 164 e a pornografia infantil, prevista no art. 189.1, todos do CP espanhol. Especial consideração merece o recém-incorporado art. 183 bis neste código penal, que, entre a criminalização dos abusos e agressões sexuais a menores de treze anos, penaliza o assédio sexual cibernético, a online child grooming, “através da Internet, do telefone ou de qualquer outra tecnologia da informação e comunicação”. Na realidade, esta regra incorpora ao Código Penal as disposições previstas na Convenção do Conselho da Europa sobre a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, de 25 de outubro de 2007. Dessa forma, sanciona-se penalmente um ato preparatório contra a sexualidade do menor, que se constrói sobre a base de um contato virtual ou telefônico. Ainda que a formulação desta regra leve, sem dúvida, a muitas

2.... Cf. Morón Lerma. Internet y Derecho Penal: “hacking” y otras conductas ilícitas en la red. Navarra, 1999.

3.... Pioneiro na análise desta problemática tem sido Morales Prats. La tutela penal de la intimidad: privacy e informática. Barcelona, 1984

4.... Fenômeno estudado, hoje, exclusivamente por eGutiérrez Francés, Fraude informático y estafa, Madrid, 1991.

5.... Cf. Tamarit Sumalla, J. La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual. Pamplona, 2000, p. 121

polêmicas doutrinárias,⁶ é importante destacar que o legislador de 2010 tentou não se limitar a apenas uma realidade tecnológica, já que elas estão em constante evolução. Em razão disso, o tipo em comento não limitou totalmente os meios comissivos permitindo o acréscimo de demais formas relacionadas a novéis tecnologias da informação e comunicação.

A intervenção do Direito Penal neste espaço requer atenção especial ao respeito ao marco garantista e aos direitos fundamentais.⁷ Porque o pragmatismo a ser ocasionalmente apreciado na regulação jurídica recebedora de novas tecnologias não pode ser simplesmente transferido às responsabilidades penais. Assim, a investigação e persecução dos crimes em que há intervenção de meios tecnológicos poderiam ser otimizadas autorizando o uso de outros meios tecnológicos sem controle jurisdicional. Seriam intervenções telefônicas ou informáticas que colocam o cidadão sob pressão, em uma situação de permanente vigilância e suspeita, violando-se flagrantemente seu espaço de liberdade. Como consequência, deve-se buscar uma linha limitadora muito nítida na investigação de delitos nos quais intervêm novas tecnologias, reservando o máximo espaço possível para que o ser humano possa se desenvolver com independência e exercer assim a sua liberdade individual (princípio da máxima liberdade).

As novas tecnologias e o manejo da informação incidem, sem dúvida, na fraude tributária. Para iniciar, devemos recordar que o dever de tributar é essencial a um Estado de Direito (art. 31.1 da Constituição espanhola (doravante CE): Todos contribuirão como sustento dos gastos públicos de acordo com sua capacidade contributiva mediante um sistema tributário justo inspirado nos princípios de igualdade e progressividade, que em nenhum caso terá alcance confiscatório). A partir desta premissa, pode-se discutir uma concreta política fiscal e, em particular, a pressão fiscal que se exerce contra os cidadãos, a forma na qual se materializam os gastos públicos ou a quantidade e qualidade de serviços públicos que a Administração deve fornecer (art. 32.2 da CE: O gasto público realizará uma alocação equitativa dos recursos públicos e sua programação e execução responderão aos critérios de eficiência e economia). Podem-se questionar aspectos pontuais, contudo, dificilmente, a obrigatoriedade de se ter um sistema tributário justo.

6... Cf. Tamarit Sumalla, J. en AAVV, La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios. Navarra, 2010, p. 171 y s.

7... Cf. Morales Prats, F. Internet, Derecho penal y derechos fundamentales en AA.VV., Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías, Burgos, 2005, p. 41 y sig.

A Constituição, com sua normativa de desenvolvimento, assinala as linhas que devem ser seguidas pelo sistema tributário próprio de um Estado Social de Direito. Neste contexto, entram as responsabilidades penais, inclusive, criando-se uma série de crimes que fogem à ideia de meras construções “artificiais”, como se procurou demonstrar em um primeiro momento. Com máxima clareza, explica Musco o porquê de o auge do Direito Penal tributário ter sido entre as décadas de 70 e 80. Trata-se do corolário lógico da transformação do Estado de Direito em Estado Social de Direito, que representou a imperiosa necessidade de contar com maiores recursos públicos para atender às novas necessidades de luta contra a evasão fiscal.⁸

Se o sistema tributário é essencial, também o é ter um sistema de sanções penais e administrativas contra a evasão e a fraude. Esse sistema constrói-se sobre a base da informação, sobre dados relevantes no âmbito tributário. Nesta matéria, o fluxo de dados é tal que o Estado é incapaz de gerir toda a informação produzida. Como consequência, a lei exige a colaboração dos contribuintes e de seus substitutos, impondo-lhes, junto com o dever material de satisfazer economicamente os tributos, outros deveres formais – manter contabilidade, autoliquidar os impostos, etc. – que se baseiam na colaboração. Existe, em um momento posterior, um procedimento consideravelmente aleatório de controle administrativo. Contudo, o papel das declarações e autoliquidações é extraordinariamente prioritário nesse sistema, e em caso de inadimplemento existem sanções específicas de natureza tributária, inclusive penais.

As particularidades da tributação, ante a evidente necessidade de um sistema tributário eficaz, indispensável para a sobrevivência econômica da sociedade e do Estado, tornam o Direito Tributário em um ramo muito peculiar do ordenamento jurídico. A partir de sua doutrina, há a tendência de se derogar os princípios gerais de direito, com a justificativa em conceitos como o denominado “particularismo tributário” ou em “razões fiscais”, que lhe permitem se distanciar das outras disciplinas jurídicas.⁹

No entanto, esse ponto de vista não é transferível ao Direito Penal tributário. As características da pena exigem que se busque um equilíbrio entre a defesa do bem jurídico Fazenda Pública, sem dúvida muito necessário, e a tutela dos princípios constitucionais com relevância penal. E é evidente que a matéria penal tributária coloca-se em um espaço muito próximo de interferência nos princípios que

8... Musco, E. *Diritto penale tributario*. Bolonia, 2011, p. 9.

9... Este particularismo se vê nitidamente na Itália com as sucessivas regulações dos crimes tributários, desde 1929. Cf. Lanzi, A. e Aldrovandi, P. *Manuale de diritto penale tributario*, Milán, 2011, p. 2. Também p. 36 e ss.

ilustram o Direito Penal e garantem ao cidadão que seus direitos não serão violados pelo Estado. Como destacam Lanzi e Aldrovandi, essas “razões fiscais” são invocadas para justificar uma regulação penal tributária que objetiva consagrar exceções aos princípios constitucionais aplicáveis em matéria penal.¹⁰ Contudo, os princípios básicos de Direito Penal Constitucional (princípio da legalidade, princípio da lesividade, princípio da subsidiariedade, princípio do non bis in idem, entre outros) mantiveram plena vigência nesta matéria e são o principal instrumento que ajuda a delimitar o alcance e aplicação dos tipos penais existentes.

O delito fiscal baseia-se em uma defraudação, de acordo com a exigência típica que realiza o próprio texto punitivo – art. 305.1 do Código Penal espanhol. Em essência, deve ocultar-se o feito tributável aos olhos da Administração Tributária.¹¹ Isso poderá ser feito de inúmeras formas, como negócios simulados ou fictos, por meio de ações ou omissões que dêem lugar a alguma das modalidades previstas no tipo penal. Neste momento, não se estabeleceu no Código espanhol nenhuma hipótese de crime tributário que especificamente faça referência às novas tecnologias de informação e comunicação. No entanto, essas tecnologias estão muito presentes no âmbito penal tributário. Trata-se de ilícitos de alta complexidade nos quais, cada vez mais, incidem aspectos de delinquência empresarial internacional (comércio eletrônico internacional, paraísos fiscais nos quais se desenvolvem as fraudes, etc.). Lida-se frequentemente nos limites máximos da legalidade (ingerência financeira)¹² e conta-se com o melhor assessoramento, que costuma explorar o chamado “conflito na aplicação de uma norma tributária” (antiga fraude de lei tributária).

Neste contexto, as tecnologias de informação e comunicação converteram-se em protagonistas, tanto como instrumentos utilizados para defraudar como na luta que se mantém para neutralizar estas fraudes. Em algumas hipóteses, como na tributação do comércio eletrônico internacional e nas operações vinculadas internacionalmente sujeitas ao imposto de sociedades, essas tecnologias têm um papel cada vez mais decisivo.

10.. Idem, p. 3 e ss.

11.. Cf. Silva Sánchez, J.-M. El nuevo escenario del delito fiscal en España, Barcelona, 2005, p. 30.

12.. Sustenta Silva Sánchez que a utilização de estratégias cauterizadas como ingerência financeira ou fiscal não implica necessariamente a comissão de uma fraude fiscal ou, mais concretamente, que “exista um espaço de ingerência financeira lícita: o que transcorre aproveitando as possibilidades de configuração negocial que as leis oferecem, e tratando de obter com ela o máximo lucro patrimonial ou de escapar de determinados prejuízos”. Cf. El nuevo escenario... cit., p. 18, e em particular p. 20.

2. Comércio eletrônico e venda de serviços por via eletrônica

No comércio eletrônico encontra-se um grande volume de negócios, que se mantêm em crescimento permanente. A segurança nas transações é cada vez maior, porque os consumidores têm melhores mecanismos de proteção. Embora existam perigos, em muitas ocasiões as entidades de crédito ou os seguros responsabilizam-se pelas indenizações correspondentes – transferindo os riscos tecnológicos às suas próprias custas, o que sugere os lucros que obtêm –, em razão do que os efeitos negativos das fraudes contra interesses privados (crimes patrimoniais) estão cada vez mais reduzidos ou tecnologicamente neutralizados. Além disso, em boa medida encontram-se cobertas as responsabilidades civis. Em caráter definitivo, atualmente os maiores riscos transferiram-se para os interesses públicos, por meio dos delitos fiscais e do contrabando.

O problema fundamental apresenta-se com as vendas não declaradas, no comércio eletrônico, para consumidores finais. A empresa vendedora é responsável tributariamente perante a Fazenda como contribuinte ou retentor dos tributos correspondentes. Entretanto, é praticamente impossível controlar o comércio eletrônico direto, a saber, quando o objeto da transação é fornecido diretamente por meio da rede (um disco, um e-book, um programa de computador, um serviço telefônico) e o pigmento materializa-se mediante cartões bancários de crédito ou débito. Nesses casos, não existe um deslocamento físico de mercadorias, o que torna o controle tributário difícil, sobretudo quando a venda realiza-se diretamente aos consumidores finais. Tratando-se de operações entre empresas, pode existir uma comprovação na contabilidade, mas no caso dos particulares a impunidade está quase assegurada.¹³ Uma resposta a esta problemática estaria no aumento da obrigação de fornecer informação à Administração Tributária, a saber, que os consumidores finais se encontrariam obrigados a apresentar declarações informativas de suas compras. Contudo, esta solução é absolutamente desproporcional, porque presumiria a exigência de que os particulares façam a contabilidade, registros e controles de todas as suas atividades econômicas cotidianas.¹⁴ Assim, o cidadão seria convertido em informante da Administração Tributária, o que, sob todas as luzes, é inaceitável. Se já há tarefa suficiente com a obrigação de realizar autoliquidações e declarações tributárias, imagine com este novo e tortuoso trabalho de controle.

13.. Cf. Martos, J. J. Defraudación fiscal y nuevas tecnologías, Navarra, 2007, p. 27 e ss. Para a maioria das empresas cabe a comprovação cruzada de dados, regulada na RD 2027/1995, de 22 de dezembro, que regula a Declaração Anual de Operações com Terceiros. Esta regulamentação obriga a informação de operações com clientes que superaram a cifra anual de 3.000 euros, permitindo assim detectar vendas não declaradas.

14.. Cf. Martos, J. J. Defraudación fiscal..., cit., p. 32.

Avançando ainda mais nesta matéria, no comércio eletrônico direto (e de serviços prestados por via eletrônica) há que se distinguir se o vendedor encontra-se dentro ou fora da União Europeia (UE). A preocupação por esta problemática se fez evidente a partir da Diretiva 2002/38/CE, que prevê um regime especial para aplicar o IVA¹⁵ quando se tratar de serviços prestados por meio eletrônico a partir de países terceiros a pessoas estabelecidas na UE. Nesses casos aplica-se o IVA do Estado de destino (o Estado comunitário, pertencente à UE) por meio de um regime especial (tributação no destino das operações internacionais). Se somarmos ao anonimato presente na Internet, a não existência de um envio físico de produtos, chegamos à conclusão de que o pagamento do IVA nesses casos converte-se, na realidade, em voluntário para o empresário não comunitário. As autoridades europeias são conscientes desta altíssima possibilidade de fraude, mas também da carência atual de elementos eletrônicos que permitam exercer uma tarefa informativa e coercitiva. Rechaçou-se internacionalmente, até o presente momento, uma proposta alemã de conversão às entidades financeiras emissoras de cartões de crédito em devedores tributários, assegurando assim a arrecadação e evitando a fraude. A entidade deveria desviar diretamente a cota impositiva nas operações de comércio eletrônico. Um setor tributarista¹⁶ não vê inconvenientes nesta ampliação de devedores tributários que poderia abarcar não somente a entidade bancária como também as entidades multinacionais de franquia – proprietárias das marcas com as quais operam os cartões – e outras companhias solventes integradas no mesmo grupo empresarial. Assim, a Administração Tributária obteria como garantia os bens dessas empresas no mundo todo, com os quais poderia arcar com eventuais responsabilidades tributárias. Note-se que essa diferença descomunal na ampliação de destinatários teria evidentes consequências penais, perante a recém-instaurada responsabilidade penal das pessoas jurídicas (arts. 31 bis e 310 bis do CP espanhol). Em síntese, não existem atualmente soluções jurídicas que permitam a cobrança coercitiva dessas dívidas tributárias, nascidas no comércio virtual. Se espera um desenvolvimento tecnológico que permita novas alternativas na luta contra esta modalidade de fraude fiscal,¹⁷ entretanto, será necessário analisar com muito cuidado as soluções vindouras, para que em nenhum caso sejam afetados os direitos fundamentais dos particulares e das empresas.

15.. Imposto sobre Valor Acrescentado ou Agregado.

16.. Vide Martos, J. J. Defraudación fiscal..., cit., p. 57 e ss.

17.. Idem, p. 35.

Se o vendedor faz parte da União Europeia, aplica-se seu próprio IVA (tributação na origem), e em razão disso a problemática, sem desaparecer, diminui consideravelmente (considerando que as operações serão refletidas em seus registros contábeis).

Como reação ao comércio eletrônico indireto, intervém um deslocamento físico do objeto vendido com o qual os controles, bastante difíceis de fato, são realizáveis, pelo menos. Tratando-se de comércio eletrônico indireto fora da União Europeia, existirá um trânsito de mercadorias para a comunidade, pelo qual passa a intervir os controles aduaneiros. Por esse motivo, pode-se cometer um crime fiscal e um crime de contrabando aduaneiro ao mesmo tempo, a saber, um ilícito penal que se constrói ao redor da tutela de outra modalidade específica de tributo: o lucro das alfândegas. Concretamente neste caso, há referência à importação da mercadoria mediante manobras que afetam a tributação.

A Lei Orgânica 6/2011, espanhola, que reforma a Lei de Repressão ao Contrabando, realizou mudanças substanciais na regulação penal. Na hipótese aqui analisada, aquele que realiza do estrangeiro uma operação de venda eletrônica, que supere as quantias isentas ou franqueadas, não deverá tributar somente IVA, mas também tarifas aduaneiras. O ato de não fazer presumirá normalmente uma infração administrativa. No entanto, há que se prestar atenção a esta regulação jurídico-penal do contrabando, porque:

– Dá-se um tratamento jurídico peculiar às infrações administrativas continuadas, cujas quantias se somam, podendo alcançar a categoria de crime. Assim, dispõe o art. 2.4 da Lei Orgânica 6/2011, que “também comete delito de contrabando quem, na execução de um plano preconcebido ou aproveitando ocasião idêntica, realiza uma pluralidade de ações ou omissões previstas nos itens 1 e 2 deste artigo nos quais o valor dos bens, mercadorias, gêneros ou efeitos isoladamente considerados não alcancem os limites quantitativos de 150.000, 50.000 ou 15.000 euros estabelecidos nos itens anteriores deste artigo, mas cujo valor seja igual ou superior a essas importâncias”. Adverte-se que somente serão excluídas as infrações sobre as quais já houve condenação no âmbito administrativo e as já prescritas, contudo todas as demais entrarão na contagem, porque não se estabeleceu um marco temporal para realizar a acumulação. Dessa forma, uma empresa que comercialize eletronicamente seus produtos poderá incorrer nesta responsabilidade penal com facilidade.

– Sanciona-se penalmente o contrabando imprudente. O art. 2.5 da Lei de Repressão ao Contrabando, de origem espanhola, dispõe que “as condutas anteriores serão igualmente punidas quando cometidas por imprudência grave”. Uma regulação sem precedentes, que

amplia a intervenção penal a condutas descuidadas ou negligentes e, o mais importante, permite a sanção penal das hipóteses de erro de tipo vencível¹⁸ (art. 14.1 do CP espanhol).

Por último, é destacável a existência da responsabilidade penal das pessoas jurídicas (art. 2.6 da Lei de Contrabando espanhola). A pena cominada para todas as condutas dolosas se equipara à prevista para o crime tributário, a saber, são previstas “penas privativas de prisão de um a cinco anos e multa de até seis vezes o valor dos bens, mercadorias, generoso ou efeitos. (...) Nos casos de comissão imprudente se aplicará a pena inferior em um grau” (art. 2.6.1 da Lei de Contrabando espanhola).

Ao mesmo tempo em que o comércio eletrônico indireto dentro da comunidade européia se torna cada vez mais importante, esse mesmo comércio não tributa taxas aduaneiras, apenas o IVA, embora a disparidade de taxas na Europa gere problemas adicionais. Discute-se a necessidade e conveniência de uma tributação na origem ou no destino, sendo esta última hipótese mal discutida, porque cada operação comercial estaria sujeita a uma tributação diferente. Somente a tecnologia pode afiliar nesta matéria, desenvolvendo programas que permitam determinar os tributos que devem ser pagos pontualmente em cada caso, os quais serão distintos em cada país de destino.¹⁹

3. Os preços de transferência

No âmbito de determinação da cota defraudada, com conotações que tocam o Direito Penal tributário internacional, os aspectos penais originados dos Transfer Pricing (ou preços de transferência) merecem atenção especial, sobretudo quando nosso Direito acaba de incorporar plenamente a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Trata-se de técnicas e procedimentos que as empresas multinacionais adotam para a formação de preços relativos à cessão de bens e serviços, em operações que se realizam entre distintas sociedades do grupo e que operam em diferentes Estados²⁰ e, por isso, estão submetidas a uma tributação diferente. Como lembra

18

19.. Cf. Martos, J. J. Defraudación fiscal..., cit., p. 54.

20.. Cf. Garbarino, C. “Transfer Price”, Digesto delle Discipline Privatistiche, Turin, 1999; Fernández Cende, A. e Alvarez Wilmanski, A. Transfer Pricing in Spain, In Dret 2/2007.

Musco, respondem à planificação tributária empresarial (tax planning), com a finalidade de conseguir a maior economia fiscal.²¹ É perfeitamente possível que as empresas incrementem ou diminuam os preços de transferência internos dentro do grupo, se obtiverem uma redução fiscal. Há muitos mecanismos para alcançar esses resultados (transferência de parte da rentabilidade da empresa, assunção desmedida de custos por parte de uma empresa do grupo, etc.). Em todo caso, contabilizam-se preços fictícios.

Este ajuste de pagamentos que se realiza entre empresas distintas pertencentes ao mesmo grupo internacional, mas que tributam perante administrações distintas, diz respeito aos tributos que verificam algum ou alguns dos Estados envolvidos, ao mesmo tempo em que se pode lesionar a livre concorrência. A OCDE estabeleceu uma série de regras ou códigos de conduta, sobre a base da confrontação de preços e da livre concorrência (*Arm's length price*).²² Alguns países europeus – mas não todos – assinaram as recomendações que provêm da União Europeia (*Join Transfer Forum of the European Union*). Em síntese, tendências são apreciadas, mas não existem realmente regras unificadas e imperativas em nível mundial, ainda que haja uma boa vontade para resolver esses tipos de conflitos tributários. Na Espanha, a regulação dessas situações é pela Lei espanhola de número 36/2006, de 29 de novembro, relacionada com medidas para a prevenção da fraude fiscal, e mais concretamente o art. 16 do Texto Reformado da Lei do Imposto de Sociedades, também espanhol, que em seu parágrafo primeiro estabelece: “Operações vinculadas. 1. 1.º As operações efetuadas entre pessoas ou entidades vinculadas serão avaliadas pelo seu valor normal de mercado. Entende-se por valor normal de mercado aquele que se havia acordado por pessoas ou entidades independentes em condições de livre competência”. Neste preceito se estabelecem métodos diversos de valorização que contribuem para tornar concretas estas pautas genéricas.

A influência das TICs volta a estar presente na matéria de preços de transferência. Para conhecer o preço nas operações vinculadas é imprescindível diferenciar com precisão o custo de produção e o preço de venda, o que é muito mais difícil quando se trata de prestação de serviços por via eletrônica. Se, por exemplo, se trata de um produto digitalmente elaborado, este pode ter sido construído nas partes mais remotas do mundo, o que faz com que seja simples maquiagem os custos e facilita enormemente a defraudação.²³

21.. Cf. Musco, E. *Diritto penale tributario*, cit., p. 202.

22.. Cf. OECD *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Paris, 2010.

23.. Cf. Martos, J. J. *Defraudación fiscal...*, cit., p. 121 e ss.

Todas essas manobras, idealizadas para ter efeitos diretos na tributação, podem levar à responsabilidade penal. Uma empresa pode, por esta via, transferir ao exterior componentes das rendas sujeitas à tributação, destinando essas quantidades às suas empresas no estrangeiro, situadas em países com menor tributação. Também se pode alcançar esses objetivos gerando custos dedutíveis anormalmente altos.²⁴ Essas condutas são, na Espanha, contrárias ao Direito e inclusive podem ser consideradas manobras elusivas que dão lugar a infrações tributárias e também penais, sendo de aplicação o art. 305.1 do CP espanhol, quando as características defraudatórias exigidas por essa norma estão presentes. Em todo caso, o principal problema será probatório, para determinar qual terá sido o valor “normal” ou real das transações que dão lugar à fraude.²⁵

Importante notar que não estamos perante um conflito na aplicação de uma norma tributária (antiga *fraude de Lei*), porque o *Transfer Pricing* supõe uma conduta fraudulenta e por isso contrária ao Direito, enquanto o conflito na aplicação de uma norma tributária desenvolve-se dentro de um marco de licitude, sem prejuízo do cumprimento do disposto no art. 15.3 da Lei Geral Tributária espanhola, e por isso “(...) se exigirá o tributo aplicando a norma que houver correspondido aos atos ou negócios habituais ou próprios, ou eliminando os benefícios fiscais obtidos, e se liquidarão interesses de atrasos, sem que haja imposição de sanções”.

4. Conclusão

As tecnologias da informação e comunicação influenciam cada vez mais a tutela de distintos bens jurídicos e na formulação de tipos penais específicos. Contudo, no âmbito socioeconômico em geral e no penal tributário em particular, ocupam um papel de grande importância que os acadêmicos ainda têm que descobrir.

24.. Cf. Ramponi, L. “Transfer Pricing” e categoria penalistiche. RTDPE 2009, 1-2, p. 197.

25.. Cf. Lanzi, A. e Aldrovandi, P. Manuale di diritto penale tributario, op. cit. p. 171 e ss. Cf. também Soana, Reati tributari, op. cit., p. 216 e ss. e Musco, Diritto penale tributario, cit., p. 201 e ss.

Fundamento da responsabilidade em comissão por omissão dos diretores de empresas^{NT1}

Eduardo Demetrio Crespo

Catedrático de Direito Penal da Universidade Castilla-La Mancha, Espanha.

Traduzido por Adriano Galvão

Integrante do Grupo de Pesquisa CNPq “Modernas Tendências da Teoria do Delito – MTTD”.

Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM.

Resumo:^{NT2} Este artigo tem por objetivo analisar as distintas concepções relacionadas ao fundamento da posição de garante dos diretores de empresas que estão detrás da eventual atribuição de responsabilidade penal em comissão por omissão, por não evitarem determinados delitos cometidos por terceiros a seu cargo.

Palavras-chave: Direito penal empresarial; comissão por omissão; dever de garante.

Abstract: The purpose of this article is to analyze the different concepts that support the legal duty to act of a company’s management which is behind the possible criminal liability attributed in perpetration by omission, by not preventing specific offenses carried out by people under their supervision.

Keywords: Business Criminal Law; perpetration by omission; legal duty to act.

Sumário: 1. Introdução; 2. Posição de garante como consequência da existência de deveres jurídicos extrapenais?; 3. Posição de garante como consequência de um dever de proteção?; 4. Posição de garante como consequência de um dever de vigilância?; 4.1. Com base no comportamento anterior; 4.1.1. Em razão de ato anterior (ingerência); 4.1.2. Em razão do comportamento prévio (“permitido”) que incrementa o risco; 4.1.3. Em razão da desestabilização de um foco de perigo preexistente; 4.2. Com base na responsabilidade sobre as fontes de perigo próprias da empresa; 4.3. Com base na ideia da competência organizacional; 4.4. Com base na ideia do “domínio” ou “controle do domínio”; 4.4.1. Classes de domínio; 4.4.2. O domínio sobre o fundamento do resultado; 4.4.3. Critérios normativos complementares?; 5. Conclusões; 6. Bibliografia.

NT1.Nota do Tradutor: Originalmente publicado em Serrano-Piedecabras / Demetrio Crespo (ed.). *Cuestiones actuales de Derecho penal empresarial*, Madrid: Colex, 2010, pp. 11-37.

NT2.Nota do Tradutor: O resumo e as palavras-chave são de responsabilidade do tradutor.

artigo 01

artigo 02

artigo 03

artigo 04

artigo 05

1. Introdução

Uma das questões mais controvertidas do moderno Direito Penal empresarial consiste em conhecer como se articula a *responsabilidade penal por omissão do empresário*.¹ Tanto é assim que essa dimensão do problema da imputação da responsabilidade penal na empresa está qualificada pela doutrina especializada como “*verdadeiramente importante do ponto de vista político-criminal e realmente complicada na perspectiva dogmática*”.²

Pois bem, este artigo tem por objetivo analisar unicamente os diversos pontos de vista em torno do *fundamento da posição de garante* dos diretores da empresa que estão detrás da eventual atribuição de responsabilidade penal em comissão por omissão, por não evitarem determinados delitos “cometidos” por terceiros a seu cargo plenamente responsáveis.

Deve-se ter em conta que uma solução acertada (em qualquer ordenamento jurídico) em relação a esse difícil problema, passa necessariamente pela análise dogmática da comissão por omissão à luz do regramento vigente³ – assim como a correspondente à autoria e participação – e, num segundo momento, pela estruturação jurídica da resposta. Esta última não pode evitar árduas questões, tais como, entre outras, o princípio da responsabilidade pelo próprio fato, a conformidade ou não conformidade com o direito de certas ações precedentes perigosas, a natureza do risco permitido e a relação entre o dever de cuidado e o dever de garantia na empresa, ou a delegação de competências.⁴

1.... Tento me aproximar de uma perspectiva mais global em DEMETRIO CRESPO: *Omisión*, 2009, *passim*; ID.: Serrano Piedecabras / Demetrio Crespo (ed.), 2008, pp. 61 y ss.

2.... MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ: *DPE. PG*, 2007, p. 493.

3.... Remetemo-nos à bibliografia citada em DEMETRIO CRESPO: *Omisión*, 2009, pp. 65 y ss. Para um balanço da discussão na Alemanha, por todos, WEIGEND: *LK* (2006), pp. 815 y ss; e a crítica de SCHÜNEMANN: *FS-Amelung*, 2009, pp. 303 y ss, esp. p. 306, em que o autor chega à desalentadora conclusão de que, embora em outros países como Inglaterra ou França, a dogmática sobre a comissão por omissão não tenha alcançado resultados dignos de menção, tem-se elaborado na Alemanha um conjunto de teorias contraditórias que permitem falarmos de um “*caos dogmático*”.

4.... Sobre tudo isso, DEMETRIO CRESPO: *Omisión*, 2009, pp. 91 y ss.

2. Posição de garante como consequência da existência de deveres jurídicos extrapenais?

Uma possibilidade utilizada pela doutrina para fundamentar a posição de garante do empresário, especialmente no âmbito da responsabilidade pelo produto, tem sido a existência de obrigações jurídicas específicas constantes da normativa extrapenal, às quais os gestores devem obedecer em suas atividades.

Não obstante, como adverte [Roxin](#), a posição de garante não deriva simplesmente da existência dessas prescrições, e sim do afastamento da teoria formal do dever jurídico.⁵ Da mesma forma que não é possível fundamentar uma infração objetiva do dever da mera causalidade, tampouco é possível fazê-lo de uma prévia infração legal.⁶

3. Posição de garante como consequência de um dever de proteção?

A figura do garante-protetor (*Beschützergarant*) se discute na bibliografia especializada no marco da responsabilidade dos funcionários, uma vez que estes são responsáveis, precisamente em razão de sua posição de proteção de determinados bens jurídicos. No entanto, no âmbito de nosso interesse com relação à direção de grandes empresas, este princípio parece não encaixar-se bem, porque não se dá em caráter geral o elemento fundamentador da posição de garante relativo ao monopólio do domínio e da decisão sobre os bens jurídicos.⁷ Por essa razão, [Rotsch](#) adverte que o ordenamento jurídico não está alocado ao empresário numa situação semelhante, a fim de evitar que os perigos sejam manipulados, mas, sim, que o seu marco de ação seja previamente delimitado por numerosas disposições estatais destinadas a preservar a segurança. Mais além disso, não haveria possibilidade na sua opinião de fundamentar um dever de proteção genérico.⁸

5.... ROXIN: *AT. Band II.*, 2003, § 32/10, pp. 714 y ss.

6.... ROXIN: *AT. Band II.*, 2003, § 32/207, p.781; no mesmo sentido, GALLEGO SOLER: *EDJ 72* (2006), p. 74.

7.... HEINE: *Verantwortlichkeit*, 1995, p. 115.

8.... ROTSCHE: *Individuelle Haftung*, 1998, p. 189

Outra hipótese com a qual se trabalha, e que se apresenta de certo modo como corretiva à incapacidade de ação das pessoas jurídicas, é a referente à *posição do órgão (Organstellung)*, no sentido de que os órgãos das pessoas jurídicas estão obrigados, segundo o direito privado, a velar pelos bens jurídicos da pessoa jurídica diante de possíveis prejuízos. O problema aqui é que essa posição de garante, mesmo admitindo-se sua existência, não abrange os casos considerados na presente investigação, mas, sim, tudo que se encontra relacionado unicamente aos interesses econômicos da empresa.⁹

4. Posição de garante como consequência de um dever de vigilância?

4.1. Com base no comportamento anterior

4.1.1. Em razão de ato anterior (ingerência)

Constitui opinião totalmente aceita a de que a posição de garante pode resultar de um comportamento anterior contrário ao dever que põe em perigo um bem jurídico. A dificuldade reside, contudo, na fundamentação da infração do dever (*Pflichtwidrigkeit*).¹⁰ É evidente, de acordo com os parâmetros dogmáticos atualmente dominantes, que não é suficiente a mera desaprovação jurídica do resultado de colocação em perigo, mas, sim, que se necessita de um comportamento injusto (*Verhaltensunrecht*). Como sustenta Roxin, não é possível assumir uma “*infração objetiva do dever*” que não implique “*lesão do dever de cuidado*” (*Sorgfaltspflichtverletzung*).¹¹ Isso significa que a posição de garante por ingerência não pode derivar em nenhum caso da mera causalidade, mas, sim, em todo caso da imputação objetiva do atuar prévio.¹² Em outros termos, o autor deve ter criado um *risco não permitido*.¹³

9.... HEINE: *Verantwortlichkeit*, 1995, p. 116; ROTSCH: *Individuelle Haftung*, 1998, p. 190.

10.. ROXIN: *AT. Band II.*, 2003, § 32/195 y ss, pp. 778 y ss.

11.. Ibidem, p. 779.

12.. Ver, por todos, GÓMEZ BENÍTEZ: *Causalidad*, 1988, *passim*.

13.. MEINI: *Responsabilidad*, 2003, p. 321, 323.

Esta abordagem aparece como decisiva nas hipóteses de *responsabilidade penal pelo produto*, e adquire especial relevância na controvertida Sentença do *BGH*,^{NT3} no caso do *spray* para couro, uma vez que não se pode dizer que haja um risco não permitido quando a produção e distribuição de mercadorias ocorrem sem falta de cuidado.¹⁴ Que a causalidade não é um critério decisivo também é demonstrado quando a pessoa sobre a qual recai o dever de evitar o resultado tenha começado a desempenhar seu posto de trabalho depois da entrega das mercadorias.

É por isso que, com razão, ressaltou *Roxin*, no segundo volume de seu *Manual*, que um dos problemas da moderna dogmática jurídico-penal, menos explicados até o momento, é o da responsabilidade por produtos perigosos.¹⁵ Se os referidos produtos são introduzidos no mercado, apesar de ter-se conhecimento de sua perigosidade, entra em consideração um *delito imprudente* através de um comportamento ativo. Contudo, se, ao conhecer as consequências danosas, não se adota nenhuma medida para evitar o resultado, como, por exemplo, a retirada de mercadorias ou a alerta aos compradores, pode suceder nesse caso um *delito doloso de comissão por omissão*. Nesses casos, a posição de garante derivaria da atuação precedente. Mas, em qualquer caso, resultará particularmente controvertida fundamentar a posição de garante naquelas hipóteses em que a perigosidade das mercadorias não era conhecida no momento da produção e introdução no mercado dos produtos, mas, sim, que se manifesta posteriormente.¹⁶ Foi o que aconteceu no já famoso caso *Lederspray*, no qual a empresa introduziu no mercado um *spray* para o cuidado do couro que resultou edema pulmonar num grande número de consumidores.

As críticas expressas pela doutrina, especialmente diante do caminho argumentativo empreendido pelo *BGH* na sentença do *spray* para o couro, têm sido numerosas e contundentes.¹⁷ Salienta *Hilgendorf* que o *BGH*, nessa sentença, parece, à primeira vista, ter

NT3. Nota do Tradutor: Tribunal Federal Alemão (*BGH – Bundesgerichtshof*).

14.. Sobre o problema, entre outras referências, Vid.: JUANATEY DORADO: Boix Reig / Bernardi (dir.), 2005, pp. 133 y ss; RODRIGUEZ MONTAÑÉS: Boix Reig / Bernardi (dir.), 2005, pp. 115 y ss.

15.. ROXIN: *AT. Band II.*, 2003, pp. 778 y ss.

16.. Ibidem.

17.. Vid, entre outras referências, KUHLEN: *NStZ* 12 (1990), pp. 566 y ss; HILGENDORF: *Produktenhaftung*, 1993, pp. 134 y ss; HASSEMER: *Produktverantwortung*, 2.ed, 1996, pp. 50 y ss.

objetivado seguir a opinião segundo a qual não é necessário um comportamento prévio perigoso contrário ao dever para fundamentar uma posição de garante por ingerência.¹⁸ O Tribunal aceita, nessa sentença, as limitações à ideia da ingerência desenvolvidas pela doutrina: a) o atuar precedente deve ter ocasionado um perigo próximo de ocorrência de dano (adequação); b) exige-se, ademais, uma relação de infração do dever entre a vulneração da norma e o resultado, no sentido de que a infração do dever implica em lesão de uma norma que esteja dirigida justamente à proteção do concreto bem jurídico afetado; c) finalmente, o comportamento prévio deve ser certamente contrário ao dever, porque um comportamento anterior ajustado ao direito não fundamenta, em princípio, uma posição de garante.¹⁹ O problema reside, contudo, no fato de o Tribunal acreditar que possa afirmar a infração objetiva do dever pelo fato de que o ordenamento jurídico proíbe, em princípio, gerar perigos cujo curso livre conduza a lesões corporais de terceiras pessoas, sem que a infração diminua sob o ponto de vista do risco permitido.²⁰

A crítica de [Kuhlen](#) à aludida sentença baseia-se em que da condição de que um comportamento prévio contrário ao dever não resulta *per se* o requisito de um comportamento prévio culpável. Por outro lado, o próprio Tribunal teria feito desviado o requisito de um comportamento prévio contrário ao dever, toda vez que se fundamenta no “*resultado de perigo juridicamente desaprovado*”, ao mesmo tempo em que pretende derivar a infração objetiva do dever – relativa ao fato de introduzir os produtos no mercado – a partir de uma perspectiva *ex post*.²¹ No entanto, na discussão sobre a ingerência, exige-se um comportamento prévio contrário ao dever que conduz a uma criação de risco desaprovado a partir da perspectiva *ex ante*, a mesma que, segundo a doutrina dominante, é capaz de gerar um comportamento injusto.^{22/23} Fica claro, portanto, que a introdução do *spray* para o couro no mercado só poderia ser considerada

18.. Sobre este ponto Vid.: DEMETRIO CRESPO: *Omisión*, 2009, pp. 100 y ss.

19.. HILGENDORF: *Produktenhaftung*, 1993, pp. 135-136.

20.. *Ibidem*, p. 136.

21.. KUHLEN: *NStZ* 12 (1990), p. 568.

22.. *Ibidem*.

23.. Sobre a discussão no âmbito da tentativa para a formulação do juízo de perigo, minha opinião está em DEMETRIO CRESPO: *La tentativa*, 2003, pp. 1 y ss.

contrária ao dever, caso fosse possível reconhecer sua periculosidade no momento, mas isso não ocorreu nessa situação. Outra hipótese é, contudo, admitir a possibilidade de ter a posição de garante por ingerência sem o comportamento prévio contrário ao dever, critério que parece ganhar cada vez mais terreno na doutrina.²⁴

Não obstante, a STS^{NT4} de 23 de abril de 1992 (caso colza) foi mais respeitosa que a do BGH, no que se refere ao critério limitativo de que o atuar precedente fundamentador do dever de garante, supera, ao menos, o nível do risco permitido. Assinala Peñaranda Ramos, sob esse aspecto, que há um consenso generalizado na doutrina acerca de que os deveres assecuratórios do tráfico estabelecidos no âmbito jurídico-civil não são transferíveis ao Direito Penal, sem se considerar, em geral, oportuna uma renúncia completa ao critério da contrariedade ao Direito no pensamento da ingerência.²⁵ Em sua opinião, a questão reside em examinar se nas hipóteses de responsabilidade por produtos, além da simples colocação objetiva em perigo, exista algum fator diferencial que contribua para justificar a admissão do dever de garantia. O trabalho deveria centrar-se, pois, no encontro de algum critério com consenso suficiente, concluindo que o avanço de uma responsabilidade penal mais intensa pelo produto, parece em qualquer caso impossível de ser detida.²⁶

De qualquer forma, na hipótese de *responsabilidade por omissão do empresário por fatos cometidos por seus subordinados* deve-se observar que, esta, de início, não pode derivar em todo caso da mera abertura do estabelecimento e a posterior contratação de trabalhadores, posto que tais fatos estão de acordo com o Direito, e nada dizem sobre as relações de domínio no que concerne ao comportamento posterior dos trabalhadores no estabelecimento.²⁷

24.. Ver TIEDEMANN: *Wirtschaftsstrafrecht*, 2ª ed., § 4/7/a, 2007, onde o autor assinala que não resulta claro se nos casos de pôr em circulação produtos perigosos a posição de garante deriva da ingerência ou se é consequência do dever de garantir um tráfego seguro.

NT4.Nota do Tradutor: Sentença do Tribunal Supremo – Espanha.

25.. PEÑARANDA RAMOS: *Liber amicorum*, 2006, p. 427.

26.. Ibidem, pp. 427-428.

27.. BOTTKÉ: Mir Puig / Luzón Peña (Coord.), 1996, p. 134.

No entanto, o problema não se reduz apenas a este último argumento; ele é mais amplo. Nas palavras de **Jakobs**, cabe formulá-lo da seguinte forma: “*existe um dever de atuar positivamente, para pôr a salvo uma organização qualquer por haver criado previamente um risco para esta organização e, portanto, a necessidade de seu salvamento?*”.²⁸ Para esse autor, a questão fundamental é: se para fundamentar deveres de salvamento é preciso um ato expreso ou conclusivo de assunção, como no caso do contrato, ou se, pelo contrário, o Direito pode supri-lo por uma conduta precedente de características ainda não determinadas. Sua conclusão é afirmativa: no contexto da competência pela configuração do próprio âmbito de organização a perda de segurança também ocorre nos casos de ingerência por assunção e, por conseguinte, em ambos os casos, a organização perigosa daria lugar a um dever de salvamento.²⁹

4.1.2. Em razão do comportamento prévio (“permitido”) que incrementa o risco

Uma posição que tem sido objeto de particular controvérsia é aquela que extrai do comportamento prévio a posição de garante do empresário, mas sem exigir uma infração de dever, e que se contenta com que tal comportamento (“permitido”) aumente ou qualifique o risco.³⁰ Assim, por exemplo, **Freund** adverte: “*Quem pratica atividades qualificadamente arriscadas, que são por assim dizer exercidas com maior ou menor reserva, expressa ou tacitamente, nos casos de necessidade de atuar para evitar um perigo, deve fazê-lo – se quiser praticar a referida atividade – em virtude de uma responsabilidade especial*”.³¹ **Jakobs** diz também que “*dado que os riscos especiais não se tratam especialmente de riscos de ações, mas da imputação de esferas de risco, é possível o dever de salvação também como consequência da mera responsabilidade por coisas ou atividades, ou seja, como dever de relação ‘estendido’*”.³² O exemplo utilizado por esse autor é o do proprietário de uma empresa de produtos químicos que, em caso de acidente (vazamento de uma nuvem

28.. JAKOBS: *Estudios*, 1997, p. 353.

29.. *Ibidem*, p. 354.

30..FREUND: *Strafrecht. AT*, § 6/69 y ss; JAKOBS: *Strafrecht. AT*, 29/42; KUHLEN: *NStZ* 1990, 568; LACKNER/KÜHL: § 13/13; OTTO: *WiB* 1995, 933; ID., *Strafrecht. AT*, 2004, § 9 III 1 a; RENGIER: *JuS* 1989, p. 807; NK-SEELMANN: § 13/117.

31.. FREUND: *Strafrecht. AT*, § 6/69, p. 200.

32.. JAKOBS: *Derecho Penal. PG*, § 29/42, p. 985.

de gás venenoso), “*está obrigado a salvar, devido ao perigo especial da atividade, sem levar em conta o seu comportamento prévio em relação a este acontecimento em particular*”.³³

Por outro lado, [Brammsen](#) desenvolveu a tese – formulada no âmbito da responsabilidade penal pelo produto – segundo a qual a posição de garante derivada do dever de vigilância do produtor de mercadorias nocivas para a saúde, obriga-o a retirar o produto independentemente do fato de que os produtos estejam ainda no âmbito da empresa, ou se já tinham sido comercializados.³⁴ Essa solução, como adverte [Roxin](#), causa algumas reservas. Em primeiro lugar colide com a ideia básica da ingerência, segundo a qual a ação prévia, na medida em que se trate da imputação típica, tem de ter criado uma fonte de perigo de um modo *ex ante* contrário ao dever. Em segundo lugar, a diferenciação entre risco permitido “normal” e “incrementado”, é inútil em sua opinião, devido à sua indeterminação. Nesse sentido adverte que, todo incremento de risco se move numa escala continuada sem pausa alguma, que possa determinar um incremento relevante a partir de uma perspectiva das consequências jurídicas.³⁵

A fabricação de produtos, juntamente com a condução de automóveis, são percebidos como exemplos de condutas que implicam um risco incrementado. A este respeito, pergunta [Roxin](#) de onde deriva o risco incrementado quando tenha sido observado todos os padrões de segurança. Mesmo do ponto de vista estatístico, conhecem-se raramente efeitos lesivos de produtos fabricados de acordo com o que foi estabelecido pelo ordenamento jurídico. Por outro lado, o possível critério de elevado número de atingidos potenciais tampouco convence, dado que se quiser assumir a posição de garante do produtor, esta deveria ocorrer razoavelmente quando os danos aparecerem logo após a primeira entrega, mesmo que o número de atingidos seja pequeno. Finalmente, a esta posição ser-lhe-ia igualmente aplicável a crítica de que a posição de garante de quem tenha ingressado na empresa posteriormente, não pode ser deduzida do seu comportamento anterior.³⁶

33.. Ibidem.

34.. BRAMSEN, GA 1993, pp. 97 y ss.

35.. ROXIN: AT. Band II., 2003, § 32/202.

36.. Ibidem, § 32/203-204.

De sua parte, **Otto** indica, com razão, ainda que a ideia de criação de um risco especial legitime também a atribuição de uma responsabilidade particular seja convincente de forma absoluta, não obstante, há dúvidas razoáveis acerca de uma posição de garante especificamente destinada ao produtor. Entre elas menciona que o conceito de “*comportamento que incrementa o risco*” é demasiado indeterminado para poder ser utilizado como critério idôneo para a delimitação de uma posição de garante, se se renuncia à cognoscibilidade do perigo no momento da entrega.³⁷ Também em relação à tese de **Brammsen**, cabe aduzir, como faz **Roxin**, que mesmo quando se entende correto o resultado a que se chega, este é alcançado com grande dificuldade se desvinculado de qualquer base real. Se as mercadorias abandonaram o âmbito de domínio real do produtor e estão na posse de comerciantes desconhecidos ou de consumidores, não é possível falarmos de uma vigilância para a qual não se dão as possibilidades reais de acesso.³⁸

4.1.3. Em razão da desestabilização de um foco de perigo preexistente

Gimbernát tentou fundamentar a tese segundo a qual “*somente existe um delito impróprio de omissão quando quem está obrigado a vigiar um foco de perigo preexistente prescinde de adotar medidas de precaução que, ou bem tenham mantido o foco de perigo posteriormente causador de um resultado típico dentro do risco permitido, ou bem – para o caso de que o foco de perigo já teria ultrapassado os limites juridicamente tolerados – o teriam reconduzido outra vez ao plano conforme o Direito*”.³⁹

O autor parte do caso da **STS de 04 de setembro de 1991**, no qual se pune por homicídio culposo tanto o anestesista obrigado à vigilância permanente da fonte de perigo (neste caso, um paciente submetido a uma operação), como também ao cirurgião chefe diretor da operação, e ao diretor do estabelecimento hospitalar em que ocorreu a morte. Isso porque não se tratava de um mero erro médico dentro do exclusivo campo de competência do anestesista, mas, sim, de uma imprudência diretamente percebida pelo cirurgião que dirigia a operação quando observou que, por consequência de uma pauta generalizada – conhecida pelo diretor do hospital –, a presença permanente do anestesista durante a operação era impossível, razão pela qual todos deveriam ser considerados *garantes secundários*. Estes *garantes secundários* estavam obrigados, segundo esse ponto de vista, a manter dentro do risco permitido o foco do

37.. OTTO: *FS-Hirsch*, 1999, p. 308.

38.. ROXIN: *AT. Band II.*, 2003, p. 782.

39.. GIMBERNAT ORDEIG: *ADPCP* Vol. LIV (2001), p. 12.

perigo em questão, “*de tal maneira que deveriam evitar qualquer desestabilização desse foco que o convertesse em um não permitido, independentemente de que tal desestabilização fosse reduzível a um acidente ou a um delito culposos ou, até mesmo, doloso*”.⁴⁰

No caso da [STS de 17 de junho de 1995](#) (Alcalá 20) foi adotada efetivamente, pela defesa, a hipótese de que o incêndio pudesse ter sido provocado dolosamente por terceiro, o que ainda que fosse verdadeiro, não teria impedido o fato dos resultados mortes, lesões e danos produzidos, também terem de ser reconduzidos a não instalação culposa pelos diretores da empresa das medidas prescritas pela normativa administrativa em matéria de prevenção de incêndios, cujo objetivo é manter o grau mais baixo possível de perigo para as pessoas e bens no caso em que ocorra um incêndio.⁴¹

O mesmo raciocínio leva [Gimbernat](#) a sustentar, no caso da [STS de 23 de março de 1992](#) (caso do azeite de colza), que o TS deveria condenar Fernando B. (responsável pelos estabelecimentos e pela fábrica) pela não evitação culposa em comissão por omissão pelos homicídios e lesões imputados na forma dolosa/eventual ao outro titular da empresa, em lugar de limitar-se a condená-lo por um delito culposos contra a saúde pública. Dado que Fernando B. teria de vigiar os produtos vendidos aos consumidores, fazendo-os a eles chegar em bom estado, “*então infringiu o seu dever de garante no momento em que permitiu culposamente a comercialização do azeite adulterado, situação constitutiva do delito, pois o azeite está igualmente adulterado quando essas deficiências são observáveis numa perspectiva de causa material (por exemplo, a um acidente não imputado a ninguém e sobrevivendo durante o armazenamento) ou de um comportamento humano defeituoso (por exemplo: a um fato punível na forma dolosa/eventual), pelo que também aqui é perfeitamente compatível – sem que por isso seja aplicável nenhuma proibição de regresso – condenar Fernando B. como autor culposos em comissão por omissão por não evitar a atuação dolosa de outro (de Juan Miguel B.) sobre o foco de perigo (azeite), cuja ingestão foi a que causou, em conclusão, as numerosas mortes e lesões sobrevividas entre os consumidores*”.⁴²

Esta tese leva [Gimbernat](#) a sustentar, num primeiro plano, como já foi dito, que o proprietário do negócio deve vigiar os eventuais focos de perigo explorados por sua empresa. Em segundo lugar, a consequência de que somente pode responder em comissão por

40.. Ibidem, p. 14.

41.. Ibidem, p. 15.

42.. Ibidem, p. 17 (destaque por mim inserido).

omissão “*se o fato punível, culposo ou doloso, que não tenha impedido – e independentemente de se ter cometido no interesse ou em prejuízo da empresa –, consistiu precisamente em que atingiu num foco de perigo relacionado com o estabelecimento, provocando esse foco, posteriormente, lesão a bens jurídicos*”. Daí que, para ele, deva ser rejeita a fundamentação da posição de garante do empresário em todos aqueles casos nos quais os fatos puníveis não têm relação direta com os autênticos focos de perigo, cujo controle é de sua responsabilidade (furtos, subornos, concorrências desleais, manipulações do crupiê de cassino, ações violentas do porteiro de discoteca, etc.), e nos quais, por outra parte, não pode ser considerado o sujeito que atua (um trabalhador) como uma “*fonte de perigo*”, por resultar incompatível com o uso normal da linguagem.⁴³

Este último argumento levanta, por sua vez, um problema de maior alcance, que é a suposta impossibilidade de uma equiparação ao mesmo nível de qualquer perigo dentro de uma empresa, em particular daqueles que provêm das coisas e daqueles que provêm das pessoas. Trata-se de uma conclusão que não resulta evidente, e que tem sido discutida pela doutrina. Nesse sentido, por exemplo, [Roxin](#) tem assinalado que se pode na prática dificilmente distinguir a procedência pessoal, ou não, dos perigos dentro das potencialidades de uma empresa.⁴⁴ Em conexão com este pensamento, aduz [Schall](#) que não entende por qual razão o que mais vale para o caso de fatos criminais, em relação com serviços da empresa (como, por exemplo, a entrega de produtos), não pode valer para aqueles em relação com o acometimento de atividades tipicamente empresariais embora não ligadas a seus serviços (como, por exemplo, nos casos do porteiro da discoteca que extrapola a sua função, ou o crupiê que manipula a roleta do cassino). De tal maneira não teria de pressupor problema algum, no uso normal da linguagem, qualificar como fontes de perigo aqueles empregados que, por meio de suas respectivas intervenções delitivas, lesionam ou danificam clientes potenciais ou reais do estabelecimento e, com isso, o próprio estabelecimento.⁴⁵

Será que isso significa que a própria empresa deva em si mesma ser necessariamente considerada *in totum* a fonte de perigo a ser vigiada? A essa pergunta responde [Schall](#), de início negativamente, com o argumento de que a constituição de um dever de vigilância

43.. Ibidem, p. 19.

44.. ROXIN: *AT. Band II.*, 2003, § 32/139.

45.. SCHALL: *FS-Rudolphi*, 2004, p. 276. Veja, também, QUINTERO OLIVARES, *CGPJ* (2009), ponto 6.1, que se mostra de acordo, em princípio, com a delimitação feita por Gimbernat, mas que na realidade a abordagem não resulta convincente “*se se analisa vagarosamente a origem da ‘obrigação’ de controlar o perigo, e, em segundo lugar, a previsibilidade do perigo, especialmente quando esse perigo procede somente de um fator humano não dominável, ‘a priori’*”.

de um perigo que resulta unicamente do fato delitivo cometido por um terceiro contrariaria o princípio da responsabilidade pelo próprio fato.⁴⁶ No entanto, finalmente, sustenta que efetivamente a própria empresa pode ser considerada uma fonte de perigo merecedora de vigilância pelo empresário, dado que as empresas são, em regra geral, âmbitos de domínio organizado de modo complexo, dos quais podem resultar, segundo indica a experiência, perigos para terceiros, não somente por meio dos múltiplos dispositivos, máquinas, ou materiais perigosos, mas também por meio das diversas atividades empresariais dos seus correspondentes na mesma encarregados. Que os perigos ameaçadores a terceiro provenham da atividade de uma empresa em particular, de um dispositivo perigoso ou, de um comportamento incorreto contrário ao dever de cuidado ou do dolo de empregados da empresa, não implicaria diferença alguma.⁴⁷ Conclui, portanto, ser correto considerar a empresa como uma fonte de perigo que deve ser vigiada pelo dono do negócio, que se diferencia de outros focos de perigo complexos – os quais podem ser considerados como suscetíveis de fundamentar uma posição de garante –, em que aqui os perigos não são normalmente situações estáticas, mas, sim, de ações no âmbito da organização do proprietário, dentro de uma organização regulada de forma juridicamente complexa. O fundamento para o referido dever de garantia do dono do negócio não seria a responsabilidade pelo fato alheio, mas, sim, o domínio sobre uma fonte de perigo.⁴⁸

4.2. Com base na responsabilidade sobre as fontes de perigo próprias da empresa

1. Em seu magnífico e extenso escrito de qualificação sobre a responsabilidade penal da empresa, Heine se ocupa da questão central que é objeto da presente investigação: a posição de garante do empresário por não evitar atos penais cometidos por seus empregados. Após a oportuna revisão da trajetória seguida pela mais alta jurisprudência da Suíça e da Alemanha sobre esse assunto, insiste-se na enorme dificuldade que comporta, e na sutileza que resulta numa comunidade de seres livres, a atribuição de responsabilidade por omissão pelo comportamento responsável de outras pessoas.⁴⁹ Este ponto de partida leva-o a excluir, de início, dois pontos de vista insustentáveis: por um lado, o que equipara a mera existência de uma proibição jurídico-civil ou jurídico-administrativa com a posição

46.. Sobre este ponto Vid.: DEMETRIO CRESPO: *Omisión*, 2009, pp. 95 y ss.

47.. Ibidem, p. 278.

48.. Ibidem.

49.. HEINE: *Verantwortlichkeit*, 1995, pp. 109 y ss, p. 113.

de garante e, por outro, aquele que argumenta, de modo geral, com uma (fictícia) possibilidade ilimitada de atuar.⁵⁰ A respeito do primeiro, é claro que as referidas normas extrapenais desencadeiam responsabilidade a respeito daquele que atua de forma imediata, mas não pode, ao mesmo tempo, expandir o círculo dos sujeitos responsáveis. Sua função consiste, desta forma, em especificar a medida do dever de cuidado. A respeito do segundo, além de ser impossível afirmar com base concreta, uma capacidade ilimitada de agir, mesmo supondo que exista tal capacidade, a mera existência dos tipos penais de omissão do dever de socorro (art. 195 CP; § 323 c StGB) demonstra que a simples possibilidade de salvação não fundamenta, por si só, uma posição de garante.⁵¹

Por outro lado, tratando de aplicar as categorias e conceitos geralmente admitidos na dogmática da omissão, e tendo em conta que uma posição de garante como consequência de um dever de proteção está praticamente excluída neste âmbito, o autor se questiona sobre a possibilidade de aplicá-la como consequência de um dever de vigilância sobre singulares fontes de perigo, em virtude de um domínio sobre as pessoas e/ou sobre as coisas. Em relação ao domínio sobre as pessoas conforme o princípio da responsabilidade pelo fato próprio, estaria excluído em princípio, responsabilizar penalmente alguém por um fato cometido por um terceiro responsável. Raramente, em casos prototípicos, como os dos educadores em relação a seus filhos, ou de autoridades estatais de caráter funcional em relação aos seus subordinados, poder-se-ia tomar em consideração algo semelhante. Diante das tentativas de afirmação de uma posição de garante do proprietário da empresa por fatos penais cometidos por seus subordinados, com base em conceitos como a “*visão completa*”, o “*poder jurídico para dar ordens*” ou a “*dependência parcial dos membros da empresa*”, cabe propor sérias objeções.⁵² Em primeiro lugar, Heine alega o só fato de ter dificuldade para se afirmar a autoria mediata (no comportamento ativo) mediante o domínio da organização ou das ordens, deveria ser suficiente para desistir da ideia quando se trata de fundamentar uma posição de garante, que exige uma responsabilidade intensificada. O recurso global ao direito de direção da empresa faz temer um regresso à teoria formal do dever jurídico, com a consequente perda de qualquer orientação material. Tampouco convence a dependência parcial dos empregados, porque a estrutura do domínio empresarial conhece alguns limites que só permite o exercício determinado de poder

50.. GÖHLER: *FS-Dreher*, 1977, pp. 620 y ss.

51.. HEINE: *Verantwortlichkeit*, 1995, p. 114.

52.. *Ibidem*, pp. 116-117.

sobre os empregados, e que não justifica por si uma especial obrigação de intervir.⁵³ O “*domínio pessoal*” nas grandes empresas está se movendo cada vez mais em direção a um poder organizacional despersonalizado, de modo que os desenvolvimentos dogmáticos recentes contemplam também como autores de um delito comissivo àqueles que intervêm no fato em virtude de um aparato ilegal de poder organizacional. Estes critérios não podem simplesmente serem transportados, sem mais, para o delito omissivo, e devem permanecer limitados às organizações desvinculadas do direito.⁵⁴

Só restaria, então, uma argumentação baseada numa posição de garante como consequência de um dever de vigilância em razão da existência de fontes de perigo especificamente empresariais em virtude de um domínio fático (sobre as coisas). O ponto de vista desenvolvido por Heine coincide parcialmente com algumas das teorias expostas anteriormente. Trata-se, fundamentalmente, de ressaltar que a criação de uma empresa acarreta determinados riscos que desencadeiam, por sua vez, numa responsabilidade acentuada. A questão seria, portanto, explicar adequadamente o seu fundamento apropriado. Caso a perspectiva adotada fosse aquela que contempla a empresa como foco de perigo em si mesma, enquanto instituição que funcione para obtenção de rendimento econômico, ou para manter sob controle riscos específicos (potenciais ameaças) que derivam particularmente dessa classe de empresa, seriam obtidos diferentes resultados quanto ao conteúdo dos deveres.⁵⁵

Caso o primeiro ponto de vista fosse adotado, é evidente que a determinação do círculo de destinatários e do dever da própria garantia torna-se muito difícil. Dado que a persecução de benefícios econômicos pertença à própria natureza da empresa, buscar uma fundamentação da responsabilidade penal por omissão dentro da mesma, calcada no caráter preponderante destes últimos, implicaria uma mudança na direção do Direito Civil dificilmente compatível com os princípios tradicionais da dogmática do Direito Penal. Por isso, na opinião de Heine, *uma posição de garante do empresário por fatos cometidos no seio da empresa somente pode derivar-se do dever de manter sob controle determinadas fontes de perigo tipicamente empresariais, que resultam particularmente de algumas empresas e processos de produção.*

53.. Ibidem, p. 117.

54.. Ibidem, p. 118.

55.. Ibidem, p. 119.

Se considerarmos que o diretor da empresa é garante de que os perigos especiais que dela potencialmente derivam não acabem depreciando interesses juridicamente protegidos de terceiras pessoas, então poder-se-ia pregar a existência de um dever de garantia cujo conteúdo geral se fundamenta em manejar tais instalações e processos produtivos, de tal modo que não surjam lesões a bens jurídicos. Este dever compreenderia um controle continuado e, nesse caso, a adoção de medidas de segurança.⁵⁶

2. Em face dessa construção, Rotsch advertiu que é equivocada a fundamentação de uma posição de garante do empresário em razão da potencial ameaça para bens jurídicos que provenham dos processos produtivos e de peculiaridades da empresa. Para fundamentar esta crítica, alicerça-se no reconhecimento de que para a afirmação de um dever de garantia dirigido à canalização de uma fonte de perigo é necessário o domínio fático de quem omite, o que não ocorre nos casos de grandes empresas.⁵⁷

Por outro lado, Rotsch⁵⁸ censura Heine por deixar aberta a questão de como é possível isolar decisões previsíveis e evitáveis dos órgãos de direção quando se reconhece a possibilidade de delegar a responsabilidade e, com ela, a transmissão dos correlativos deveres de garantia.⁵⁹ De tal maneira que, na medida em que Heine afirma que a responsabilidade permanece um tanto mais próxima da direção do consórcio, quanto menos localizável e mais ameaçadora for a fonte de perigo, e mais amplas são as decisões a serem adotadas, estar-se-á obrigado a explicar como podem os órgãos de direção (distantes do fato) atuar de modo que controlem o acontecimento. Justamente porque nas grandes empresas de complexidade crescente, os riscos – muitas vezes gerados ao longo dos anos – são combatidos com medidas de longo prazo, e não podem ser dominados pela delegação, controle e organização, e por essa razão, diz Rotsch, tampouco seria possível argumentar a correspondente responsabilidade por omissão.⁶⁰

56.. Ibidem, pp. 120-121. Veja-se também sobre o conteúdo e limites da posição de garante, DEMETRIO CRESPO: *Omissão*, 2009, pp. 159 y ss.

57.. ROTSCH: *Individuelle Haftung*, 1998, p. 203.

58.. Ibidem, p. 204

59.. HEINE: *Verantwortlichkeit*, 1995, p. 122 [“Soweit aber Kompetenzen zulässigerweise übertragen werden, entstehen korrespondierende Garantienpflichten bei den in den Unterabteilungen zuständigen Überwachungsgaranten“].

60.. ROTSCH: *Individuelle Haftung*, 1998, p. 204.

4.3. Com base na ideia da competência organizacional

1. Disse-nos **Jakobs** que, é completamente normal na vida cotidiana que uma expectativa possa ser frustrada por ação ou omissão, e que, sem uma expectativa normativa, fazer ou omitir resultam igualmente indiferentes.⁶¹ O autor explica que numa sociedade moderna podem ser identificados dois fundamentos da responsabilidade penal que abarcam tanto a ação como a omissão: a lesão dos limites gerais da liberdade com relação à configuração exterior do mundo e, em segundo lugar, a inobservância dos limites (particulares) traçados pelo *status especial* que cada um ostenta na sociedade.⁶²

Dentro desse esquema, é claro que a responsabilidade por comissão ativa é um setor de responsabilidade por competência de organização, inclusive a partir do ponto de vista naturalista, entendida como “*controle voluntário do próprio corpo*”. Por omissões deveria compreender-se, por outro lado, a evitação de um *output* nocivo da própria organização. Mas, a chave em relação ao tema que nos interessa, **Jakobs** a oferece ressaltando o seguinte: “*A cada um compete, em virtude de seu status geral, isto é, como sinalagma de seu direito de organização, assegurar que no contato com uma organização alheia, a mesma tenha uma configuração que seja mantida dentro do risco permitido*”.⁶³

Até aqui, poderia dizer-se que a conclusão a que chega o catedrático emérito da Universidade de Bonn, não se aparta no essencial do já apontado por outros autores citados acima. Contudo, sua base argumentativa lhe confere um grande poder descritivo: “*Significa que este dever assecuratório no caso concreto é algo que depende do respectivo estado da organização. Se este estado é inócuo, a garantia se produz simplesmente com o fato de não modificá-lo no sentido nocivo, isto é, pela omissão de uma atividade arriscada. Se este estado é, pelo contrário, perigoso, o asseguramento se produz por uma reorganização ativa, isto é, por meio de uma ação*”.⁶⁴ Enquanto a lesão do dever assecuratório se produz, no segundo caso, mediante uma ação, no primeiro ocorre por omissão. Porém, **Jakobs** não confere, a este último, relevância alguma, produzindo-se por esta via uma dissolução das diferenças para efeitos dogmáticos, pois

61.. JAKOBS: *Estudios*, 1997, p. 346.

62.. Ibidem, pp. 347-348.

63.. Ibidem, p. 349.

64.. Ibidem, pp. 349-350.

todo sujeito tem no plano do *status* geral a obrigação de evitar uma configuração da própria organização que exceda do risco permitido. O que é decisivo, nos diz este autor, não é o tipo de conduta que se realiza, mas a atribuição ou não atribuição do dano ao âmbito da organização.

Junto a isso, [Jakobs](#) distingue um grupo de casos referente à *assunção do domínio do risco*, que refletiriam o trânsito dos deveres de asseguramento aos deveres de salvamento. Neste conjunto, não se trataria de somente de evitar um *output* perigoso “externo à organização”, mas algo mais: do salvamento de outra organização alheia a respeito dos riscos gerados com o *output* perigoso, do que se dispôs com reserva de sua segura revogação antes que se produza o dano.⁶⁵ Isso significa, por sua vez, que quem assume o domínio desse risco está obrigado a renunciar a uma configuração interna que é em si mesma socialmente adequada.

Finalmente, junto aos deveres em virtude de competência da organização, este autor distingue os “*deveres em virtude de competência institucional*”. Estes se caracterizam por não serem deveres que resultem do *status* geral de todo cidadão, mas que afetam tão somente às pessoas com um *status* especial, como os pais, o cônjuge, o receptor de uma confiança especial ou alguns que exercem cargos públicos.⁶⁶ A consequência mais relevante para efeitos dogmáticos é que, segundo [Jakobs](#), trata-se do reverso dos delitos de violação de um dever e seguem suas mesmas regras, de modo que “*por falta de relevância do quantum organizativo diminui a diferenciação entre autoria e participação com base neste quantum; além disso, todo sujeito especialmente obrigado está imediatamente, isto é, sem acessoriedade, submetido ao dever e é, por isso, autor se não lhe falta alguma outra qualificação para a autoria*”.⁶⁷ A última conclusão é que novamente não há diferença entre ação e omissão: “*a diferença entre comissão e omissão é também no âmbito de um status especial, uma diferença natural, à qual falta uma relevância genuinamente jurídica*”.⁶⁸

A construção de [Günther Jakobs](#), como acontece em outros âmbitos, é muito instigante e possui um enorme poder descritivo e

65.. Ibidem, p. 351.

66.. Ibidem, pp. 362-363.

67.. Ibidem, p. 363.

68.. Ibidem, p. 363.

plástico. No entanto, conduz-se a uma dissolução no plano normativo das diferenças determinadas por ele – sem dúvida – diferente acontecer típico do desencadeamento ativo. Uma visão garantista da dogmática da autoria passa, em minha opinião, pela ideia do domínio, também para os delitos omissivos. Aqui deveria buscar-se, pois, a solução para o fundamento da posição de garante do empresário. Outra coisa bem distinta é que *não existam os elementos para imputar (objetivamente) o fato ao autor*, o que não converte em decisivo o critério da atribuição material de competências nem nenhum outro. Daí recorre o argumento apresentado por [Feijoo Sánchez](#) no sentido de que o critério de domínio seria insuficientemente normativo, dado que “*o domínio pode ser puramente causal ou, inclusive, nas hipóteses de omissão simples, pode haver um forte domínio da situação de desamparo sem que isso legitime a imputação do fato*”.⁶⁹ Argumento prévio segundo o qual “*quando enfrentamos à criminalidade empresarial, a imputação objetiva aos integrantes da empresa passa pela imputação objetiva do fato à organização empresarial*”⁷⁰ não afetando as “*esferas de competência*”, mas, sim, como se relacionam as “*esferas de responsabilidade*” coletiva e individual, e podem contribuir para não sobrepassar esta última.⁷¹

2. Para [García Caveró](#), em contrapartida, é preciso distinguir entre a determinação da posição de garante por um lado, que com caráter geral exigiria “*ter chegado a dominar ou controlar o desenvolvimento da atividade empresarial*”, e a imputação ao garante de um resultado em comissão por omissão. Para este último seria preciso poder afirmar que o garante foi responsável pelo risco que se realiza no resultado. Por sua vez, sem embargo, estima-se que “*para determinar as competências penalmente relevantes do diretor de uma empresa, para efeito de fundamentar a equivalência normativa da omissão do garante com a realização ativa, devemos diferenciar as competências por organização (delitos de domínio) das competências institucionais (delitos de infração de um dever)*”.⁷² Chama atenção a “*circularidade*” deste tipo de argumentação em que se é garante em virtude do “*domínio*”, mas, em seguida, deve se recorrer à “*competência organizativa*” para fundamentar a equivalência normativa.

A rigor, a imputação ao diretor em comissão por omissão torna-se admissível somente se for possível afirmar que é garante da

69.. FEIJOO SÁNCHEZ: *Cuestiones*, 2009, p. 268.

70.. Ibidem.

71.. DEMETRIO CRESPO: *Omisión*, 2009, pp. 50 y ss.

72.. GARCÍA CAVERO: *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 393.

evitação do resultado – no nosso caso, o delito cometido pelo subordinado –, assim como é garante se for possível afirmar o domínio da fonte de perigo da qual é responsável. Em definitivo, a competência organizacional aparece no máximo como um pressuposto acerca do efetivo domínio sobre o fundamento do resultado, que não é outro senão uma concreta fonte de perigo representada pelo comportamento do subordinado.

Ademais, esse autor também admite que *“uma responsabilidade penalmente relevante pela gestão de assuntos específicos somente poderia ser admitida quando o diretor assumisse efetivamente esta gestão”*.⁷³ De todo modo, tomar como ponto de partida o critério da competência leva [García Caveró](#) a percorrer um difícil caminho, no qual deve-se argumentar, de um modo um tanto forçado, que *“a imputação na esfera de organização do diretor se dará quando o subordinado somente execute a ordem determinada pelo diretor”*, porque, neste caso, *“a prestação do dependente forma parte da esfera de organização do diretor, pelo qual, mesmo quando o delito seja realizado faticamente pelo dependente, a autoria caberá ao diretor. Nesse sentido, cabe precisar que os fatos imputados não pertençam realmente a seus dependentes, mas, sim, ao próprio diretor”*.⁷⁴ No entanto, nessa hipótese, quando o diretor dá uma ordem direta ao subordinado – aquela de cometer uma ação constitutiva de delito – cabe perguntar-se em que consiste a omissão, pois mais se parece como uma conduta ativa.

Não obstante, o conjunto que discorremos é também e em primeira linha, o que menciona [García Caveró](#) num segundo momento, limitando-o àquelas hipóteses em que *“o fato realizado pelo dependente não corresponde com a organização disposta pelo diretor”*, nos quais, em sua opinião, *“somente poderia falar-se de uma responsabilidade penal do diretor, se este não cumpriu com deveres de controle e vigilância sobre seus dependentes ou há configurado aspectos da empresa de forma tal que favoreçam a realização de delitos pelos seus dependentes”*.⁷⁵ É aqui quando o autor estima que nesses casos, o descumprimento das tarefas de controle ou vigilância não permite fundamentar uma equivalência normativa com a realização ativa, pelo que considera que deve atenuar-se a sanção penal com base na possibilidade que outorga nesse sentido o art. 13 do Código Penal peruano. Também aqui cabe discordar,

73.. Ibidem, p. 394.

74.. Ibidem.

75.. Ibidem, p. 395.

ante uma argumentação que permite imputar o ato em comissão por omissão, mas, se me permite a expressão, “não de todo”. Trata-se, logicamente, de um problema de maior abrangência que afeta qualquer regulação de cláusulas de equivalências que incluem atenuações facultativas, como também ocorre no § 13 StGB. Não obstante, as cláusulas de equivalência servem justamente para fundamentar em termos normativos a equivalência entre a omissão e a ação na presença de determinados elementos que convertem o sujeito ativo em garante. Outro problema é que, estabelecida esta premissa, o sujeito deve responder necessariamente como autor, ou melhor, sua intervenção no fato deve ser considerada materialmente a título de partícipe, assim entrando em jogo regras de determinação da pena que atenuem sua responsabilidade por outros motivos.

4.4. Com base na ideia do “domínio” ou “controle do domínio”

4.4.1. Classes de domínio

Schünemann expôs, em 1979, que a posição de garante dos órgãos da empresa podia ser considerada a partir de dois pontos de vista: o domínio sobre os elementos e procedimentos perigosos do estabelecimento (“*Oberherrschaft über gefährliche Sachen und Verrichtungen*”), e o poder de mando sobre os trabalhadores (“*rechtliche Befehlsgewalt über die Arbeitnehmer*”).⁷⁶ A abrangência do dever de garante do empresário se conforma de modo diferente em um ou outro caso, porque o “domínio material” (sobre coisas e procedimentos) é permanente ante o excesso, mas, não, diante da descentralização, enquanto que o “domínio pessoal” (através do poder jurídico de mando sobre os trabalhadores) não é permanente ante o excesso, mas, sim, diante da descentralização.⁷⁷ Para Meini é claro, entretanto, que o devir da atividade empresarial tornará possível inter-relacionar ambas as formas de domínio, quando, por exemplo, o subordinado, em proveito próprio, vale-se de um descuido de seus superiores encarregados do controle da qualidade para introduzir no produto – que deve ingressar no mercado – uma substância tóxica. Daqui se extrai a conclusão de que “o dever de garante com base no domínio pessoal sobre o subordinado poderá ser invocado como argumento para a imputação dos resultados lesivos ao superior

76.. SCHÜNEMANN: *Unternehmenskriminalität*, 1979, p. 95.

77.. MEINI: *Responsabilidad*, 2003, pp. 308-309; SCHÜNEMANN: *ADPCP* (1988), pp. 540-541.

hierárquico”, ao registrar o referido comportamento no processo de produção empresarial.⁷⁸ Arroyo Zapatero parte da ideia de que o que deve ser comprovado é em qual medida as lesões aos bens jurídicos que são obra direta do subordinado podem ser consideradas como “obra” de quem não as produziu materialmente. Outrossim, em que condições a omissão de quem não impede a produção dos resultados típicos por outro é equivalente à conduta ativa deste último. A resposta do autor gira de forma acertada em torno da ideia do domínio.⁷⁹

4.4.2. O domínio sobre o fundamento do resultado

Assinala Schünemann que “enquanto a teoria formal do dever jurídico cai num grave atoleiro na questão da responsabilidade dos administradores, a pauta da equiparação restritiva do ‘domínio sobre a causa do resultado’ [...] pode absorver sem grandes dificuldades a responsabilidade dos administradores, concretamente pelo domínio da vigilância exercida com os meios de poder do agrupamento (direção e informação) sobre os membros subordinados da empresa e/ou em virtude da custódia sobre os objetos perigosos do patrimônio empresarial que são propriedade do agrupamento”.⁸⁰ Em sua opinião, a partir da vinculação da posição de garante no âmbito de domínio (atribuível aos órgãos particulares da empresa em função da esfera empresarial que dominem) “segue-se também, natural e forçosamente, que os deveres de garantia de um membro do Conselho da Administração numa direção da empresa que está organizada segundo o princípio da divisão de poderes nos departamentos [...] se limitam ao âmbito dirigido por ele e, por isso, somente são mais amplos em questões fundamentais que competem à diretoria integral da empresa”.⁸¹

A partir daí, considera este autor, apesar do sustentado em trabalhos anteriores,⁸² que a decisão do Tribunal Supremo Federal alemão (BGH) no caso do *spray* para o couro, considerando a existência de um dever de garantia da empresa produtora de evitar

78.. MEINI: *Responsabilidad*, 2003, p. 309.

79.. ARROYO ZAPATERO: *Seguridad en el trabajo*, 1981, pp. 160-161.

80.. SCHÜNEMANN: *ADPCP* Vol. LV (2002), p. 30 (≡ SCHÜNEMANN: *Festgabe BGH*, 2000, pp. 634 y ss).

81.. *Ibidem*, p. 31.

82.. SCHÜNEMANN: *Spanisch-deutsches Symposium*, 1995, pp. 66 y ss.

os perigos para a saúde conhecidos posteriormente, não contradiz a teoria do domínio. Aduz, no entanto, que o *BGH* fez mal ao fundamentar sua decisão na ingerência, solução que aparecia como tentadoramente fácil ao dispor da ação precedente de colocação em circulação do *spray*, mas ao preço de suprimir as limitações introduzidas na sentença no curso de decisões anteriores, determinando de forma extensiva o alcance dos deveres de evitação do resultado, e impossibilitando considerar a estrutura de divisão do trabalho da empresa econômica moderna.⁸³ Para *Schünemann* a “*solução correta*” passaria pelo critério do domínio pelo desamparo parcial da vítima como subforma de posição de garante por assunção.⁸⁴ Como no caso do *spray* para o couro tratava-se de um produto de marca, a decisão do *BGH* teria sido correta, pois implica uma espécie de “*compromisso*” explícito ou implícito de uma precaução desta natureza e os consumidores, em regra geral, contam com isso.⁸⁵

Em um trabalho mais recente, *Schünemann* fala do “*domínio sobre o fundamento do resultado*” como base lógico-objetiva comum para todas as formas de autoria, incluindo o atuar em lugar de outra pessoa.⁸⁶ Em 1971, em sua obra acerca dos delitos de omissão imprópria, tomando como exemplo os casos em que atuam babás, e partindo da crítica à teoria formal do dever jurídico, o autor chegava à conclusão de que a razão decisiva que justifica a equiparação da omissão com o fazer ativo não consiste na infração de um dever especial extrapenal, mas na *categoria da assunção da custódia*. Esta assunção implica uma *relação de domínio sobre o fato consistente no domínio sobre a situação de desamparo do bem jurídico*.⁸⁷ Da mesma maneira, nos casos de posição de garante por ingerência, tampouco se trataria de uma responsabilidade penal por mera causalidade, mas de uma *forma de domínio sobre o fato consistente no domínio sobre uma fonte de perigo*.⁸⁸

83.. SCHÜNEMANN: *ADPCP* Vol. LV (2002), p. 31.

84.. *Ibidem*, p. 33.

85.. *Ibidem*, pp. 33-34.

86.. SCHÜNEMANN: *RDP* 2 (2005), pp. 29 y ss (37 y ss).

87.. SCHÜNEMANN: *Grund und Grenzen*, 1971, pp. 229 y ss (§ 18 «Der Herrschaftsbereich als übergeordnete materiale Richtlinie»), pp. 334 y ss (§ 22 «Verwandschaft, Gemeinschaft und Übernahme»).

88.. SCHÜNEMANN: *Grund und Grenzen*, 1971, pp. 281 y ss; *ID.*, *GA* (1974), pp. 231 yVss.

Este raciocínio permite-lhe concluir, portanto, que “*nos delitos impróprios de omissão se trata, na realidade, também de uma forma de domínio, isto é [...], de um domínio sobre o fundamento do resultado, consistindo o fundamento do resultado nos delitos de omissão, não no próprio movimento corporal, mas em uma fonte de perigo dominada pelo autor, ou também na situação de desamparo do bem jurídico dominada pelo autor*”.⁸⁹

Ao mesmo tempo, seria igualmente demonstrado que os delitos impróprios de omissão não são delitos de infração de dever,⁹⁰ mas no sentido de que a autoria neles funde-se na infração de um dever especial extrapenal.⁹¹ Schünemann entende, inclusive que esta posição tampouco mereça rechaço, a partir do ponto de vista do artigo 11 do Código Penal espanhol, que não pode ser mal-interpretado no sentido da superação da teoria formal do dever jurídico. Finalmente – em sua opinião – este método de análise não deve restringir-se aos delitos impróprios de omissão, mas “deve reconhecer-se também nos delitos especiais que a responsabilidade penal tampouco pode vincular-se aqui com a infração de um dever especial extrapenal como tal”.⁹²

Os argumentos de Schünemann, desenvolvidos – como se notou – ao longo de anos em múltiplos trabalhos, encontrou aprovação essencial de muitos autores.⁹³ Diferente de outras doutrinas, não se perde de vista na argumentação deste autor a conexão com a parte

89.. SCHÜNEMAN: *RDP 2* (2005), p. 41.

90.. Sobre o problema, *vid. supra* (§2) II.

91.. SCHÜNEMANN: *RDP 2* (2005), p. 42.

92.. *Ibidem*, pp. 43-44.

93.. Unem-se a este critério, dentro de nossa doutrina, entre outros, TERRADILLOS BASOCO: *DPEmpr*, 1995, p. 40 [“O dever de vigiar o comportamento do subordinado, com a sua exigência resultante de responsabilidades no caso de não fazê-lo, emerge do domínio do garante sobre a causa do resultado, tanto do controle de fato sobre os elementos materiais perigosos, quanto do poder de mando, legalmente fundamentado sobre os trabalhadores.”]; SILVA SÁNCHEZ: *LH-Roxin*, 1995, p. 372 [“O compromisso individual adquirido ao aceitar o cargo, transfere a atribuição ao sujeito que assume o domínio e simultaneamente a responsabilidade”]; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ: *DPEE*, 2007, pp. 499 y ss, esp. p. 503 *in fine*, aclarando que o fato de acolher o conceito de domínio sobre a causa do resultado proposto segundo Schünemann para resolver por meio da omissão imprópria dos problemas de determinação da autoria do diretor no âmbito empresarial, não implica assumir também a ideia defendida por ele na qual esse conceito proporciona uma base lógico objetiva para todas as formas de autoria.

subjetiva do fato, na medida em que se pretende fazer derivá-la mediante a assunção da canalização do poder objetivo sobre o fato e o seu conhecimento subjetivo nas esferas superiores de gestão.

No entanto, como adverte [Rotsch](#), nesse enfoque subjaz uma ideia de conceito de autor que pode ser considerada incorreta,⁹⁴ e que, em todo caso, é altamente discutível. Em face do conceito de autor da dogmática tradicional, entendido como autor individual aquele que atua dentro de um marco de constelações abrangidas, abre caminho para um “*conceito sistêmico*” de autor no marco de organizações complexas, com base nos conhecimentos da moderna sociologia organizativa.⁹⁵ Este último caracteriza-se pela presença de um elemento objetivo, relativo à divisão do trabalho, e um subjetivo relativo aos canais de informação.⁹⁶ Em particular, diante do sustentado por [Schünemann](#), cabe perguntar-se a partir da perspectiva tópica, se o critério do domínio pelo desamparo parcial da vítima como subforma de posição de garante por assunção surge unicamente quando se trata de produtos de marca, isto é, se não se teria de afirmar que um compromisso desta classe surge simplesmente sempre que se lança um produto ao mercado do qual podem ser derivados danos aos consumidores.

Não está oculta a “*questionabilidade*” dogmática e a necessidade de concreção ulterior que implica a proposta de [Schünemann](#), e que não cabe se acolher *in totum*, como tampouco as importantes críticas que se lhe são dirigidas.⁹⁷ Em particular, cabe destacar as pormenores reflexões neste sentido de [Hsü](#), que parte da distinção entre “possibilidade de ação” e “dever de ação”. Para este autor, a teoria proposta por [Schünemann](#) enfrenta o problema de que, ao reconduzir o lado fático do domínio a uma mera “possibilidade de evitação”, trata ao mesmo tempo de deduzir o “dever de evitação” daquela, sendo assim, que ambos os conceitos, “possibilidade de atuar” e “dever de atuar”, devem ser mantidos estritamente separados.⁹⁸ No entanto, é óbvio que não se trata aqui de uma possibilidade

94.. ROTSCH: *Individuelle Haftung*, 1998, p. 194.

95.. LUHMANN: *Funktionen*, 1995, *passim*; BECK: *Gegengifte*, 1995, *passim*.

96.. ROTSCH: *Individuelle Haftung*, 1998, p. 194; HEINE: *Verantwortlichkeit*, pp. 27 y ss.

97... Vid., entre outras referências, Hsü: *Garantenstellung*, 1986, pp. 241 y ss.

98... Ibidem, p. 243.

de atuar a fim de evitar o resultado como aquela que pudesse ter, em determinadas circunstâncias, qualquer outra pessoa que não tenha nada a ver com a empresa, pois desse modo teríamos eliminado não só toda possibilidade de distinção, mas também a concreta possibilidade de atuar com o fim de evitação do resultado daquele que, porque é garante, tem o dever de fazê-lo.

Mas, por outro lado, bem observado, quase todas as propostas contemporâneas em torno da fundamentação da posição de garante no âmbito empresarial pressupõem – como não poderia ser de outro modo – concreções neste âmbito de representações gerais sobre a comissão por omissão que incorporam em muitos casos, elementos provenientes de evoluções doutrinárias de diverso entendimento. Adota-se neste trabalho a perspectiva metodológica que está acobertada, fazendo predominar a realidade material para cuja elaboração jurídica se faz uso de um critério normativo determinado, sobre o próprio critério normativo. Não se pretende uma total “desnormatização” do problema, pois não a ninguém escapa a ideia de que o critério do domínio sobre o fundamento do resultado é também um critério normativo, mas não apenas uma pauta restritiva não niveladora a ser seguida para a sua solução.

4.4.3. Critérios normativos complementares?

Diversos autores ocuparam-se em esboçar critérios normativos, tais com a “ponderação de interesses”,⁹⁹ a “equidade social”,¹⁰⁰ ou “o exercício de faculdades individuais de auto-organização”, sobre os quais fazem girar como pivô o fundamento último da posição de garante do empresário.¹⁰¹

Em minha opinião, no entanto, todos esses critérios normativos, que em seu conjunto tendem a dar relevo à necessidade de uma estreita conexão entre o fato delituoso cometido e o concreto âmbito de organização individual no desempenho de determinadas funções, embora esclarecedores, não são determinantes no plano dogmático. A mencionada conexão deveria ser um aspecto implícito do domínio sobre o fundamento do resultado, pois em outro caso não se daria tal domínio, pelo que parece desnecessário torná-lo

99... FRISCH, en: Mir Puig / Luzón Peña (Coord.), 1996, pp.112 y ss.

100. БОТКЕ: Mir Puig / Luzón Peña (Coord.), 1996, pp. 142 y ss.

101. LASCURAÍN SÁNCHEZ: *LH Tiedemann*, 1995, pp. 210 y ss.

independente deste último.¹⁰²

5. Conclusões

Como resultado global, pode-se dizer que:

1. Todas as teorias expostas buscam o *fundamento idôneo* para dar base a uma responsabilidade em comissão por omissão dos superiores no âmbito empresarial.
2. Mais além das *discrepâncias metodológicas*, deve ser colocado, em primeiro plano, o problema que se trata e a realidade que está por trás, sem perder de vista, em nenhum caso, a configuração garantista do Direito Penal.
3. A estruturação de uma *resposta jurídica fundamentada* requer uma minuciosa análise de complexas questões dogmáticas que não podem ser ignoradas. Nesse sentido, qualquer simplificação ou generalização indevida, levar-nos-á a um “beco sem saída”.
4. Tão importante como buscar uma explicação convincente para fundamentar uma resposta jurídico-penal oposta aos grupos de casos aqui considerados, é a análise dos *limites que servem de barreira*, tanto de caráter geral – tais como o princípio da responsabilidade pelo fato próprio,¹⁰³ a parte subjetiva do fato ou o título de imputação – como específicos – tais como a delegação lícita de competências ou o caráter vinculado à empresa dos delitos cometidos.¹⁰⁴

6. Bibliografia

ARROYO ZAPATERO, Luis. *La protección penal de la Seguridad en el Trabajo*. Madrid: Servicio Social de Higiene y Seguridad del Trabajo, 1981.

102. DEMETRIO CRESPO: *Omisión*, 2009, pp. 152 y ss, esp. pp. 156-157.

103. Também em sentido restritivo sobre a base do princípio de auto responsabilidade do empregado, WEIGEND: *LK* (2006), § 56, 848-849, quem admite, no entanto, excepcionalmente a possibilidade de exigir um dever de garantia nos casos em que da natureza de uma empresa resulte uma exposição a um risco especial, não simplesmente por ter que manter sob controle os riscos derivados das coisas que pertencem à empresa – como armas de guerra – mas também por ter que velar para que esses riscos não se materializem pelo comportamento indevido de seus subordinados.

104. Com mais detalhe, DEMETRIO CRESPO: *Omisión*, 2009, pp. 166 y ss.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial. In: BACIGALUPO (Dir.). *La responsabilidad penal de las sociedades*. Madrid: CGPJ, 1994. p. 61 y ss.

BECK, Ulrich. *Gegengifte – Die organisierte Unverantwortlichkeit*. 8. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.

BOTTKE, Wilfried. Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica. In: Mir Puig; Luzón Peña (coord.). *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona: Bosch, 1996. p. 129-197.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa. Una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa*. Granada: Comares, 2003.

_____. *Responsabilidad penal por omisión del empresario*. Madrid: Iustel, 2009.

_____. Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados. In: Serrano Piedecasas; Demetrio Crespo (Ed.). *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*. Madrid: Colex, 2008. p. 61-87.

FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Cuestiones actuales de derecho penal económico*. Montevideo-Buenos Aires: Bdf, 2009.

FREUND, Georg. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*. Berlin-Heidelberg: Springer, 1998 [Strafrecht. AT].

FRISCH, Wolfgang. Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la empresa y de la división del trabajo. In: Mir Puig; Luzón Peña (coord.). *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*. Barcelona: Bosch, 1996. p. 99-127.

GARCÍA CAVERO, Percy. La posición de garantía del empresario: a propósito del caso utopía. In: Alonso Álamo et al. (coord.). *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, 2005. p. 381-400 [LH-Rodríguez Mourullo].

GALLEGO SOLER, José Ignacio. Criterios de imputación de la autoría en las organizaciones empresariales. *Derecho penal económico. Estudios de Derecho Judicial*, 72 (2006), p. 51-134 [EDJ].

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de la empresa. In: *ADPCP*, v. LIV

artigo 01

artigo 02

artigo 03

artigo 04

artigo 05

(2001), p. 1-20 [≡ Unehchte Unterlassung und Risikoerhöhung im Unternehmensstrafrecht. In: Schönemann e.a (Ed.). *Festschrift für Claus Roxin*. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 2001. p. 651-663].

GÖHLER, Erich. Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Betriebsinhabers für die in seinem Betrieb begangenen Zuwiderhandlungen. In: Jescheck; Lüttger. *Festschrift für Eduard Dreher*. Berlin . New York: Walter de Gruyter, 1977, p. 611-621 [FS-Dreher].

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*. Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1988.

HASSEMER, Winfried. *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*. 2. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1996.

HEINE, Günther. *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken*. Baden-Baden: Nomos, 1994.

HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Verantwortung für Arbeitsschutz und Unfallverhütung im Betrieb*, Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymans, 1984.

HILGENDORF, ERIC. *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der "Risikogesellschaft"*. Berlin: Duncker & Humblot, 1993.

HSÜ, Yü-hsiu. *Garantenstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung strafbarer Handlungen seiner Angestellten?* Paffenweiler: Centaurus, 1986.

JAKOBS, Günther. La competencia por organización en el delito omisivo. In: _____. *Estudios de derecho penal*. Trad. de E. Peñaranda Ramos. Madrid: Civitas, 1997. p. 347-363.

_____. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Aufl, Berlin: de Gruyter, 1991 [≡ *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Trad. de J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997].

JUANATEY DORADO, Carmen. Responsabilidad penal omisiva del fabricante o productor por los daños a la salud derivados de productos introducidos correctamente en el mercado. In: Boix Reig; Bernardí (Dir.). *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*.

artigo 01

artigo 02

artigo 03

artigo 04

artigo 05

Madrid: Iustel, 2005. p. 133-158.

KUHLEN, Lothar. Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte. *NStZ* 12 (1990), p. 566-570.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*. Madrid: Universidad Autónoma-Civitas, 1994.

_____. Fundamento y límites del deber de garantía del empresario. *Hacia un Derecho Penal económico europeo. Jornadas en Honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid: BOE, 1995, p. 209-227 [LH-Tiedemann].

LUHMANN, Niklas. *Funktionen und Folgen formaler Organisation*. 4. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1995.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007 [DPEE. PG].

MEINI, Iván. *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

OTTO, Harro. *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*. 5. ed. Berlin. New York: Walter de Gruyter, 1996.

_____. Die strafrechtliche Haftung für die Auslieferung gefährlicher Produkte. In: Weigend; Kupper (Ed.). *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*. Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1999. p. 291-312 [FS-Hirsch].

PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa (y en otras organizaciones). *Liber amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*. Madrid: Colex, 2006. p. 411-430.

_____. Autoría y participación en la empresa. In: Serrano Piedecosas; Demetrio Crespo (Ed.). *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*. Madrid: Colex, 2008. p. 161-187.

QUINTERO OLIVARES (2009). La crisis de la configuración individualista de la teoría de la participación. La entrada de entes y grupos. *CGPJ*, Madrid (en prensa).

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. Incidencia dogmática de la jurisprudencia del caso de la colza y otros casos en materia de productos defectuosos. In: Boix Reig; Bernardi (Dir.). *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*. Madrid: Iustel, 2005. p. 115-132.

ROTSCH, Thomas. *Individuelle Haftung in Großunternehmen. Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrechts*. Baden-Baden: Nomos, 1998.

ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat). München: C.H.Beck, 2003 [AT. Band II].

SCHALL, Hero. Grund und Grenzen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung. In: Rogall; Puppe/Stein/Wolter (Ed.). *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi*, Neuwied: Luchterland, 2004. p. 267-283 [FS-Rudolphi].

SCHÜNEMANN, Bernd. *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen: Otto Schwartz & co, 1971.

_____. *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*. Köln-Berlin-Bonn-München: Heymann, 1979.

_____. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. Trad. de D. Brückner y JA. Lascurain Sánchez. *ADPCP* (1988), p. 529-558.

_____. Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte. In: Gimbernat; Schünemann; Wolter (Ed.). *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte. Ein spanisch-deutsches Symposium zu Ehren von Claus Roxin*. Heidelberg: C.F. Müller, 1995. p. 49-82 [Spanisch-deutsches Symposium].

_____. Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación. Trad. de B.Spínola Tártalo y M. Sacher. *ADPCP*, v. LV (2002), p. 9-38.

_____. El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de outro. Trad. de M. Sacher, *RDP* 2 (2005), p. 29-62.

_____. Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt. In: Böse; Sternberg-Lieben (Hrsg.). *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, Belin: Duncker&Humblot, 2009. p. 303-323.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-M^a. Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español. In: Silva Sánchez (Ed.). Schünemann; Figueiredo Dias (Coords.). *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: JM Bosch, 1995. p. 357-379 [LH-Roxin].

artigo 01

artigo 02

artigo 03

artigo 04

artigo 05

TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Derecho penal de la empresa*. Madrid: Trotta, 1995 [DPEmpr].

TIEDEMANN, Klaus. *Wirtschaftsstrafrecht: Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten*. 2. Aufl. München: Carl Heymanns, 2007.

WEIGEND, Thomas. §13 Begehen durch Unterlassen. In: *Leipziger Kommentar*. 12. ed. Berlin: De Gruyter, 2006. p. 815-873.

[artigo 01](#)[artigo 02](#)[artigo 03](#)[artigo 04](#)[artigo 05](#)

*Societas/universitas delinquere ed puniri potest: a experiência holandesa como modelo para a Espanha?*¹

John. A. E. Vervaele

Professor ordinário de Direito Penal Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de Utrecht.
Professor de Direito Penal Europeu no Mestrado em Direito do Colégio da Europa em Bruxelas.

Traduzido por Fauzi Hassan Choukr

Pós-Doutor pela Universidade de Coimbra.
Doutor e Mestre pela USP.
Promotor de Justiça no Estado de São Paulo.

Resumo: A experiência holandesa na responsabilização criminal da pessoa jurídica serve como laboratório para novas legislações como no caso do direito espanhol, assim como para a possível harmonização da matéria no contexto de um direito penal europeu. Avalia-se, ainda, os limites e as possibilidades da responsabilização penal das pessoas jurídicas de direito público.

Palavras-chave: Responsabilidade penal; pessoa jurídica; direito comparado; Holanda.

Abstract: The Dutch experience in assigning criminal liability to the legal entity constitutes a good lab experience for new legislation like the Spanish Law, and for a possible subject harmonization within the context of a European criminal law. Still under analysis are the limits and possibilities of assigning criminal liability to the entities of public law.

Keywords: Criminal liability; legal entity; comparative law; Holland.

Sumário: 1. Introdução; 2. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas em perspectiva histórica; 3. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas na Holanda a partir de uma perspectiva histórica; 4. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas e os líderes de fato (tomadores de decisão): o art. 51 do CP; 4.1. Introdução; 4.2. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas e líderes empresariais; 4.2.1. A qualidade de autor da pessoa jurídica: os critérios IJzerdraad; Imputação do elemento objetivo; Imputação do elemento subjetivo; 4.2.2. A pena para o dirigente que age funcionalmente com base na qualidade de autor da pessoa jurídica: os critérios relevantes do caso Slavenburg; 5. Responsabilidade

1.... Versão elaborada e atualizada de Vervaele, J. A. E., *La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda. Historia y desarrollo recientes*, em J. A. E. Vervaele, *El Derecho penal Europeo. Del derecho penal económico y financiero a un derecho penal federal*, Ubijus, Mexico, 2006, 35-75.

penal das pessoas jurídicas com autoridade pública; 5.1. Introdução; 5.2. A responsabilidade penal e da capacidade de perseguir o Estado; 5.3. A responsabilidade penal e a possibilidade de perseguição contra as autoridades descentralizadas; 5.4. Desenvolvimentos recentes na responsabilidade penal das pessoas jurídicas, inclusive o Estado; 6. Conclusão; Bibliografia.

1. Introdução

A Espanha introduziu² em seu ordenamento a responsabilidade penal da pessoa jurídica, posto que lá, a doutrina, a jurisprudência e o legislador se deram conta de que o sistema de penas acessórias do Código Penal vigente não era suficiente para combater seriamente o fenômeno do crime organizado, como o terrorismo, o crime econômico, o crime financeiro ou ambiental. A Espanha era um dos últimos países da União Europeia que não possuíam responsabilidade penal das pessoas jurídicas. De fato, a França e a Bélgica introduziram-na na primeira metade da década de noventa do século passado. A Itália introduziu um sistema de responsabilidade penal das pessoas jurídicas sem lhe dar o nome, e a maioria dos novos membros da UE introduziu essa forma de responsabilidade.

Apesar desta constatação, a Espanha não tinha obrigação de prever essa responsabilidade, quer do ponto de vista do direito internacional, nem do ponto de vista do direito europeu. Na verdade, a Alemanha continua opondo-se a essa ideia, que tem como efeito que o Direito Europeu e, sobretudo, as decisões-marco do “terceiro pilar” do Direito da União Europeia sejam limitadas a que os Estados-Membros prevejam a responsabilidade criminal ou administrativa das pessoas jurídicas e a prever sanções concretas (pela via administrativa ou criminal). Isso não significa que os Estados tenham total discricção nesse assunto. A recente decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos no caso *Öneryildiz x Turquia*³ assim o mostra.⁴

2.... A Espanha introduziu o art. 31. bis no seu Código Penal por meio da Lei Orgânica de 5/2010, de 22 de junho, cuja redação completa pode ser encontrada em http://www.ub.edu/dpenal/CP_vigente_2013_01_17.pdf.

3.... Acórdão de 18 de junho de 2002, proc. 48939/99. NT

4.... “Where lives have been lost in circumstances potentially engaging the responsibility of the State, that provision entails a duty for the State to ensure, by all means at its disposal, an adequate response- judicial or otherwise- so that the legislative and administrative framework set up to protect the right to life is properly implemented and any breaches of that right are repressed and punished (par. 91) (...) where it is established that the negligence attributable to State officials or bodies on that account goes beyond an error of judgment or carelessness, in that the authorities in question, fully realising the likely consequences and disregarding the powers vested in them, failed to take measures that were necessary and sufficient to avert the risks inherent in a dangerous society (...) the fact that those responsible for endangering life have not been charged with a criminal offence or prosecuted may amount to a violation of Article 2, irrespective of any other types of remedy which individuals may exercise on their own initiative (par. 93)”.

Além disso, é claro que o Direito Comunitário e o Direito da União Europeia têm incidência cada vez maior sobre o poder punitivo e o poder penal dos Estados-Membros. Por esta razão o governo justifica a reforma, na exposição de motivos, com claras referências ao espaço de liberdade, segurança e justiça no Tratado de Amsterdã e às orientações comuns, incorporadas nos diversos instrumentos jurídicos da União Europeia. O governo também está muito consciente do seu dever de implementar os instrumentos do “primeiro pilar” e, se necessário, mesmo com instrumentos eficazes de Direito Penal. Refere-se, assim, à Diretiva 2003/6 sobre operações com informação privilegiada e manipulação de mercado.

A introdução tardia desta responsabilidade na Espanha lhe dá uma vantagem: a de poder aprender com as experiências de outros países que já conheceram o seu desenvolvimento e implementação. Um caso extremamente interessante a esse respeito é a Holanda, que foi durante décadas o único país na Europa a possuir a responsabilidade penal geral para as pessoas jurídicas. Apesar da origem napoleônica da lei penal holandesa e da tradição jurídica e dogmática continental, a Holanda, como uma espécie de enclave anglo-saxão, optou pelo aforisma “societas/universitas delinquere ed puniri potest”.

Considerou-se que as pessoas jurídicas não só podem cometer delitos (a pessoa jurídica como o autora), mas, também, podem ser processadas e punidas no campo criminal. Assim, a Holanda abandonou definitivamente a ideia de que a pessoa jurídica seria mais uma ficção jurídica segundo a qual, portanto, só os seus órgãos e as pessoas físicas poderiam ser acusadas em matéria penal (“Nenhuma alma para condenar, nenhum corpo para açoitar”).⁵ Optou-se pela realidade social em uma sociedade pós-industrial e moderna, que parte do princípio de que as pessoas jurídicas ocupam, dentro das mudanças socioeconômicas, um lugar absolutamente essencial; nessa condição, têm direitos e deveres que incluem responsabilidade penal (e proteção jurídica a ela ligada).

Precisamente porque a Holanda já trilhou esse caminho há várias décadas no contexto de uma tradição continental dogmática, o modelo jurídico de responsabilidade criminal neste país e seu conteúdo jurisprudencial constituem uma fonte preciosa para outros países europeus e para os exercícios de harmonização no quadro da integração regional europeia. Também na Holanda, essa responsabilidade tem sido frequentemente utilizada na prática jurídica, dando amplo espaço para a jurisprudência e muitos debates no Parlamento. Não é

5.... Na locução original empregada pelo Autor: “No soul to damn, no body to kick”. Expressão atribuída a Edward Thurlow, 1.º Barão de Thurlow (12/09/1731 – 12/09/1806), Chanceler da Grã-Bretanha de 1778 a 1783 e, de novo, entre 1783 e 1792. Citado por John Poynder, *Literary Extracts* (1844), vol. 1, p. 268. http://en.wikiquote.org/wiki/Edward_Thurlow,_1st_Baron_Thurlow (N. do T.).

por acaso que na Holanda haja mais debate sobre a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público, incluindo o próprio Estado. Onde começa e onde termina a responsabilidade das pessoas jurídicas?

2. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas em perspectiva histórica

Historicamente há uma clara diferença entre a abordagem anglo-saxônica e a abordagem romano-germânica. A abordagem anglo-saxã reconhece, desde o início do século XX, que as pessoas jurídicas podem ser responsabilizadas em matéria penal a partir de uma perspectiva funcional (responsabilidade indireta), pelos atos ou omissões dos seus empregados. No modelo romano-germânico parte-se, no entanto, não da falha funcional, mas da culpa individual e, conseqüentemente, estabelece-se que as sanções penais não podem ser impostas para além dos indivíduos que agem dentro da pessoa jurídica e não a pessoa jurídica em si mesma.

Dentro da tradição anglo-saxã é onde mais se acentua esta evolução. Enfrentando a industrialização, o juiz, nos EUA, seguiu a doutrina inglesa que reconheceu a possibilidade de condenar a pessoa jurídica em matéria penal por infrações que não exigiam a demonstração do dolo. Esta doutrina, geralmente aceita no final do século XIX nos Estados Unidos e no Reino Unido, foi modificada no início do século XX nos Estados Unidos, com a introdução de infrações “mens rea” (com intenção) dentro da responsabilidade penal das pessoas jurídicas e com o abandono da “teoria do órgão”. Isso implica que não só os atos ou omissões dos organismos do corpo corporativo, mas, também, o de qualquer pessoa singular que trabalhe na – ou para – pessoa jurídica pode acarretar responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

A partir deste ponto de vista, os Estados Unidos e a Grã-Bretanha vão seguir caminhos diferentes; é relevante neste propósito que a Grã-Bretanha continua a enfatizar a teoria limitada de “l’alter ego” ou teoria do corpo. No quadro de responsabilidade por violações “mens rea” só os atos ou omissão na gestão (cérebro da “Corporação”) podem levar à responsabilidade penal da pessoa jurídica. A muito mais ampla responsabilidade nos EUA repousa na jurisprudência, em uma decisão do Supremo Tribunal, datada de 1909.⁶

A Suprema Corte criou, deste modo, um princípio básico para a responsabilidade das pessoas jurídicas que chegou a ser o

6... “Anything done or omitted to be done by a corporation (...) which, if done or omitted to be done by any director or officer thereof, or any receiver, trustee, lessee, agent or person acting for or employed by such corporation, (...) shall also be held to be a misdemeanor committed by such corporation, and upon conviction thereof it shall be subject to like penalties (...)” New York Cent. & Hudson River R.R. v. U.S., 212 U.S. 481, 495 (1909).

fundamento de muitas incriminações nos Estados Unidos. Em 1970 a Suprema Corte abordou de maneira específica a responsabilidade em caso de omissão de funcionários subalternos.⁷

Foi principalmente no decorrer dos últimos anos que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas foi estendida também para as condutas culposas, especialmente nos setores bancário e financeiro.

Abordei em particular, apesar de brevemente, os desenvolvimentos nos Estados Unidos. Este país é, de fato, a origem deste dogma e também exerceu grande influência sobre a evolução do tema na Holanda, apesar desta última estar legalmente ancorada na tradição napoleônica. A Holanda é, de fato, um exemplo de um país curioso, situada entre a tradição continental jurídica e a do mundo anglo-saxão. Esta é, portanto, mais uma razão para se ter interesse no direito holandês.

3. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas na Holanda a partir de uma perspectiva histórica

Durante o século XIX previa-se a punição penal de pessoas jurídicas no Direito tributário e aduaneiro. O Direito Penal tributário recorreu ao conceito de responsabilidade penal da pessoa jurídica sujeita ao pagamento de imposto, quando a pessoa jurídica podia ser responsabilizada penalmente como autora de atos cometidos – enquanto autora – pelos seus empregados. O art. 13 da “Algemene Wet op de Douane” de 1870 previa a responsabilidade em caso de fraude em direitos de exportação: “As sociedades e os proprietários de empresas são responsáveis pelos atos de seus administradores, contadores, funcionários, trabalhadores ou outros ao seu serviço, com base no art. 231 da Lei Geral de 26 de agosto de 1822 relativas a violações às leis relativas à importação, exportação e trânsito, bem como os impostos”.⁸

Esta regulamentação deriva tanto da “Algemene Wet” de 1822 sobre a cobrança de direitos de importação, exportação e trânsito

7.... “In providing sanctions which reach and touch the individuals who execute the corporate mission, (...) the Federal Food, Drug and Cosmetics Act imposes not only a positive duty to seed out and remedy violations when they occur but also, and primarily, a duty to implement measures that will insure that violations will not occur. The requirement of foresight and vigilance imposed on responsible corporate agents are beyond question demanding, and perhaps onerous, but they are no more stringent than the public has a right to expect of those who voluntarily assume positions of authority in business enterprises (...)” U.S. v. Park, 421 U.S. 658 (1975).

8.... Staatsblad de 1870, n. 61.

e impostos como de somas de dinheiro relacionados com a tonelagem dos navios: “*Todos os comerciantes, os fabricantes, as pessoas que exercem o comércio, barqueiros, pilotos e outras pessoas que possam ter, por causa de seu negócio particular, qualquer relação com a Administração a este título serão responsáveis pelos atos de seus empregados, trabalhadores, funcionários ou outras pessoas pagas, desde que estes lhe dizem respeito à profissão exercida. Se esses comerciantes ou pessoas listadas acima forem embargados por fraude ou outra violação desta lei ou leis especiais e invocarem, como escusa, que esses atos foram cometidos, sem conhecê-los, por seus empregados ou trabalhadores, serão condenados em todo caso, apesar de sua ignorância acerca do ato, nas multas para esses crimes*”.⁹

Esta perspectiva foi limitada, no entanto, ao Direito Penal extravagante em matéria tributária e aduaneira tendo como ponto de partida o Código Penal em sua versão original de 1886, que previa “*societas/universitas delinquere non potest*”. O art. 342 (parágrafo único) previa a responsabilidade para os diretores ou membros do conselho de administração/gestão, mas o Ministério Público devia provar que eles agiram com culpa pessoal no contexto da infração.

Entre as guerras, a jurisprudência havia também desenvolvido a teoria da responsabilidade funcional (*vicarious liability*). A figura do “fazer cometer” não foi desenvolvida na Holanda; foi a espiritualização da qualidade de autor, que culmina com a qualidade funcional do autor, que ofereceu uma solução para os problemas levantados. Em 1933 a Suprema Corte aceitou que o chefe de um periódico fosse criminalmente responsável pela impressão de documentos ilícitos.¹⁰ Com esta construção se pode evitar que todos os tipos de pessoa que trabalham dentro da empresa não fossem expostos à responsabilidade criminal. Da mesma forma, o arquiteto ou construtor, e não o trabalhador, podem ser criminalmente responsabilizados por meio de responsabilidade funcional.¹¹ Essa responsabilidade não exige que haja uma ação pessoal responsável.¹² A atividade da pessoa que comete a ação (o autor direto) é considerada uma manifestação

9.... Staatsblad de 1822, 442.

10.. HR (Supremo Tribunal) de 13 de março de 1993, NJ 1993, 1385.

11.. HR (Supremo Tribunal) de 29 de junho de 1936, NJ 1937, 9; HR (Supremo Tribunal) de 11 de dezembro de 1951, NJ 1952, 366 y HR (Supremo Tribunal) de 18 de junho de 1963, NJ 1964, 107.

12.. HR (Supremo Tribunal) de 31 de janeiro de 1950, NJ 1950 286.

de responsabilidade funcional do autor indireto. Muitas vezes essa responsabilidade também é prevista em leis especiais em assuntos econômicos.

A primeira metade do século passado se caracterizou, na Holanda, também pela intervenção significativa do Estado na vida socioeconômica, paralelamente ao desenvolvimento do Estado-social. Depois da crise do final dos anos 20 e da economia de guerra, sentiu-se a necessidade de submeter a vida econômica a obrigações de direito público e direito penal.

No início dos anos 50 entrou em vigor o “*Wet op de Economische Delicten*” (QUA). O WED é uma lei-parâmetro que orienta a sanção nos crimes econômicos.¹³ Em termos de crimes econômicos, o WED determina em que casos o delito criminoso é punível com prisão e/ou multa, possivelmente em caráter condicional. A duração da pena de prisão e o montante da multa dependem da lei da qual o caso surja. A pena máxima é de seis anos e o montante máximo da multa é de 100.000 florins. Paralelamente a essas penas, ele pode impor diferentes sanções e medidas acessórias.

As penalidades são as seguintes: paralisação total ou parcial da empresa do condenado; embargo de objetos e créditos da empresa onde o crime foi cometido; a remoção total ou parcial ou perda de certos privilégios ou direitos. As medidas previstas são: colocar a empresa do condenado sob controle; anulação do que foi realizado ilegalmente e a obrigação regular de reparação do dano às expensas do condenado, além do pagamento, ao Estado, de uma quantia em dinheiro em resposta ao enriquecimento sem causa, aí entendido o que foi obtido indevidamente por feitos semelhantes para os quais há provas suficientes quanto à pessoa condenada. O WED é uma lei-parâmetro a qual, atualmente, foram somadas mais de 100 leis no âmbito do desenvolvimento socioeconômico, como a legislação sobre a agricultura, pesca, alimentos, meio ambiente, etc. Com a introdução do WED, em 1950, entrou em vigor o importante artigo 15:

1. se alguém comete um delito econômico por meio de, ou em nome de uma pessoa jurídica, de uma sociedade, de qualquer outra associação de pessoas ou de uma fundação serão tomadas as medidas judiciais e serão impostas as penas e medidas tanto às pessoas jurídicas, sociedade, associação ou fundação como àqueles que tenha dado ordem ou dirigido efetivamente o ato ilícito ou tenha se omitido, ou, ainda, contra ambas pessoas.
2. Um delito econômico se comete por meio de ou em nome de uma pessoa jurídica, de uma sociedade ou de uma fundação,

13.. Mulder, A. & Doorenbos, D. R. *Schets van het economisch strafrecht*, Zwolle, 1983.

entre outros, quando se comete por pessoas que, seja em razão de um serviço remunerado seja por outras razões, atuem na esfera da pessoa jurídica, sociedade, associação ou fundação independentemente do fato de que essas pessoas tenham cometido individualmente cada uma o delito econômico ou que integrem conjuntamente os elementos do crime;

3. Se as ações judiciais se forem ajuizadas contra uma pessoa jurídica, uma sociedade, associação de pessoas ou fundações estas serão representadas no processo pelo administrador e, se forem vários, por um deles. O representante pode vir ao processo na pessoa de seu advogado. O tribunal pode ordenar o comparecimento pessoal de um determinado administrador mediante uma ordem judicial para tanto;
4. Se as ações penais forem ajuizadas contra uma pessoa jurídica, uma associação de pessoas ou uma fundação, será aplicado o art. 538, par. 20 do Código de Processo Penal.

Com o art. 15 do WED são reconhecidas a qualidade do autor e a punição da pessoa jurídica em matéria de delito econômico. Simultaneamente coloca um fim à doutrina que sustenta que a pessoa jurídica não existe. A regulamentação socioeconômica seguirá recorrendo às funções que as exercem.

Trata-se, então, de determinar a função econômica que cumpre determinada empresa, se são violadas determinadas disposições relacionadas com a função determinada (produção ou distribuição), quem ocupa o cargo e a empresa devem ser chamados para depor, e a empresa deve sofrer sanções. Além disso, também se podem estabelecer sanções contra indivíduos envolvidos, mas a característica do presente regulamento é abordar a unidade envolvida na vida econômica por meio de sanções específicas que, normalmente, não podem suportar mais que a mencionada unidade.¹⁴

Sob o regime do WED, no entanto, levanta-se a questão de esclarecer “a esfera de pessoa jurídica”, dado que a pessoa jurídica não pode cometer um crime em si (posto que é sempre uma ficção jurídica). O art. 15 não exclui, de qualquer forma, a responsabilidade penal normal de indivíduos (a responsabilidade por suas próprias ações). O fato de que as pessoas se movem no âmbito de uma pessoa jurídica não importa. Se alguém for o autor do crime, como pertencente a uma associação, permanece punível.¹⁵

14.. Ver a nota em HR (Supremo Tribunal) de 23 de fevereiro de 1954, NJ 1954, 378 (caso IJzerdraad).

15.. F. Hollander, *Wed*, Arnhem, 1952, 102; HR (Supremo Tribunal) de 9 de dezembro de 1952, J 1953, 139.

Reconhecida pelo WED a responsabilidade criminal, responde-se ao que Tiedemann havia definido como uma necessidade social: “A Sociologia ensina-nos que o grupo cria um ambiente, um clima que facilita e incentiva os autores físicos (ou materiais) a cometerem crimes em nome do grupo. Daí a ideia de não apenas punir esses criminosos (que podem mudar e serem substituídos), mas também, e, acima de tudo, o próprio grupo. Além disso, as novas formas de criminalidade, como os crimes econômicos, incluindo crimes contra os consumidores, ataques ambientais e crime organizado, levam os sistemas e meios tradicionais do Direito Penal a dificuldades tão grandes que uma nova abordagem parece essencial Não é por acaso que o legislador admitiu na Europa continental, a partir dos anos 20 do século XX, ou seja, a partir do nascimento do direito econômico moderno, exceções ao aforismo ‘societas delinquere non potest’ (por exemplo, a introdução de sanções administrativas punitivas em matéria aduaneira, ou direito concorrencial)”.¹⁶

Trata-se, precisamente, de campos que se revestem de valor fundamental para a União Europeia.

Em 1965 o primeiro passo prudente é dado na lei penal comum com a introdução, no Código Penal do art. 50A: “Por lei, como resultado de um crime cometido por ou em nome de uma empresa, uma sociedade, qualquer outra associação de pessoas... pode ser estabelecida uma penalidade contra os diretores, membros do conselho ou comissários, bem como contra aqueles que ordenaram ou efetivamente cometeram o ato ilícito ou omissão”.

Antes desse artigo, o Hoge Raad (Supremo Tribunal) havia repetidamente reconhecido a responsabilidade penal dos diretores sobre os atos de outras pessoas dentro da pessoa jurídica.¹⁷

O art. 50A reconhece, no caso de infrações de direito comum, a qualidade de autor da pessoa jurídica (*societas delinquere potest*), mas não sua punibilidade (*sed non potest punite*).

O art. 50 pressupõe que o membro do conselho de administração que tenha ordenado a prática do crime, ou pelo menos a tenha dirigido. É claro que, de modo algum, se pode falar aqui da responsabilidade penal da pessoa jurídica em si (*societas puniri potest*). Quando um ataque a uma disposição estatutária é cometido por ou em nome de uma empresa, pode-se definir uma penalidade contra

16.. Informe p. 14.

17.. HR (Supremo Tribunal) de 26 de novembro de 1888, W 5645 (caso Cadier y Keer), HR (Supremo Tribunal) de 13 de março de 1933, NJ 1933, 1385; a *contrario* HR (Supremo Tribunal) de 21 de fevereiro de 1938, NJ 1938, 820.

administradores ou contra aqueles que ordenaram ou tenham efetivamente dirigido o ato ilícito ou omissão.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica não aparece até 1976, com a introdução do art. 51 do Código Penal, que parte do princípio de que todos os crimes podem ser cometidos por pessoas jurídicas.

“-1. Crimes podem ser cometidos por pessoas físicas e jurídicas.

-2. Se um crime for cometido por uma pessoa jurídica, a ação judicial pode ser intentada e penas e medidas previstas em lei podem incidir, da seguinte forma:

1 contra a pessoa jurídica, se não

2 contra aqueles que deram a ordem, e contra aqueles que efetivamente dirigiram a conduta ilícita, se não

3 contra as pessoas mencionadas nos itens 1 e 2 juntos

-3. Para a aplicação do acima determinado, a pessoa jurídica está nas mesmas condições que a empresa não tenha personalidade jurídica, a associação ou fundação.”

Na verdade, na combinação do Código Penal e do WED, a uma pessoa jurídica pode infligir-se as seguintes penas para crimes econômicos: multa, embargo, a publicação da sentença, o confisco, a compensação, paralisação parcial ou total das atividades da empresa (o Direito Civil também prevê a liquidação da empresa), a fim de cessar o ato ilícito.

Desde a introdução, em 1976, do art. 51 do Código Penal, as pessoas jurídicas são responsáveis criminalmente, independentemente do crime, incluindo a morte culposa. Para o efeito geral do art. 51 do Código Penal, a seção 15 foi derogada. Todas as garantias legais previstas para o acusado pelo Código de Processo Penal e do art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem se aplicam à pessoa jurídica acusada.

A definição de entidades jurídicas no art. 51 é mais ampla do que a definição de pessoas jurídicas de direito civil. Todos os grupos, exceto a empresa individual, estão sob seu escopo. O estatuto civil da pessoa jurídica não é preponderante. Por isso estou convencido de que é melhor falar de grupos de empresas ou pessoas jurídicas.

O art. 51 também é caracterizado por uma abordagem paralela e binária. Junto com a responsabilidade da pessoa jurídica é

igualmente possível a responsabilidade dos líderes de fato ou de quem toma a decisão. A responsabilidade de um não exclui a do outro (aspecto cumulativo), mas deve ser uma pessoa jurídica como autora (com base na qualidade funcional do autor) antes de os dirigentes de fato ou que decidam possam ser interpelados. Em outras palavras, eles são vasos comunicantes. Na prática, mostra-se que a punição da pessoa jurídica é muito importante para a punição dos responsáveis funcionais dentro da empresa. A qualidade de autor da pessoa jurídica não é apenas a base da punibilidade penal da pessoa jurídica, mas também a de pessoas físicas que efetivamente dirigiram a conduta ilícita.

Além desta dupla via de responsabilidade do art. 51, ainda é sempre possível considerar criminalmente responsáveis por si mesmos, como autores, os que exercem a função (responsabilidade individual dos arts. 47 e 48 do CP).

As pessoas físicas podem, portanto, ser processadas e punidas como autores, cúmplices, etc. É completamente independente do previsto no art. 51 do Código Penal e, portanto, também da punibilidade de pessoas jurídicas.

Finalmente, além da responsabilidade de quem atua funcionalmente “como próprio autor” (pessoa que comete, participa), como um autor dada a sua condição ou, ainda, como autor funcional (cometimento com base na função) há também em leis especiais, a responsabilidade dos dirigentes como na lei “Autovervoer Personen” (transporte de passageiros) e na lei “Autovervoer goederen” (transporte de mercadorias). Essas leis descrevem especificamente a pessoa que é responsável e a maneira pela qual ela se pode eximir da responsabilidade.

Fizemos um esboço histórico traçando os contornos e mostrando a importância da questão. Agora é o momento de fornecer mais detalhes sobre vasos comunicantes decorrentes do art. 51 do Código Penal, ou seja, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas e dos líderes de fato ou tomadores de decisão. Examinaremos, em particular, como se comunica por meio da qualidade funcional de autor na dogmática. No meu ponto de vista, esta relação deve receber tratamento preferencial, uma vez que é possível desenvolver, no dogma do elemento subjetivo (culpa e dolo), uma abordagem funcional criminal que não se oponha aos princípios fundamentais do Direito Penal e do Estado de Direito e também permita que o Direito Penal se adapte ao desenvolvimento atual da sociedade.

artigo 01

artigo 02

artigo 03

artigo 04

artigo 05

4. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas e os líderes de fato (tomadores de decisão): o art. 51 do CP

4.1 Introdução

A questão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas e dos líderes deve ser colocada no contexto mais amplo de responsabilidade corporativa e seus administradores.

A responsabilidade penal dos administradores de sociedades constitui apenas um pequeno aspecto do problema global da responsabilidade dos gerentes de negócios. Após a introdução da empresa privada em 1971, também se desenvolveu uma legislação sobre o abuso para prevenir que a pessoa jurídica fosse utilizada a fim de evitar o pagamento de recolhimentos previdenciários e dos impostos sobre os salários e sobre o volume de negócio. Os administradores são responsáveis quando a pessoa jurídica não cumprir suas obrigações de pagamento. Administradores podem ser responsáveis, além disso, quanto aos fundamentos de um ato ilícito (ex. art. 1.401 do Código Civil. Sob a influência das diretivas europeias também foi introduzida, em certo número de casos, a responsabilidade pela assunção de riscos. Finalmente, também se aplica a responsabilidade específica de direito civil em caso de falência de uma entidade comercial legal. Uma vez que este assunto não está no âmbito deste artigo, vou apenas me referir à literatura básica.¹⁸

Mas todos concordam em destacar que conjuntamente à responsabilidade de direito civil há também a necessidade de uma via repressiva, seja pela administrativa, seja pela criminal. Com relação à responsabilidade administrativa (sanções administrativas) houve, na Holanda, a recente codificação do Direito Administrativo (Código Geral de Direito Administrativo) que não prevê qualquer distinção explícita sobre indivíduos suscetíveis de sofrer sanções administrativas. Ambas, pessoas físicas e pessoas jurídicas, estão sujeitas à responsabilidade administrativa. O art. 1.2 define a pessoa envolvida como aquela diretamente afetada por uma decisão administrativa. O art. 1.2 (3) faz referência explícita ao interesse de uma pessoa jurídica. Consequentemente, todas as sanções administrativas poderão ser impostas para pessoas físicas e pessoas jurídicas.

18.. Dijk, P. L. & al., *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, Zwolle, 1988 y Brood-Grapper-Haus, J.J. & al., *Aansprakelijkheidsregelingen van bestuurders, commissarissen en hoofdaanemers*, Leiden, 1987.

4.2 A responsabilidade penal das pessoas jurídicas e líderes empresariais

A meu juízo a Holanda desenvolveu e ainda desenvolve uma nova dogmática penal para apreender, por categorias novas ou adaptadas do Direito Penal, as atividades criminosas das pessoas jurídicas.

A legislação penal holandesa conhece, desde 1976, ao contrário da maioria de outros países continentais, um regulamento geral da punição às pessoas jurídicas. É deduzido da leitura do art. 51 do Código Penal que os princípios “societas delinquere non potest” e “societas puniri non potest” foram completamente abandonados.

O Ministério Público tem agora, na prática, uma gama de possibilidades que não se excluem mutuamente:

- 1a. Processamento de uma pessoa jurídica;
- 2a. Processamento de um autor físico;
- 3a. Processamento de quem dirige funcionalmente como autor ou partícipe;
- 4a. Processamento de quem dirige funcionalmente com base na qualidade de autor da pessoa jurídica.

Vamos olhar em particular o processamento da pessoa jurídica e de quem a dirige funcionalmente, com base na qualidade de autor da pessoa jurídica.

4.2.1 A qualidade de autor da pessoa jurídica:¹⁹ os critérios *IJzerdraad*

Na Holanda não se pode aludir à qualidade de autor direto à pessoa jurídica. É, portanto, necessário encontrar responsabilidades individuais das pessoas físicas e, em seguida, atribuí-las à pessoa jurídica. É claro, portanto, que a imputação de responsabilidade desempenha um papel primordial. Na exposição de motivos ao Projeto de Lei do art. 51 avança-se na questão de saber se a intenção presente na conduta do empregado quando do exercício de sua função possa vir a ser atribuída à pessoa jurídica vai depender da organização interna e da divisão de atribuições. A lei não prevê critérios para determinar as circunstâncias em que uma pessoa jurídica,

19.. Torringa, R. A. *Strafbaarheid van rechtspersonen*, Arnhem, 1984; Jörg, N., *Strafbare rechtspersonen in Amerika*, Arnhem, 1990; Fiels, S. y Jörg, N., “Strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen voor dodelijke ongevallen naar Engels en Nederlands recht”, *Panopticon*, 1991, 233-248.

em um caso concreto, pode ser considerada como tendo cometido um crime.

Por esta razão, desde 1945, os tribunais holandeses deram ênfase aos critérios de qualidade para a autoria de pessoas jurídicas. Mas o princípio básico é tal que, ao contrário de muitos outros países, o ato ou omissão de indivíduos é atribuído à pessoa jurídica, permitindo, assim, a construção da condição de autora da pessoa jurídica. Uma vez construída a qualidade de autor, vem a punição de caráter penal.

A qualidade de autora representa, igualmente, uma condição para a responsabilidade do líder de fato, de quem decide, do autor funcional. Definida a qualidade de autora da pessoa jurídica, pode surgir a responsabilidade de pessoas físicas que possuem esta qualidade de autora dentro da pessoa jurídica. Imediatamente destaca, a partir de uma leitura do art. 51, que não pode, a rigor, falar de responsabilidade criminal do dirigente.

A qualidade de administrador ou daqueles que atuam em seu nome não é, em si, uma condição para a punição. Trata-se da responsabilidade da administração em geral. A pessoa jurídica é, portanto, autora indireta ou funcional

Em termos de imputação, deve ser distinta aquela de elemento objetivo do subjetivo.

Imputação do elemento objetivo

A teoria da qualidade funcional de autor tem sua origem na jurisprudência. No célebre caso IJzerdraad, de 1954, o Hoge Raad decidiu acerca da responsabilidade criminal do contratante afirmando que “nem todos os crimes cometidos em uma empresa podem ser considerados uma manifestação da esfera de ação do contratante. Deve estar no âmbito de poder do contratante e ele deve tê-las aceito em geral”.

Este entendimento foi estendido pelo Hoge Raad à pessoa jurídica no caso Kabeljauw. Não é o comportamento real que importa, mas o comportamento funcional. O ato da pessoa física pode ser imputado à pessoa jurídica se o comportamento real do indivíduo condiga com a função social da pessoa jurídica em questão. Está claro, no entanto, que quase todo o comportamento da pessoa jurídica é um comportamento funcional. O legislador holandês não faz, no art. 51, uma lista restrita de indivíduos que provocam a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

[artigo 01](#)[artigo 02](#)[artigo 03](#)[artigo 04](#)[artigo 05](#)

O Hoge Raad desenvolveu nesta questão critérios de “poder e aceitação”. A pessoa jurídica deve ter certo poder sobre a pessoa em questão e também deve ter aceitado a sua conduta. Um único empregado pode, portanto, dar ensejo a essa responsabilidade, e até mesmo, alguém que não trabalhe formalmente sob o comando da pessoa jurídica, mas que opere no plano material como tal. O poder e a aceitação implicam, igualmente, a exclusão de determinados comportamentos: por exemplo, se o funcionário vende drogas dentro da empresa (mas não lava dinheiro ou elimina resíduos). A responsabilidade também pode ser estabelecida a partir de vários indivíduos, que, em conjunto, e não separadamente, integram elemento constitutivo do crime cometido pela pessoa jurídica (princípio da agregação).

Imputação do elemento subjetivo

Na Holanda deve ser feita uma distinção a este respeito entre as contravenções e crimes. Com relação aos crimes, o elemento subjetivo é limitado, no autor, ao dever de salvaguardar, de vigilância e de posições de garantia. Quanto aos crimes, falamos de formas clássicas de *culpa* e *dolo*, e como parte deste último o conceito de *dolus eventualis* (que poderia ter previsto o fato, e impedi-lo, mas não tentou nada). A intenção presente em pessoas físicas, incluindo subordinados, pode ser atribuída à pessoa jurídica para a qual trabalham. Tudo depende da organização interna de trabalho da pessoa jurídica e as responsabilidades atribuídas a essa pessoa física. Relações realmente existentes são cruciais, portanto, para que o juiz atribua dolo ou culpa do indivíduo para a pessoa jurídica. Não é necessário que os indivíduos sejam empregados pela pessoa jurídica; é suficiente a relação de fato.²⁰ Também não é necessário que a pessoa jurídica ou seu órgão tome uma decisão formal.

Claramente, o espírito do art. 51 é pouco problemático quando o comportamento daqueles que agem funcionalmente como autor ou constituam ações. Isso parece mais difícil quando se trata de um crime cometido por omissão. É preciso, então, construir um dever garantidor que seja atribuído a quem atua funcionalmente. A exposição de motivos do art. 51 do CP menciona que se um dirigente se considera culpado de um crime por não modificar a gestão da empresa ou impedir que atos sejam executados, pode ser punido como autor tal como o conceito de qualidade de autor se desenvolveu amplamente na jurisprudência.

Graças aos princípios básicos sobre imputação, não há mais necessidade de teorias orgânicas, a teoria do “alter ego”, etc. “Muitas

20.. HR (Supremo Tribunal) de 16 de junho de 1980, NJ 1981, 586.

vezes, a responsabilidade da empresa só é desencadeada por atos ou omissões dos órgãos e/ou representantes legais habilitados a agir em nome da empresa. Esta restrição corresponde à teoria do direito civil e da perspectiva clássica que quer que a pessoa jurídica atue por meio de seus órgãos. O modelo oposto se contenta com atos de qualquer pessoa agindo em nome da empresa ou a favor dela. Esta concepção pragmática vai além ao facilitar a prova e considerar supérfluas distinções entre diferentes categorias de representantes, incluindo representantes de fato”.²¹ A Holanda claramente optou pelo segundo modelo com construção muito flexível de imputação ao grupo.

Em 1945 a grande empresa comercial Dreesman Vroom (V & D) foi processada por violação da regulamentação dos preços, um delito que não exige nem dolo ou culpa. Na empresa houve uma instrução partida da direção proibindo preço de venda acima do máximo legal. Apesar disso, a empresa foi condenada. Quatro critérios relevantes relacionados com a qualidade de autora da pessoa jurídica podem ser deduzidos a partir da decisão do Hoge Raad nesta matéria:²²

Deve tratar-se de uma pessoa

1. No serviço da empresa
2. No âmbito da sua atribuição geral
3. E no âmbito das suas atividades
4. Agiu em benefício da empresa.

Em 1954 deu-se mais um passo com o caso IJzerdraad, um processo relativo à qualidade funcional do autor em uma sociedade unipessoal. Um indivíduo, proprietário de uma sociedade unipessoal suspeita de exportações ilegais foi condenado pelo Tribunal de Apelação com base no critério V&D.

O Hoge Raad entendeu de maneira diversa e não estabeleceu a qualidade de autor do proprietário que havia afirmado ser criminalmente responsável enquanto tal. O Hoge Raad afirmou que “os atos incriminados só poderiam ser considerados como atos do

21.. Cf. Informe Tiedemann, p. 27.

22.. Caso V & D, HR (Supremo Tribunal) de 27 de janeiro de 1948, 197.

*processo se se pudesse decidir que aconteceram ou não se o curso dos acontecimentos mostrassem que eles tinham sido aceitos, ou o poderiam ser, pelo processado”.*²³

A brecha do critério IJzerdraad, ou seja, o fato de dispor do poder e aceitar, no campo da empresa, mudou após o caso Kabeljauw.

Um armador, pessoa jurídica, foi processado por pesca ilegal. O proprietário do barco que estava equipado com redes especiais para a pesca do linguado tinha dado a ordem para pegar esses peixes. O Tribunal de Recursos aplicou o V&D e considerou esta ordem como motivos suficientes para absolvição. O Hoge Raad, no entanto, considerou a aplicação do critério IJzerdaad, até mesmo dentro da pessoa jurídica, e aplicou a disposição relativa “ao poder e aceitação”. Em 1979 o Hoge Raad já tinha aceitado a ideia²⁴ de que “o exercício de pesca” compreende não só o comando da tripulação de um barco de pesca, mas abarca também aqueles que, como o armador e/ou proprietário, agem de modo contrário à proibição ao pescar.

No caso Kabeljauw II,²⁵ o Hoge Raad interpreta o termo “*atuar de maneira que*” e afirma que a ele se refere quando “os atos praticados a bordo do barco de pesca possam ser considerados como de comportamento suspeito. Esse seria o caso se sobre tais atos pudesse recair a suspeita ou se esses comportamentos pudessem surgir desta última e ter lugar, como mostra o desenvolvimento dos acontecimentos, depois de sua aceitação”.

Em suma, a qualidade do autor de uma pessoa jurídica requer duas condições cumulativas, a saber: que a pessoa jurídica a) poderia atuar com um comportamento de modo proibir ou regular certa conduta e b) que aceitou o comportamento punível ou, pelo menos, tolerou um comportamento semelhante no passado. A aceitação não significa que a pessoa jurídica havia explicitamente aceitado o ato em si, mas mostrado que o ato ilícito foi realizado como parte da política da pessoa jurídica.

Pode-se perguntar, porém, se os elementos de dolo ou culpa, ou seja, os elementos subjetivos do crime podem ser atribuídos a uma pessoa jurídica. O legislador se omitiu em esclarecer este ponto mais profundamente. Na exposição de motivos do art. 51 do Código Penal diz-se que a imputação da intenção de uma pessoa física também à pessoa jurídica para qual ela trabalhe vai depender da

23.. Caso IJzerdraad, HR (Supremo Tribunal) de 23 de fevereiro de 1954, NJ 1954, 378.

24.. Caso Kabeljauw I, HR (Supremo Tribunal) de 12 de junho de 1979, NJ 1979, 555.

25.. Caso Kabeljauw II, HR (Supremo Tribunal) de 1.º de julho de 1981, NJ 1982, 80.

organização interna da pessoa jurídica em causa e do trabalho e responsabilidade atribuídos à pessoa física.²⁶

Este é um problema difícil para o qual existe relativamente pouca jurisprudência. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas surge, com efeito, no Direito Penal Econômico. Nele, o processamento de uma empresa com base na prática intencional de um crime econômico é mais a exceção do que a regra. Em termos de infrações econômicas não há nenhuma condição de intenção. Situação contrária ocorre na lei penal comum, que exige que o autor de crimes se comporte conscientemente (dolo) ou com negligência grave ou imprudente (culpa) ou deixe de agir.

É claramente derivada da jurisprudência a compreensão de que a pessoa jurídica pode agir de forma dolosa e que a atribuição de dolo ou culpa para a pessoa jurídica não deve ser limitada aos órgãos de pessoas jurídicas.²⁷ Não se perca de vista que o conhecimento (atuar conscientemente) para o Direito Penal signifique que haja também uma percepção de que o comportamento é ilegal ou criminoso. A pessoa (jurídica) só deve estar ciente do fato de que o comportamento ofensivo ocorre (intenção neutra).²⁸ A omissão também pode ser atribuída a pessoas jurídicas (crimes culposos). A tomada de consciência, o conhecimento por longo tempo que se tem da ausência dos cuidados minuciosos constitui uma violação do seu dever de cuidado da empresa.

Com relação às contravenções, há um dever geral de cuidado que se aplica no sentido de que a organização realize seu poder potencial para evitar violações, por meio de políticas, procedimentos e medidas destinadas a prevenir ou melhorar as situações que possam ser perigosas. Deve-se, no entanto, tê-las podido prevenir, sem o que haveríamos de falar de um risco de responsabilidade (*strict liability*). A ausência total de culpa é, no entanto, rara. A omissão de atuar razoavelmente no contexto de uma situação potencialmente perigosa implica a aceitação de consequências.²⁹ Isso não é óbice para que, se uma organização fizer tudo em seu poder para evitar todas

26.. Memória Explicativa, 19.

27.. Ver por exemplo o caso Nut, HR (Supremo Tribunal) de 16 de junho de 1981, NJ 1981, 586 y HR (Supremo Tribunal) de 29 de maio de 1984, NJ 1985, 6.

28.. HR (Supremo Tribunal) de 18 de março de 1952, NJ 1952, 314; vean igualmente Van Dijk, P. L., o. c., 103-105.

29.. Ver Supremo Tribunal de 23 de fevereiro de 1993, NJ 1993, 605.

as violações previsíveis, ela possa invocar precisamente a ausência de qualquer culpa.³⁰ Se foram dadas todas as instruções necessárias, se foram adaptadas instalações técnicas e ocorreu todo o controle necessário, a pessoa jurídica não pode ser responsabilizada pela ignorância das instruções por parte dos funcionários.

A exigência adicional de dolo ou culpa se aplica para crimes. Isso implica, no mínimo, o conhecimento da comissão (se houver) de infrações pelos dirigentes, sem que tenham sido tomadas quaisquer medidas preventivas, seja por aceitar a situação (dolo), seja porque se subestima (culpa).

Torrington responde a questão de imputação subjetiva da pessoa fazendo as seguintes suposições:

“Se há uma decisão do conselho de administração, a culpa ou o dolo que dela deriva deve, em princípio, ser sempre atribuído à pessoa jurídica;

– *Se não houver decisão do conselho, mas caso se trate de uma questão de atribuição de tarefas a culpa, ou dolo (condicional) dele também derivada pode ser atribuída à pessoa jurídica. Também se se trata da aceitação consciente de atos imprudentes, especialmente quando se trata de rotinas na gestão da empresa. O dolo ou culpa estão, então, contidos na política da empresa ou no desenvolvimento de negócios realizado no seio da pessoa jurídica;*

– *Dolo ou culpa presentes em funcionários ou outros executores de fato podem, em certas circunstâncias, serem imputados à pessoa jurídica, reunindo dolos distintos ou culpa parcial provenientes de vários indivíduos”.*³¹

Isto levanta o seguinte problema no sistema de imputação: todas as garantias legais previstas no Código de Processo Penal e no art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem podem ser usadas pelas pessoas físicas que atribuem responsabilidade à pessoa

30.. HR (Supremo Tribunal) de 1.º de julho de 1981, NJ 1982, 80.

31.. Torrington, R. A., *De rechtspersoon als dader, strafbaar leidinggeven aan rechtspersoon, Arnhem*, 1988. Las HR (Supremo Tribunal) del 16 de junho de 1981, NJ 1981, 586 y HR (Supremo Tribunal) de 2 de março de 1982, NJ 1982, 446 ambas determinantes que quando os processados, no momento da comissão das condutas, dirigirem efetivamente os atos ilícitos de modo conjunto, pouco importa determinar qual deles precisamente os realizou. As formas de participação e da direção dos atos são possíveis, portanto, e o elemento subjetivo apenas deve ser estabelecido com vistas à pessoa jurídica e não com respeito a quem decide ou ao administrador. É verdade que quando se alude ao elemento subjetivo tratar-se-á do elemento volitivo de uma ou várias pessoas físicas que se imputa à pessoa jurídica, mas não se exige que se estabeleça e se prove que o mesmo elemento volitivo estava presente na pessoa que detinha o poder de decidir ou do administrador.

jurídica? Em um caso recente, o Ministério Público interrogou pessoas físicas dentro de uma empresa na qualidade de testemunhas, desconsiderando o direito ao silêncio e à obrigação de informação desse direito (*cautio*), nos termos do art. 29 do Código de Processo Penal, uma prática confirmada pelo Tribunal de Recursos, Haia,³² mas já fortemente criticada pela dogmática.³³

4.2.2 A pena para o dirigente que age funcionalmente com base na qualidade de autor da pessoa jurídica: os critérios relevantes do caso *Slavenburg*

Apenas quando se estabelece a qualidade da pessoa jurídica como autora pode ser aprofundada a verificação da responsabilidade dos dirigentes empresariais. A absolvição de uma pessoa jurídica e a condenação do dirigente ou daquele que decide de fato é um “casus non dabilis”. De acordo com a lei holandesa, não há nenhuma exigência, no entanto, que uma pessoa jurídica seja realmente processada para poder processar aqueles que decidem ou dirigentes de fato. Basta que os autos indiquem que seja possível a condenação da pessoa jurídica.

Da leitura do art. 51 é observado de imediato que não se pode falar de responsabilidade penal administrativa no sentido estrito do termo. É uma construção funcional de responsabilidade e não uma *sui generis* participação. A vantagem do conceito de endereço no efeito reside no fato de que não é aplicada doutrina dogmática normal da participação. Para ser sancionado nesta base não é uma condição de gestor da qualidade ou comissário. É uma responsabilidade da administração em geral.

O fato de dirigir efetivamente um comportamento ilícito é um conceito distinto, que não está relacionado com a qualidade do autor pessoa física. Este ponto afeta a possibilidade de processar com base na qualidade do autor da pessoa jurídica. Por isso, a direção de fato (e de atribuição de uma tarefa) é claramente distinguível da qualidade de autor e da participação no ato ilícito ou dolo ou culpa na questão. A responsabilidade dos tomadores de decisão e líderes de fato se aplica tanto à ação como na omissão. A lei não define com precisão a direção de fato e deixa aos cuidados da jurisprudência completar esta noção.³⁴ A questão mais espetacular e fundamental

32.. Caso Van Der Valk, 19 de junho de 1996.

33.. Cf. A. R. Hartmann y M. E. de Meijer, “De personale werkingssfeer van het zwijgrecht en de cautie-ver plichting bij de verdachte rechtspersoon”, *Nederlands Juristenblad*, 1996, 1768-1773.

34.. Comentário: Mulder, A., “Feitelijke leiding geven aan de verboden gedraging, indien het strafbaar feit door een rechtspersoon is begaan”, *Tvvs, Maandblad voor ondernemingsrecht en rechtspersonen*, 88/8213-219; Toringa, R.A., o.c., y Dijk, P.L. o.c., p. 97-122.

para a concretização deste conceito é inquestionavelmente o caso Slavenburg.

O Banco Slavenburg tinha, no final dos anos 70, a reputação incômoda de ser especializado em gestão de lavagem de dinheiro e transferência de quantias ilícitas. Uma investigação conduzida de forma profissional levou à prisão do chefe da empresa em dois grandes processos perante o Hoge Raad.³⁵ O problema era, no entanto, o seguinte: a maioria das supostas ofensas fora cometida em diferentes agências e não se poderia falar de um envolvimento pessoal, direto e ativo dos réus. Tudo gira em torno da cultura corporativa existente.

O Tribunal de Recursos de Haia havia estabelecido, em um primeiro julgamento, com base no dever de cuidado dos réus, que haverá sempre punição se o dirigente estiver ciente do ato ilícito, o que se aproxima de uma responsabilidade penal pela assunção de riscos. Nas primeiras disposições do caso Slavenburg, o Hoge Raad anula este critério, mas estabelecendo de uma maneira muito estranha e restritiva que “nem sempre, se a pessoa tem consciência do ato, pode-se admitir que dirigiu efetivamente o atuar ilegal”.³⁶ Em uma segunda decisão no caso em apreço, o Hoge Raad retorna à sua primeira resolução. Usa os critérios IJzerdaad e o orienta sobre a responsabilidade do dirigente que decide ou do dirigente de fato:

- “5.1.1. Em certas circunstâncias, pode-se falar de comando de fato da conduta ilegal se o envolvido, atuando funcionalmente – na medida em que seja razoavelmente responsável na matéria – negligencia em tomar as medidas preventivas e, conscientemente, aceita a importante eventualidade que o comportamento ilícito ocorra. Nesta situação, considera-se que a pessoa mencionada tenha favorecido intencionalmente a mencionada conduta ilícita.
- 5.1.2. A aceitação consciente do importante evento mencionado no parágrafo 5.1.1. pode ocorrer no caso em que os elementos conhecidos do acusado no cometimento de infrações pelo Banco estejam diretamente relacionados com o comportamento ilícito especificado na citação de processos subsequentes”.

Em suma, não há exigência de que o líder tenha conhecimento de infrações específicas, estabelecendo sua qualidade de autor dentro da pessoa jurídica e que constituem, portanto, a base para sua própria persecução com base no art. 51, seção 2, n. 2, do

35.. Para mais detalhes a propósito deste interessante caso de criminalidade de colarinho branco ver Brants, C.H. y Brants, K.L.K., *De sociale constructie van fraude*, Amhem, 1991.

36.. HR (Supremo Tribunal) de 19 de novembro de 1985, NJ 1986,125 y 126.

Código Penal. Caso resulte que o líder tinha conhecimento de outros comportamentos ilícitos que estivessem estreitamente ligados a esses delitos supõe-se, então, que aceitou conscientemente a possibilidade que os fatos incriminadores ocorressem. Com base nessa construção de conhecimento, devem ser responsabilizados.

Para o líder de fato ser considerado responsável, deve primeiro ter um papel de liderança. Examina-se, nessa matéria, o conteúdo real de sua função e não sua designação formal, embora ela tenha, naturalmente, a sua importância. É determinante que alguém tenha atribuições e seja razoavelmente encarregado, com base em uma função de fato, de tomar medidas para impedir infrações em uma situação particular. Isso também significa que os funcionários, em determinadas circunstâncias, podem realmente ser considerados líderes. Em segundo lugar, o líder de fato deve, pelo menos, ter conhecimento pessoal de fatos análogos (cultura corporativa) e, ao não tomar medidas preventivas, conscientemente assumido o risco.

“Razoavelmente encarregado” significa, com efeito, que nem todo mundo assume essa direção e tem o dever de cuidado em relação ao delito (posição-garante). O fator determinante para a criminalidade por gestão de fato não é tanto a função informal mas, sim o quanto a pessoa tenha omitido exercer um controle suficiente de forma eficaz, quando estava obrigada a fazê-lo no nível funcional. Sob a lei holandesa, a punibilidade decorrente da administração precisa, realmente, de pelo menos uma intenção condicional em relação à comissão da conduta ilícita. Exige-se, portanto, alguma reprovação pela culpa. O dever de cuidado pode consistir em ordens, medidas, meios e controle. Quanto maior o dever de cuidado que é atribuído ao líder de fato (ele era responsável por excelência ou havia outros igualmente envolvidos?), mais se espera dele atividades para prevenir ou fazer cessar a conduta ilícita (= vasos comunicantes). A base da responsabilidade repousa em uma violação de um dever de cuidado a ser observado pela sua função. Neste aspecto devem ser examinados os quatro pontos seguintes:

1. Participação ativa do dirigente no comportamento ilícito;
2. Implicação ativa na gestão da empresa;
3. Implicação passiva em conduta ilícita;
4. Implicação passiva na gestão da empresa.

O princípio da culpa inconsciente aplica-se a crimes culposos e contravenções. O dirigente devia ter conhecido pessoalmente que,

[artigo 01](#)[artigo 02](#)[artigo 03](#)[artigo 04](#)[artigo 05](#)

na organização, havia uma situação potencialmente perigosa no âmbito das suas próprias competências e não percebeu as possíveis consequências penais (devia conhecer, por si mesmo, que a situação era potencialmente perigosa).

O critério Slavenburg pode ser resumido, portanto, do seguinte modo:³⁷

1. O dirigente deve, dentro da pessoa jurídica, estar investido de uma posição de poder de tal modo que ele tinha de dar a sua opinião sobre a conduta ilícita;
2. O dirigente devia ter tomado pessoalmente conhecimento³⁸ – pelo menos de atos análogos – de modo que está obrigado – e, em virtude de sua posição de poder, é competente para – a tomar medidas preventivas;
3. Tendo negligenciado essas medidas, deve ter conscientemente aceitado a importante eventualidade que o comportamento ilícito ocorra, de modo que se considera ter intencionalmente favorecido o comportamento ilícito.

A direção de fato não implica apenas o “fazer”, mas também o “negligenciar”. Esses critérios impedem, realmente, a extensão demasiada do círculo de dirigentes responsáveis.

Os conceitos de “qualidade de autor da pessoa jurídica” e “direção de fato” são vasos comunicantes. Os critérios IJzerdraad são determinantes para a imputação da responsabilidade tanto para saber até que ponto a pessoa jurídica tenha sido capaz de se comportar e aceitar como para a reprovação pessoal que pode ser feita individualmente para os dirigentes de fato posto se comportaram omitindo-se e, portanto, claramente aceitando a conduta. O primeiro ponto depende de como a direção em vários níveis está consciente e presta contas (pelos crimes) ou deveria fazê-lo (por contravenções) sobre a possibilidade de possíveis crimes no contexto das atividades da empresa. Para o segundo ponto, que não vem ao caso, mas quando pode ser estabelecida a qualidade de autor à pessoa jurídica, o critério mais fino da consciência pessoal é o aplicável.

37.. Torringa, R. A., o.c., 56.

38.. A conduta punível deve estar realmente em curso. Não basta que possa ou deva estar em curso. Ver HR (Supremo Tribunal) de 19 de novembro 1985, DD 86, 163, NJB 1986, 110.

O fato de que o Ministério Público pode optar, nos termos do art. 51, entre a persecução da pessoa jurídica e dos dirigentes ou dos que detêm a decisão de fato, com a condição de que a pessoa jurídica possa ser responsabilizada penalmente tem como consequência a imposição de uma multa administrativa à pessoa jurídica e sanções criminais para o dirigente/dirigente de fato, sem que se anule a multa administrativa, como poderia ocorrer, com base nas regras de não acúmulo, se as sanções foram impostas também à pessoa jurídica.

5. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas com autoridade pública

5.1 Introdução

O texto legal do art. 51 não se refere expressamente às pessoas jurídicas de direito público. O preâmbulo refere-se explicitamente ao assunto, no entanto não exclui a responsabilidade penal das pessoas jurídicas de direito público, mas enfatiza que é uma questão difícil de tratar nas disposições legais. A exposição de motivos afirma que “*não é prudente excluir as atividades puníveis (como empresas) dos organismos ou instituições de direito público, porque isso poderia ser considerado injusto, a dizer, contrário ao princípio da igualdade*” (par. 10, 21). Segundo a exposição de motivos, a qualidade de autor penalmente relevante às pessoas jurídicas de direito público deve, contudo, ser limitada aos atos cometidos no curso de uma atividade empresarial que também é ou pode ser feita por particulares. Se o crime está relacionado com tarefas públicas gerais ou específicas funções públicas, não se pode falar em incriminação. A dificuldade de traçar essa fronteira advém de um grande número de casos relacionados com o passado recente e, acima de tudo, um número impressionante de casos recentes em que o Ministério Público e alguns Tribunais têm admitido a responsabilidade penal de pessoas jurídicas de direito público. A questão central na matéria não se dá sobre a qualidade do autor, mas na possível imunidade penal das autoridades de direito público, que é um motivo de exclusão de persecução e, assim, a inadmissibilidade da ação penal proposta pelo Ministério Público.

No momento atual do tratamento do tema deve-se distinguir, por um lado, o Estado e, por outro lado, as autoridades descentralizadas (províncias, municípios, autoridades administrativas independentes, etc.)

5.2 A responsabilidade penal e da capacidade de perseguir o Estado

Em um caso muito recente a Suprema Corte teve de se pronunciar sobre a responsabilidade penal do próprio Estado. No aeroporto

artigo 01

artigo 02

artigo 03

artigo 04

artigo 05

militar de Volkel aconteceram, em diversas ocasiões, problemas de poluição de querosene, por causa de um vazamento de um tanque de combustível (violação do art. 14 da Lei sobre a proteção do solo, consistente no não cumprimento, pelo o usuário da terra, do dever de cuidado para com a prevenção da poluição, que é punível como contravenção na lei sobre crimes econômicos; quando cometido intencionalmente, também punível como crime). Nas primeiras vezes, o Ministério da Defesa tinha sido capaz de evitar o processo penal por aceitar o pagamento de transação. Mas a reincidência obrigou o Ministério Público a ajuizar ação pública contra o Ministério da Defesa. O Tribunal considerou o Estado criminalmente responsável, mas não impôs nenhuma sanção.³⁹

O Supremo Tribunal não seguiu este raciocínio e afirmou que:

- “6.1. Deve-se observar, como ponto de partida, que os atos do Estado supõem-se dirigidos à defesa do interesse geral O Estado pode ocupar-se por lei, regulamentações, atos de administração, comportamentos de fato ou de qualquer outra forma, de todas as questões.
- 6.2. Por meio dos atos de Estado, ministros e secretários devem, geralmente, ser responsáveis perante o Parlamento. Eles também podem ser processados por peculato e suborno e julgados com base nos arts. 483 e seguintes do CPP.
- 6.3. Este sistema não é suficiente para que o próprio Estado possa ser responsabilizado criminalmente por seus atos.
- 6.4. O texto acima tem como consequência que o Tribunal deveria ter declarado inadmissíveis os processos ajuizados pelo Ministério Público”.⁴⁰

Com esta decisão, a Suprema Corte reconheceu ao Estado uma imunidade criminal absoluta; os processos criminais são impossíveis. Dado que a imunidade penal da autoridade se apresenta, pela Suprema Corte, como uma razão para excluir a acusação, não se aborda o caráter punível de determinado ato de autoridade que parece, à primeira vista, uma infração.

Em setembro de 2000 o Ministro da Justiça informou ao Parlamento acerca da posição tomada pelo Governo na matéria.⁴¹ O

39.. Tribunal de ‘s-Hertogenbosch, I de fevereiro de 1993, NJ 1993, 257.

40.. HR (Supremo Tribunal) de 25 de janeiro de 1994, NJ 1994, 598 (C), MenR 1994,104 (De L.) (Vliegbasis Volkel).

41.. Carta do Ministro da Justiça “Strafrechelijke aansprakelijkheid van overheidsorganen”, Tweede Kamer, 2000-2001, 25294.

Governo concordou que não era útil permitir a demanda criminal do Estado holandês, apesar das críticas por parte de alguns escritores e promotores sobre o julgamento no caso Volkel. O Governo acredita que o Estado deve, assim como os cidadãos, as empresas e as autoridades inferiores, respeitar a lei. O Estado em questão, no entanto, dentro da ordem jurídica, ocupa um lugar próprio. Só o Estado pode, para o benefício de todos os cidadãos, empregar a lei, regulamentos, atos administrativos, ou outros mecanismos idênticos. É por isso que o argumento da igualdade perante a lei (penal) não pode ser considerado para determinar a responsabilidade penal do Estado.

O Governo coloca em dúvida, a partir desse momento, o sentido da execução penal contra o próprio Estado. As sanções e penas privativas de liberdade e de prestação de serviços não são consideradas. O Estado vai pagar para si mesmo uma multa. O Estado não pode ser privado de seus direitos. Em caso de confisco de bens, o produto obtido retorna ao Estado. A confirmação da norma é argumento insuficiente em relação ao Estado.

Em conclusão, a aceitação da responsabilidade penal e a possibilidade de exercer a persecução contra o Estado levaria a novos problemas. O Ministro da Justiça e o governo, como o Ministério Público, estão em uma posição impossível perante a ordem constitucional. A responsabilidade em termos de persecução (demanda) e a posição do Estado dentro do processo, como acusado, são difíceis de conciliar.

Assim, a imunidade e, portanto, a impossibilidade de processar o Estado é de início, um dado estabelecido. Tanto o juiz como o legislador decidiram dar prioridade à responsabilidade política e administrativa. A maioria da doutrina e o Ministério Público aderem a esta posição.

5.3 A responsabilidade penal e a possibilidade de persecução contra as autoridades descentralizadas

Nos últimos 15 anos o problema da responsabilidade criminal dos órgãos estatais inferiores esteve na agenda em do Supremo Tribunal em diferentes ocasiões.⁴² Delimitarei aqui uma série de exemplos eloquentes.

Em um caso, em 1982, o Ministério Público acusou um funcionário do município de Tilburg por ter construído limitadores

42.. Cf. C. Brants y R. de Lange, *Strafvervolging van overheden, Arnhem, Gouda Quint*, 1996.

de velocidade sem que o município tivesse atribuição administrativa para tanto conferida pelas autoridades competentes. A defesa argumentou, em vão, que foi o exercício de uma tarefa pública específica mas a Suprema Corte decidiu, sem definir precisamente o conceito de “função pública”, que “*o comportamento imputado ao réu na acusação relacionava-se a uma obra de autoridade, ou seja, os cuidados com a segurança das vias públicas. Um município não pode ser responsabilizado criminalmente no assunto. O Juiz cantonal violou, portanto, a lei ao aceitar ambos os processos ajuizados pela acusação*”.⁴³

Tampouco se deu a definição de “público” em um caso envolvendo a cidade de Voorburg. O município havia destruído ninhos de garças em um parque porque essas aves contaminavam o lugar. Era uma violação da lei sobre a fauna. O Supremo Tribunal considerou também aqui⁴⁴ que o Tribunal deveria ter declarado inadmissível a acusação do Ministério Público porque se tratava, em primeiro lugar, de um organismo público, nos termos do Capítulo 7 da Constituição (autoridade pública) e, segundo, encarregado de garantir a boa gestão de parques como obrigação do dever administrativo na esfera da sua atribuição. É importante, portanto, saber se se trata de uma pessoa jurídica ou um grupo de autoridades públicas relevantes (um organismo público, nos termos do Capítulo 7 da Constituição), que exerce uma função pública.

Isso se deduz, em sentido contrário, a partir de um certo número de casos em matéria de pesca. O município de Urk foi condenado por organizar um leilão de peixes quebrando as regras para o registro de cotas; o município participou, com efeito, de uma atividade comercial e não exercia, portanto, uma tarefa pública. Isso foi confirmado pelo Supremo Tribunal de Middelburg.⁴⁵ O Tribunal também condenou o município de Vlissingen, em 1995, a uma pena de multa de 16 mil florins por irregularidades na administração no leilão municipal de pescados. O Tribunal considerou explicitamente, acerca da admissibilidade da ação pública, “*que os comportamentos denunciados não se deram no âmbito da gestão de uma função pública, atribuída, em particular, por ou sob a lei, ao réu*”.

Em 23 de abril de 1996 foram sentenciados três casos relativos, respectivamente, a um funcionário municipal que havia cometido

43.. HR (Supremo Tribunal) de 27 de octubre de 1981, NJ 1982, 474.

44.. HR (Supremo Tribunal) de 23 de octubre de 1990, NJ 1991, 496.

45.. HR (Supremo Tribunal) de 8 de julio de 1992, NJ 1993, 12.

uma contravenção⁴⁶ à província de Noord-Holland e à Gestão de Águas West-Friesland,⁴⁷ estas últimas que haviam sem autorização ou dispensa exigidas, queimado palha às margens do rio. Eu me limito aqui ao primeiro caso.

O município de Boamsterhim e a Grontmij S.A. derramaram no lago Pikmeer sedimentos contaminados degradados. O secretário de obras do município foi levado perante o Tribunal correccional porque deu a ordem ou pelo menos, dirigiu efetivamente a ação. Tanto o tribunal do julgamento quanto o Tribunal de Recursos confirmaram a existência de provas suficientes. O Tribunal de Recursos disse: *“Embora o município de Boamsterhim não possa ser processado criminalmente, isso não o impede de cometer crimes e que, por esses fatos, possa ser processada a pessoa que efetivamente dirige o comportamento ilícito”*.

Mas o Supremo Tribunal contradisse esta visão: *“A possibilidade de processar uma pessoa jurídica e seu dirigente de fato está tão estreitamente ligada que as circunstâncias em que não se pode processar a pessoa jurídica posto que é um órgão público, no sentido do capítulo 7 da Constituição, quando envolvida na atuação de um trabalho público que lhe cabe por lei, teria como resultado a incapacidade de processar criminalmente os servidores civis contratados pelo órgão público, quando estes, na sua qualidade de executores da função pública, tenham ordenado ou dirigido efetivamente o comportamento ilegal (...)”*.⁴⁸

Permanece como possível, portanto, a responsabilidade penal individual (por si mesma). Mas, precisamente para evitar que os subordinados fiquem sujeitos às consequências penais foram desenvolvidas regras sobre a qualidade da pessoa jurídica como autora e a dos dirigentes de fato (qualidade funcional do autor). Estas últimas regras desafiam a aplicação para as pessoas jurídicas de direito público; segue-se daí que só poderia processar-se os indivíduos com base na condição clássica do autor individual. Os potenciais acusados seriam os subordinados, lavando-se as mãos dos superiores hierárquicos. Também é surpreendente que a Grontmij S.A. tenha sido processada criminalmente. A qualidade de autora da pessoa jurídica foi confirmada e o dirigente de fato foi processado. A visão

46.. HR (Supremo Tribunal) de 23 de abril de 1996, NJ 1996, 48, 513 (‘tH) (Pikmeer).

47.. HR (Supremo Tribunal) de 23 de abril de 1996, NJB 14 de junho de 1996, n. 61 (Província de Noord-Holland) y HR (Supremo Tribunal) de 23 de abril de 1996, NJ 1996, 512 (Administração de Aguas West-Friesland).

48.. HR (Supremo Tribunal) de 23 de abril de 1996, NJ 1996, 513 (‘tH), as 7035.3 (HH) (Pikmeer).

do Supremo Tribunal na prática leva a uma desigualdade jurídica surpreendente entre pessoas jurídicas e, dentro da pessoa jurídica de direito público, para punir os subordinados por si mesmos.

É claramente extraído desses casos que a autoridade inferior também goza de imunidade criminal considerando-se que se trate de um órgão público nos termos do Capítulo 7 da Constituição e que, além disso, tenha atuado na execução de uma tarefa determinada por lei. Ao mesmo tempo, há um ponto no caso Boarnsterhim, que foi decisivo e que assim permanece, mesmo após o caso Volkel, impreciso; a impunidade se estende a funcionários da administração e àqueles contratados que, no quadro da tarefa estatal, se comportaram como líderes ou dirigentes de fato ou encarregados de decidir (o segundo aspecto da art. 51).

Os casos Volkel e os três casos de 23 de abril de 1996 (Pikmeer, província de Noord-Holland e Gestão de Águas de West-Friesland) são, essencialmente, a conclusão de uma evolução na jurisprudência em processos criminais contra autoridades.

O caso Volkel é um evento único nesta área, pois, pela primeira vez – e pela última vez disso não resta dúvida –, o Estado holandês foi excluído da perseguição e atos da autoridade central foram excluídos pelo Supremo Tribunal como passíveis de condenação criminal; o juiz, no entanto, tem uma margem em relação à autoridade inferior (ou seja, quando não há um organismo público na acepção do Capítulo 7 da Constituição, ou quando não se pode falar do desempenho de uma função pública conferida por lei).

Durante as últimas décadas o serviço público e a forma como ele é executado e exercido mudaram de tal maneira, do ponto de vista da forma e conteúdo, que a diferença entre a função pública e a privada e a diferença orgânica entre órgão público e privado não são um critério que possa ser usado em numerosas diferenciações legais. O Direito privado e o Direito público conheceram, igualmente, uma evolução ativa no sentido da crescente responsabilidade da autoridade e uma proteção jurídica reforçada aos cidadãos. Por exemplo, não pode ser aceite que uma empresa agrícola seja sobrecarregada com pesadas obrigações ambientais que são sancionadas pelo Direito Penal, ao mesmo tempo em que o município ou o ministério da área concernente cometam danos ambientais e sejam beneficiados pela imunidade. Afinal, tampouco ao cidadão pode-se exigir que aceite esta situação.

É por isso que a doutrina e o Ministério Público defendem a suspensão da imunidade parlamentar das autoridades descentralizadas. O Supremo Tribunal e o governo preferem, no entanto, a primazia do controle administrativo e político em vez de acesso criminal. O Supremo Tribunal aceita a acusação apenas no caso de que não se trate de um órgão público ou quando o órgão público ou que este tenha cometido um ato fora de suas atribuições legais O Supremo Tribunal opta, assim, por um conteúdo formal. O governo escolhe

artigo 01

artigo 02

artigo 03

artigo 04

artigo 05

um conteúdo material na tomada de posição:⁴⁹ se uma pessoa jurídica de direito público pratica um ato decorrente de sua missão estatal pesará cuidadosamente os prós e contras e caso este ato contenha legitimidade democrática suficiente, haverá imunidade criminal. A posição do governo teve uma recepção crítica dentro do Parlamento e não foi aprovada. O Parlamento foi convidado a preparar uma alteração legislativa.

Em 1997 o Ministério Público emitiu uma circular a respeito da política de investigação e persecução das autoridades⁵⁰ visando traduzir a nova jurisprudência em uma ferramenta de trabalho fácil de usar. A circular enumera os critérios que devem ser levados em conta pelo magistrado:

1. Existe qualidade de autor e culpa do dirigente da pessoa jurídica de direito público?
2. A pessoa jurídica de direito público é um organismo público, na acepção da Constituição, vez que apenas os órgãos públicos podem, eventualmente, favorecer-se diretamente da imunidade penal?
3. Pensando que estas duas questões recebam uma resposta positiva, pode-se continuar a persecução se:
 1. o ato não pode razoavelmente provir da execução da missão estatal ou
 2. o ato concerne, apesar de tudo, a uma missão de Estado, mas os prós e os contras não foram seriamente sopesados sob o ângulo administrativo, ou
 3. em caso de cometer injustiça, por exemplo, uma escritura falsa ou uma violação sobre o meio ambiente e colocando em risco a vida de seres humanos ou animais ou
 4. se trate de condutas dolosas infratoras de requisitos básicos, que acarretam um ataque real ou uma ameaça que vai contra o bem jurídico que deve ser protegido.

49.. Nota "Strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden", Tweede Kamer, 1996-1997, 25294.

50.. Nos Países Baixos o Ministério Público concretiza a política de investigação e persecução com base em circulares internas. O Ministério Público dispõe, em razão do princípio da oportunidade, de uma grande discricionariedade sobre a política criminal.

Se o acusador decidir prosseguir deve, previamente às perseguições, obter o consentimento das autoridades que lhe são superiores, como o Procurador-Geral.

O caso Pikmeer, que foi encaminhado ao Tribunal e submetido a novo julgamento,⁵¹ é novamente apreciado no Supremo Tribunal. No caso Pikmeer II,⁵² o Supremo Tribunal tomou, a tempo, consciência da severa crítica que houve quanto ao caso Pikmeer I e dá um novo conteúdo para a questão relativa à possibilidade de processo criminal das autoridades descentralizadas. O Supremo Tribunal confirmou a sua posição no caso Gouden Bodem.⁵³

A nova doutrina do Supremo Tribunal pode ser resumida da seguinte forma:

1. imunidade penal das autoridades descentralizadas é muito limitada. A imunidade penal só é possível se for apenas uma questão de dever administrativo, e deve ser verificado:
 - se se trata de um organismo público na acepção da Constituição
 - dentro do qual, no âmbito de sua atribuição
 - dever cumprido administrativo, dever que, dependendo da sua natureza, e considerando o sistema jurídico, não pode ser exercido exclusivamente, apenas por funcionários do governo.
2. se a pessoa jurídica de direito público não é, beneficiada pela imunidade penal e pode ser processada, o Ministério Público deve ter em conta, no âmbito da política persecutória, da postura específica das autoridades descentralizadas e o Juiz deve verificar a existência de causas particulares de justificação. O Juiz pode, igualmente, levar em consideração a posição específica das autoridades descentralizadas no momento da determinação da sanção penal.

51.. Hof Leeuwarden, 12 novembro 1996, Milieu en Recht 1997, 1.

52.. Supremo Tribunal 6 januari 1998, NJ 1998, 367.

53.. Supremo Tribunal 30 juni 1998, NJ 1998, 819.

3. se a pessoa jurídica de direito público não se beneficia da imunidade e pode, portanto, ser processada (réu), o acusador deve considerar, como parte da política de persecução, a situação específica das autoridades descentralizadas e o juiz deve verificar se existem causas particulares de justificação. O juiz pode também ter em conta a situação específica das autoridades descentralizadas no momento da determinação da sanção penal.

Em 1998 o Ministério Público emitiu uma nova diretriz política na investigação e perseguição das autoridades. A diretiva dispõe, de acordo com a nova doutrina do Supremo Tribunal, um lugar principal à “investigação ativa, persecução matizada”. O Ministério Público deve responder às seguintes perguntas:

1. Os funcionários são responsáveis penalmente como seu próprio superior?
2. É uma matéria de um órgão público na acepção da Constituição?
3. É uma questão de um dever de natureza puramente administrativa? Em caso de resposta positiva o Promotor deve arquivar o caso por razões técnicas quanto ao dirigente da pessoa jurídica de direito público
4. Trata-se da qualidade do autor, da responsabilidade fracasso/e a possibilidade de reprovação?
5. Existe uma possível causa de justificação? Existe uma exigência legal que pode eventualmente levar a nenhuma punição, ou há um conflito de interesses? Se assim for, uma classificação técnica deve ser o passo seguinte.
6. A acusação é oportuna? É caso de injustiça flagrante? Ou é uma questão de violação deliberada dos requisitos básicos? Ou é uma questão de reincidência manifesta? Estes critérios são retirados da diretiva de 1997.
7. A persecução (demanda) tem contraindicações? Mesmo se não houver justificativa, ponderou cuidadosamente os prós e os contras no plano administrativo? Ou é uma questão de reação administrativa ou política que ocorre efetivamente “a posteriori”

Não importa de que modo for, em caso de perseguição, o líder de fato ou o comandado devem, se possível, ser igualmente processados. Em termos de procedimento, o consentimento do Procurador-Geral não é mais necessário. Basta que o Promotor responsável seja informado.

A nova doutrina do Supremo Tribunal recebeu o consentimento de muitas pessoas, uma vez que a imunidade penal das autoridades descentralizadas tem sido muito limitada. Entrementes, o Governo foi capaz de convencer o Parlamento que não era necessário, graças a essa nova doutrina, a revisão das regras vigentes. Cabe ao juiz, de acordo com o Governo, preencher essa nova doutrina e esclarecer o que é um trabalho puramente administrativo.

Essa nova doutrina não resolve, no entanto, todos os problemas. É perfeitamente possível que um único e mesmo ato, a autoridade descentralizada, possa apoiar-se na imunidade penal, mas que o autor físico (o funcionário) como autor, cúmplice, etc. possa ser acusado (réu) e condenado por seu próprio superior. Em caso de parceria público-privada, também é possível que a autoridade descentralizada não possa ser processada (ré) e o parceiro privado possa sê-lo. Não é menos provável que também se possa criticar o fato de que a Suprema Corte tenha vinculado completamente a tarefa exclusivamente administrativa para as artimanhas de funcionários da administração. Na prática, pode-se imaginar que essas tarefas não são exercidas pelos funcionários. Eles agem como um órgão administrativo e ações administrativas decorrentes, no sentido de Direito Administrativo, mas podem ser beneficiados pela imunidade. Portanto, uma parte da doutrina clama a abolição completa da imunidade para as autoridades descentralizadas.⁵⁴ O futuro vai nos mostrar se a Suprema Corte vai tomar este caminho.

5.4 Desenvolvimentos recentes na responsabilidade penal das pessoas jurídicas, inclusive o Estado

Após o julgado *Pikmeer* houve claramente uma contraposição entre o Governo e o Parlamento sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. O Governo não quer alteração legislativa, e o Parlamento é mais favorável em retirar a imunidade de pessoas jurídicas estatais.

Em 2001 o Governo estabeleceu um comitê de especialistas para dar a sua opinião sobre esta questão.

O Governo também enfrentou, em 2001, duas grandes catástrofes na Holanda. Em Enschede, um depósito de fogos de artifício explodiu no centro da cidade, matando mais de vinte pessoas e destruindo uma parte muito importante da cidade. A pesquisa constatou

54.. Para uma boa análise do caso *Pikmeer II* e das consequências jurídicas, cf. J. A. E. van der Jagt, *Decentraal bestuur vervolgbaar?*, Gouda Quint, 2000, Deventer.

que tanto o município quanto o Estado haviam cometido erro de concessão de autorização e controle administrativo. O serviço de inspeção do Exército, corresponsável pelo controle, havia sido corrompido. Uma vez que estamos lidando aqui com funções que dizem respeito à missão pública das autoridades, o Estado, com base no julgado *Pikmeer*, não poderia ser processado criminalmente (réu). Seguiram-se fortes críticas na imprensa e a incompreensão da opinião pública. A insatisfação se instalou quando o tribunal recentemente infligiu uma pena leve aos dirigentes da empresa sob o fundamento de que o Estado escapava das acusações criminais. No caso *Volendam*, um incêndio em que cerca de dez pessoas foram mortas em uma reunião noturna. Aqui também se tratou de uma fraqueza no campo das concessões, permissões e lacuna de controle no que incumbia às autoridades. Não há julgamento neste caso. A pressão sobre o governo, pedindo para alterar a legislação, aumentou por causa desses casos.

A comissão, liderada por H. L. J. Roelvink, emitiu suas conclusões depois, em fevereiro de 2002. A comissão considera que os documentos invocados pelo governo têm uma força persuasiva insuficiente para preservar o Estado de processo criminal e que a distinção entre entidades de direito público descentralizadas, por um lado, e, de outro, o Estado tem uma legitimidade insuficiente. A comissão propõe, no que diz respeito à aplicação da responsabilidade penal do Estado, punir separadamente, de acordo com o art. 51, com base em elementos independentes. A comissão pensa a este respeito que os serviços, instituições e outras entidades organizacionais do Estado que são suscetíveis de intervir de uma maneira suficientemente independente no seio da sociedade. O Estado, como tal, deve ser excluído da responsabilidade criminal. Uma série de entidades especiais, como os tribunais, Ministério Público e o Conselho de Estado, deve ser excluída da responsabilidade criminal.

A comissão também defende o abandono do critério de atividade pública do Supremo Tribunal quanto à persecução de todas as entidades de direito público, até mesmo para a conduta ilícita no momento do exercício de uma atividade exclusivamente pública.

A comissão ainda gostaria de limitar a responsabilidade criminal de todas as entidades de direito público a crimes econômicos, aqui compreendendo infrações relativas ao meio ambiente e violações de parcelamento do solo. A comissão considera que, para crimes de direito comum, a responsabilidade individual deve prevalecer.

Esta última recomendação é, por si, surpreendente e por várias razões. Primeiro, as pessoas jurídicas de direito público descentralizadas já eram criminalmente responsáveis por todas as violações, aqui compreendendo crimes de direito comum. Isso significaria um retrocesso em comparação com o passado. Segundo, muitas infrações econômicas são tratadas, na Holanda, como crimes

artigo 01

artigo 02

artigo 03

artigo 04

artigo 05

de direito comum (falsificação de documentos, fraude, organização criminosa, etc.) ou são reunidas para fins de acusação. Terceiro, um sinal de alarme é dado para chamar a atenção para o fato de que as autoridades não poderiam ser responsabilizadas criminalmente pelos delitos mais graves, segundo o Código Penal. À luz do desastre em Enschede e Volendam, a exclusão de homicídio culposo no contexto da responsabilidade criminal das autoridades é muito surpreendente.

O Governo, por sua vez, subscreveu as conclusões da comissão, mas a doutrina é muito crítica sobre a limitação aos crimes econômicos. As decisões nos casos Enschede e Volendam têm mostrado quão difícil é explicar que não há responsabilidade penal do Estado e dos dirigentes estatais. Alguns tribunais criminais na Holanda também interpretaram a noção de serviço público de forma estrita.

O saneamento de água e combate a incêndios são funções públicas exclusivas, mas isso não inclui que qualquer atividade dentro deste cenário, como formação de bombeiros, seja também exclusiva e possua, por consequência, imunidade penal. Um incêndio recente em uma casa de repouso no aeroporto de Amsterdã, que matou diversos imigrantes, e, especialmente, o relatório da Comissão van Vollenhoven sobre o assunto, responsabilizando as autoridades públicas por omissão grave, reabriram o debate sobre a imunidade penal de autoridades públicas, apesar da demissão dos ministros do Interior e da Justiça.

O Governo introduziu, em outubro de 2005, um projeto de lei com uma reforma limitada, permitindo, assim, o julgamento de dirigentes de fato ou de direito, mesmo quando se trata da culpa do Estado, preservando a imunidade do Estado em relação à persecução. Esta reforma executa uma das recomendações da Comissão Roelvink. Ademais, um projeto de lei também foi apresentado pelo parlamentar Wolfsen, a fim de eliminar a imunidade criminal de pessoas jurídicas públicas, incluindo o Estado. Nenhuma das duas propostas foi adotada até agora.

6. Conclusão

Os regulamentos holandeses não são importantes apenas por causa de seu papel pioneiro neste aspecto. Da mesma forma, parece-me que os vasos comunicantes elaborados no art. 51 apresentam uma riqueza legislativa, que, aliás, havia sido desenvolvida anteriormente pela jurisprudência. Também é importante salientar que a legislação holandesa foi refinada e atualizada pelo Judiciário. Os desenvolvimentos recentes na responsabilidade penal e a potencial persecução das pessoas jurídicas de direito público são um

artigo 01

artigo 02

artigo 03

artigo 04

artigo 05

bom exemplo nesta área. A lei e a evolução holandesas são, em minha opinião, uma boa fonte de inspiração para a aceitação europeia da responsabilidade penal e da demanda potencial das empresas, mas não é, no entanto, a única fonte de inspiração. Sobre a questão da qualidade do autor, pode ser posta a questão de saber se não se deve decidir sobre uma qualidade de autor indireto, evitando-se as construções complicadas acerca da imputação que repousam sobre os atos ou negligências das pessoas físicas. Por outro lado, na qualidade do autor direto, deve-se circunscrever claramente à medida que se exige dolo ou culpa. Neste caso, o elemento moral deverá continuar a ser estabelecido com base na teoria da imputação, a menos que não se opte resolutamente pela responsabilidade de riscos, mas creio que isso seria ir longe demais em termos de responsabilidade criminal.

Deve-se igualmente salientar que a responsabilidade e as possibilidades de demandas em face de empresas e grupos não significa dizer que todos os crimes devem ser efetivamente processados e punidos. Em todos os sistemas, tanto os que são fundados no princípio da legalidade como os que estão ancorados no princípio da oportunidade, há filtros e mecanismos de seleção (arquivamentos, soluções extrajudiciais, etc.). A introdução da responsabilidade e a demanda potencial das pessoas jurídicas são uma etapa. A elaboração de uma política criminal relativa às pessoas jurídicas em geral e às autoridades é essencial. A União Europeia está apenas no início do desenvolvimento de uma abordagem penal, essencialmente no âmbito do terceiro pilar do Tratado de Amsterdã (cooperação policial e judiciária em matéria penal).

A União Europeia tem tomado, desde a entrada em vigor do Tratado de Maastricht, no âmbito do terceiro pilar, várias iniciativas de harmonização direta do Direito Penal dos Estados-Membros.

O Tratado de Amsterdã reforçou o desenvolvimento *de iure* e *de facto*. Dada a necessidade descrita anteriormente, é muito claro que a União preveja a harmonização em matéria de responsabilidade criminal e demanda contra pessoas jurídicas. Especialmente em termos de casos e de proteção dos interesses financeiros da União, parece essencial desenvolver sistemas de responsabilidade penal capazes de responsabilizar as corporações. No momento da harmonização europeia, a atenção deve ser dada para a posição de entidades de direito público. A responsabilidade penal das empresas da UE dá um novo impulso à cooperação policial e judicial com os Estados Unidos.

Em conclusão, parece completamente essencial desenvolver a responsabilidade penal das pessoas jurídicas na União Europeia e evitar a fuga para o Direito Administrativo, especialmente para proteger os interesses jurídicos na área financeira.

artigo 01

artigo 02

artigo 03

artigo 04

artigo 05

O fato de o Tribunal de Direitos Humanos ter confirmado em várias decisões que as garantias do art. 6.º são igualmente aplicáveis às sanções do Direito sancionador administrativo de forma alguma constitui um argumento decisivo para a não aceitação do deslocamento para aquela seara. O Direito sancionador administrativo é, em muitos países, uma importante forma de subdesenvolvimento, tanto em nível jurídico quanto prático. Na maioria dos Estados-Membros da União Europeia os poderes de investigação, apreensão, confisco, etc. são muito mais limitados em termos de Direito sancionador administrativo que no Direito Penal.

Ao contrário da Alemanha, onde existem, em certa medida, vasos comunicantes entre as matérias administrativas e penais abrangidas na persecução, todos os outros sistemas conhecem sanções administrativas e penais completamente diferentes; os procedimentos administrativos são caracterizados por meios de investigação, apreensões, etc., muito mais limitados do que no processo penal. Claramente quando se fala da persecução das empresas é primordial dispor de meios importantes para a obtenção de provas.

Por fim, em âmbito internacional e, cada vez mais, em termos nacionais, estão sendo desenvolvidas sanções de apreensão e confisco no campo da macrocriminalidade. Este desenvolvimento ocorre dentro do Direito Penal e se mostrou claramente, nos Estados Unidos, como uma ferramenta essencial na luta contra o crime cometido pelas pessoas jurídicas.

Considero, então, que se nos contentarmos com sanções administrativas incorreremos em erro e nos orientaremos no sentido de certa impunidade.

Bibliografia

Brants, C.H. e Brants, K.L.K., *De sociale constructie van fraude*, Amhem, 1991.

Brants C. e R. de Lange, *Strafvervolgving van overheden*, Arnhem, Gouda Quint, 1996.

Dijk, P.L. et al., *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, Zwolle, 1988 y Brood-Grapper-Haus, J.J. & al., *Aansprakelijkheidsregelingen van bestuurders, commissarissen en hoofdaanemers*, Leiden, 1987.

Hartmann A. R. e Meijer M. E., “De personale werkingssfeer van het zwijgrecht en de cautie-ver plichting bij de verdachte rechtspersoon”, *Nederlands Juristenblad*, 1996, 1768-1773.

J. A. E. van der Jagt, *Decentraal bestuur vervolgbaar?*, Gouda Quint, 2000, Deventer.

Mulder, A. & Doorenbos, D. R. *Schets van het economisch strafrecht*, Zwolle, 1983.

Mulder, A., “Feitelijke leiding geven aan de verboden gedraging, indien het strafbaar feit door een rechtspersoon is begaan”, *Tvvs, Maandblad voor ondernemingsrecht en rechtspersonen*, 88/8213-219; Toppinga, R.A., o.c., y Dijk, P.L. o.c., p. 97-122.

Toppinga, R. A. *Strafbaarheid van rechtspersonen*, Arnhem, 1984; Jörg, N., *Strafbare rechtspersonen in Amerika*, Arnhem, 1990; Fiels, S. y Jörg, N., “Strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen voor dodelijke ongevallen naar Engels en Nederlands recht”, *Panopticon*, 1991, 233-248

Toppinga, R. A., *De rechtspersoon als dader, strafbaar leidinggeven aan rechtspersoon*, Arnhem, 1988.

artigo 01

artigo 02

artigo 03

artigo 04

artigo 05

Delineamentos sobre o crime de assédio sexual

Bruno Salles Pereira Ribeiro

Mestre em Direito Penal pela USP.

Coordenador-Chefe da Tribuna Virtual IBCCRIM.

Advogado criminalista.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo abordar a temática do assédio sexual em sua perspectiva histórica, bem como na perspectiva dogmática após a tipificação do delito no Código Penal Brasileiro. Seguindo a tendência criminalizante da política criminal brasileira dos últimos 25 anos, o assédio sexual foi tratado de maneira pioneira na legislação criminal, abordando de maneira confusa um fenômeno de alta gravidade e frequência na modernidade. Após a análise do bem jurídico protegido nos crimes sexuais lastreada na alteração legislativa da matéria de 2008, é feita a exegese semântica do tipo penal, procurando, ao fim, estabelecer comparações entre a tipificação nacional e a legislação estrangeira.

Palavras-chave: Crimes Sexuais. Dignidade Sexual. Bem Jurídico. Assédio Sexual. Modalidades de Assédio Sexual. Tipo Penal. Interpretação semântica.

Abstract: The purpose of this article is to approach the issue of sexual harassment from both, a historic and a dogmatic perspective since it has now been classified as a crime in the Brazilian Penal Code. In line with the criminalizing trend of the Brazilian penal policy of the last 25 years, the treatment of sexual harassment under the Criminal Law was innovative, approaching this very serious and frequent phenomenon these days in a confusing manner. After the analysis of the legal interest protected in the sexual crimes, which weighed in on the legislative change on the subject matter in 2008, the semantic interpretation of the criminal type is done, looking to establish comparisons between the national classification and the foreign legislation.

Keywords: Sexual crimes; Sexual dignity; Legal interest; Sexual Harassment; Sexual harassment modes; Criminal type; Semantic interpretation.

Sumário: 1. Introdução; 2. Análise do conceito; 3. Tutela penal do assédio sexual e o princípio da intervenção mínima; 4. O tipo penal de assédio sexual introduzido no ordenamento jurídico brasileiro; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Mesmo antes de sua introdução no Código Penal brasileiro, o crime de assédio sexual foi alvo de muita controvérsia, ocasionada pela disputa entre setores da sociedade que defendiam a tipificação da conduta como forma de proteção à mulher e por setores que entendiam ser incabível a tutela penal desse fenômeno, tendo em vista sua possível coibição por outros ramos do Direito.

De um lado se insurgiram forças interessadas na proteção à mulher, que, em uma sociedade ainda predominantemente machista, tem o direito de ter assegurada sua autodeterminação sexual e a sua igualdade nas relações de trabalho, sendo certo que a ideia de assédio sexual demonstra-se intimamente ligada à defesa dessas duas relevantes garantias constitucionais.¹

Na outra ponta da corda, os defensores de um Direito Penal mínimo e subsidiário, colocado à disposição da defesa de bens jurídicos fundamentais à sociedade e, ainda assim, utilizado como última ferramenta de proteção jurídica desses valores supremos².

Indubitavelmente, a coibição do assédio sexual é de suprema relevância social e objetiva a proteção não apenas da mulher, mas de qualquer pessoa em situação estamental inferior, dentro de uma relação de vinculação institucional, em face de abusos cometidos por superiores hierárquicos, perpetrados mediante o aproveitamento dessa posição organizacional ascendente, os quais objetivam práticas sexuais de qualquer tipo.

Há de se perceber que a conduta coibida, alvo de reflexão mais à frente, a princípio, parece ofender não apenas a autodeterminação sexual, mas também outros bens jurídicos, uma vez que impõe uma escolha ao sujeito ativo: ou ter violada sua autodeterminação sexual ou ter violado outros direitos fundamentais ligados à honra, ao direito do trabalho, à igualdade e à dignidade.

E isso porque, em essência, o assédio sexual configura-se pelas insinuações e propostas dirigidas pelo sujeito de posição superior a seu subordinado, que indica que a prática de atos sexuais pelo sujeito passivo poderá ensejar-lhe benefícios e que sua abstenção poderá impor-lhe injustos gravames. É nesse sentido que se tende a crer, como defendem [Luiz Flávio Gomes](#), [Tadeu Antônio Dix Silva](#),

1.... Nesse sentido aponta-se o trabalho de: MELO, Mônica de. Assédio sexual: um caso de inconstitucionalidade por omissão. *Revista do Ilanud*, São Paulo, n. 17, 2001.

2.... Nessa posição destacamos o trabalho de SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O assédio sexual como fato criminoso. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 8, n. 89, p. 11, abr. 2000.

Cezar Roberto Bitencourt, acompanhados da maioria da doutrina especializada, que o tipo penal em comento seja pluriofensivo. Deixaremos essa análise para o transcorrer do trabalho.

A primeira proposta de incriminação do assédio sexual no Brasil foi ventilada pelo Projeto de Lei 157/1997, de proposição da Senadora Benedita da Silva, cujo texto incriminador assim se grafava: “*Constitui assédio sexual, para os efeitos desta lei, constranger alguém, com sinais, palavras ou gestos, objetivando ou sugerindo a prática de ato libidinoso ou conjunção carnal, se a conduta não constitui crime mais grave. A pena é a detenção de 6 meses a dois anos*”.

É possível notar que o Projeto de Lei, arquivado no ano de 1999 pelo plenário da Câmara dos Deputados, já padecia da imprecisão e vagueza que se destacam em nossa norma incriminadora, o que se nota pela utilização do verbo constranger no modo transitivo direto, causador de severos defeitos para o tipo penal, como demonstraremos adiante.

O assédio sexual também se via previsto no anteprojeto da reforma da parte especial do Código Penal, cujo texto imprimia a conduta incriminada da seguinte forma: “*Assediar alguém, com violação do dever do cargo, ministério ou profissão exigindo, direta ou indiretamente, prestação de favores sexuais como condição para criar ou conservar direito ou para atender a pretensão da vítima. Pena – Detenção, de seis meses a dois anos, ou multa*”.

No relatório da Comissão do Anteprojeto, de 24 de março de 1998, presidida pelo Des. Luiz Vicente Cernicchiaro, explicava-se que “*sugere-se a punição do Assédio Sexual, fundamentalmente, obstáculo ou restrição ao exercício do direito do trabalho da mulher, compelida a submeter-se a exigências de atos sexuais. Normalmente, o agente é o homem. O tipo, entretanto, alcança ambos os sexos, tanto como agente, ou sujeito passivo*”.³

Aprofundando-se no assunto, a exposição de motivos do Anteprojeto, como nos informa Silveira, asseverava que “*o assédio sexual está previsto no art. 173. Não como algumas vozes dizem, constrangimento à aproximação de pessoas. Nem se confunde com o galanteio elegante ou grosseiro. A estrutura do crime vincula-se a valores sociais. Tem, como pressuposto, relação administrativa, de trabalho, ou encargo inerente a estado ou condição individual. Fundamentalmente visa a proteger a mulher (não é excluído o homem) como empregada, ou servidora pública. Razões históricas evidenciam, só recentemente, ela conquista acesso a trabalho;*

3... Disponível em: <http://www.mpdf.gov.br/portal/pdf/unidades/procuradoria_geral/niceap/legis_armas/Legislacao_completa/Anteprojeto_Codigo_Penal.pdf>.

*de um modo geral o homem ainda predomina nos postos de comando. O agente, então se prevalece da condição jurídica e, como condição para atender à pretensão da vítima, impõe a prestação de favor de natureza sexual. Algumas legislações definiram esse delito. Ilustrativamente a França, a Espanha e o México. Na Argentina, estão em curso dois projetos de lei. O movimento de criminalização é desenvolvido, em particular, pela Organização Internacional do Trabalho”.*⁴

Claramente se percebe pela fundamentação do legislador projetista que o foco de proteção do tipo penal em voga era o direito trabalhista da mulher, de onde se extrai o duplo escopo da incriminação: o bom desenvolvimento das relações de trabalho e a implementação e fomentação do direito de igualdade da mulher.

Contudo, é de destacar que mencionado dispositivo, conquanto sua formulação objetivasse a defesa dos direitos supraencetados, localizava-se topograficamente, tal qual ocorre em nossa legislação atual, sob o Título dos Crimes contra a Dignidade Sexual.

Dessa forma, é natural que se tenha dificuldade em apontar o bem jurídico protegido pelo tipo penal foco do nosso trabalho, problema o qual enfrentaremos no momento oportuno.

Finalmente, para alegria de uns e lamento de outros, a Lei 10.224, de 15.05.2001, inserindo o art. 216-A no Código Penal brasileiro, introduziu a figura do Crime de Assédio Sexual, com a seguinte redação: “*Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos*”.

Conforme se verá, o conceito de assédio sexual não é unívoco e, de acordo com a modalidade em que for tutelado, irradiará efeitos em âmbitos de proteção diversos. Veremos também que a maneira como foi tipificado o crime de assédio sexual trará severas dificuldades para a operacionalização da adequação do tipo à conduta, fruto do descuido do legislador com a plurivocidade do verbo constranger.

4.... SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O assédio sexual como fato criminoso, cit., p. 11.

2. Análise do conceito

2.1 O despertar do problema

A pressão pela tutela estatal das relações envolvendo a vulnerabilidade das mulheres nas relações de trabalho não é nova e data da década de 70, originando-se decisivamente nos Estados Unidos da América. Com efeito, já nessa época os movimentos feministas militavam por medidas governamentais que pudessem coibir a prática do assédio sexual.

De feito, conforme nos informa [André Boiani de Azevedo](#),⁵ citando interessante excerto de artigo de [José Adércio Leite Sampaio](#), na primeira década dos anos 70, nos Estados Unidos, a população trabalhadora feminina se sentia ameaçada pela supremacia masculina e reclamava de abusos e insinuações de conotação sexual, partindo de seus superiores hierárquicos.

A pressão dos movimentos feministas engendraria, em 1976, a primeira vitória judicial na esfera cível americana, que reconheceu a presunção indenizatória advinda do dano moral ocasionado pelo assédio sexual.⁶

Essa pressão pela intervenção estatal em relação à prática em análise surge em meio à eclosão do movimento feminista nos Estados Unidos, época em que a igualdade de condições no trabalho quanto ao sexo ainda se demonstrava uma realidade muito distante. O homem se alçava de uma posição hierárquica superior em relação à mulher até mesmo no âmbito legal, diferentemente do que ocorre nos dias de hoje. Embora ainda apontemos uma supremacia do sexo masculino nos cargos diretivos e gerenciais, o sexo feminino não é mais tratado ou visto como uma categoria inferior nas relações de trabalho, sob o ponto de vista legal.

A situação era, portanto, bastante diversa da que se constata nos dias de hoje, e o combate ao assédio sexual foi uma das bandeiras levantadas pelo movimento feminista na luta pela igualdade de condições. De tal forma, sem desprezar a lesividade da conduta em análise, não podemos deixar de perceber o caráter político que sempre permeou a busca pela tutela e incriminação do assédio sexual.

Embora a problemática do assédio sexual venha despertando os brados dos movimentos defensores das minorias, a grande discussão do assédio sexual eclode nos Estados Unidos apenas no ano de 1991, com o polêmico caso envolvendo o Juiz Clarence

5.... *Assédio sexual*. Aspectos penais. Curitiba: Juruá, 2005. p. 38.

6.... *Caso Williams v. Saxbe* (413 F. Supp. 654 – D.D.C. 1976).

Thomas, indicado à Suprema Corte dos Estados Unidos da América pelo então presidente George Bush.

Sobre o ocorrido, [Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior](#)⁷ narra que o magistrado teria sido acusado de assediar uma antiga assistente, o que faria com que sua indicação à Suprema Corte fosse questionada pelo Senado norte-americano. Essa questão ganharia notoriedade, despertando o interesse da opinião pública para a temática do assédio sexual. Em decorrência, “*entre os anos de 1991 e 1993, o número de ações relativas a assédio sexual quase dobrou*” nos Estados Unidos, “*sendo certo que tal aumento foi reflexo dentre outras coisas, das acusações de Anita Hill contra Clarence Thomas*”.⁸

Bem assim, é no início da década de 90, nos Estados Unidos, que surge conhecido o fenômeno do temor de incriminação da prática do assédio sexual. O aumento crescente de ações propostas com fundamento do instituto ensejou severas mudanças no ambiente de trabalho norte-americano, como o conhecido factóide de homens que se recusam a tomar elevador somente na companhia de uma mulher⁹.

Entretanto, ao contrário do que se possa imaginar, a coibição do assédio sexual nos Estados Unidos da América não se coloca como demanda precípua da ordenação criminal, havendo uma resposta satisfatória da legislação cível em relação à matéria.

Nesse sentido, [Azevedo](#) assevera que “*Sue Titus Reid deixa claro que, muito embora haja casos em que o assédio sexual possa ser considerado tanto um crime quanto uma violação administrativa ou civil, em geral os casos permanecem apenas sob o manto do Direito Administrativo, principalmente porque, empresários e universidades passaram a instituir políticas preventivas do assédio, encorajando as vítimas a denunciarem os fatos e facilitando a execução das normas internas contra os comportamentos inaceitáveis*”.¹⁰

7.... O assédio sexual e o politicamente correto: um caso de importação cultural? *RT*, v. 704.

8.... HALL, Kermit. *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*. Apud AZEVEDO, André Boiani de. *Assédio sexual...*, cit., p. 44-45.

9.... Sobre o tema, importante lembrar a contribuição da imprensa e da mídia para o clima de terror em relação ao assédio sexual. Como exemplo, lembremos do longa-metragem *Disclosure*, traduzido para o português como *Assédio Sexual*, em que um executivo de uma empresa (Michael Douglas) é acusado de assédio sexual por uma colega de trabalho (Demi Moore).

10.. AZEVEDO, André Boiani de. *Assédio sexual...*, cit., p. 70.

Conforme aduz [Dix Silva](#),¹¹ a persecução do assédio sexual coloca-se como uma das vertentes do *Law Economics Movement*, disciplina que defende a fusão de institutos econômicos na esfera do direito. Dessa forma, e devemos discordar do autor nesse ponto, essa inclusão do assédio sexual na pauta dessa disciplina contribuiu mais para manter o assédio sexual de fora do âmbito de atuação criminal do que para fazê-lo objeto de suas aras.

Essa não foi, entretanto, a resposta encontrada por alguns países europeus que, no combate ao assédio sexual, definiram condutas incriminadoras do assédio sexual. Portanto, embora tenha eclodido em importância nos Estados Unidos da América, a tendência criminalizadora da conduta em apreço vai ganhar impulso no Continente Europeu.

2.2 Modalidades de assédio sexual

Muitas são as definições de assédio sexual, a maioria delas provindo de doutrina focalizada no Direito do Trabalho e no Direito Civil. Pela própria especificidade da matéria, o Direito Criminal não poderá se valer da maioria delas, que resolverão os problemas em seus respectivos âmbitos de atuação, mas cravarão chagas em princípios fundamentais do ordenamento penal, tal como o da tipicidade estrita e da taxatividade.

Rodolfo Pamplona Filho conceitua assédio sexual como “toda conduta de natureza sexual não desejada que, embora repelida pelo destinatário, é continuamente reiterada, cerceando-lhe a liberdade sexual”.¹² [Elpídio Gonzales](#), em obra focada no Direito do Trabalho, define assédio sexual como “*la imposición de mensajes sexuales*”.¹³ Ainda nos referindo a sua obra, encontraremos diversas definições

11.. DIX SILVA, Tadeu Antônio. *Crimes sexuais* – Reflexões sobre a nova Lei n. 11.106/2005. Leme: J. H. Mizuno, 2006. p. 168.

12.. PAMPLONA FILHO. *O assédio sexual na relação de emprego*. p. 62 e 73. Apud MARQUES, Fabíola. Assédio sexual nas relações de trabalho. *Revista do Advogado*, ano XXV, p. 45, jun. 2005.

13.. GONZALES, Elpidio. *Acoso sexual*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007. p. 1.

do termo, sejam formuladas por autores, sejam por Órgãos de Direito Internacional ou ainda inseridas em legislações internacionais.¹⁴

Uma importante diferenciação para o estudo da legitimidade penal da conduta é a feita entre assédio ambiental e o assédio *quid pro quo*. Nesse sentido, Tárrega assevera que “*se distingüem, además, dos tipos de acoso sexual: el denominado acoso sexual quid pro quo; y el acoso sexual ambiental. El primero de ello conlleva a un condicionamiento laboral de la víctima a la aceptación de una proposición sexual e implica una relación de jerarquía entre el sujeto activo y el passivo. El segundo de los tipo se define como la creación de un ambiente laboral sexualmente hostil para la víctima*”.¹⁵

Como se pode observar, o assédio ambiental é caracterizado como aquela série de circunstâncias que alçam o ambiente de trabalho a uma situação insuportável. Investidas constantes, insinuações diuturnas, que causam perturbação psíquica na vítima, são os pontos marcantes desse tipo de assédio sexual. Essa modalidade de assédio sexual é de relevante importância na esfera do Direito Civil e do Trabalho.

Sobreleva destacar que, nessa espécie de assédio sexual, o assédio constante e permanente não depende necessariamente da relação hierárquica, bastando que as investidas tornem insuportável o ambiente de trabalho e causem danos psíquicos à vítima.

Na segunda espécie, temos o chamado assédio sexual chantagístico. Nessa modalidade, o sujeito ativo sugere que a prática de atos sexuais, ou para usar a definição legal a *vantagem ou favorecimento sexual*, poderá ensejar-lhe a obtenção de benefícios e vantagens. Por outro lado, sua recusa incorrerá em retaliação.

14.. Trazendo alguns exemplos extraídos de seu trabalho, citamos as seguintes definições: “*En un sentido general, es cualquier manifestación enfática sobre el sexo de un individuo. Más específicamente, cualquier conducta orientada sexualmente, verbalmente, física o por insinuación, constituye acoso sexual, cuando está relacionada con el empleo (Comissão de Direitos Humanos de British Columbia); “Toda forma de insinuación, de solicitud y de comportamiento connotaciones sexuales no deseadas y que es realizada por un administrador, un superior, un colega o un cliente, que humilha o amenaza en su integridad a la persona quien va dirigida, poniendo asé en peligro o litigio su derecho del trabajo (Comunicado de junho 1986, do Grupo Parlamentar); “Observaciones, advertencias, actos que los empleados encuentran degradantes o insinuaciones sexuales acompañadas por promesas de recompensas o represalias” (Informe da Sra. D’Ancona ao Parlamento Europeo sobre actos de Violência Contra las Mujeres).*

15.. TÁRREGA, Juan Antonio Altés. *El acoso sexual en el trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 29.

Conseguimos observar que, na modalidade *quid pro quo*, a relação hierárquica é indispensável. O sujeito ativo, nesse caso, de qualquer forma, deve possuir algum poder em relação à vítima e deve exercê-lo objetivando sua satisfação sexual. A vítima, em razão de sua posição inferior, ao menos objetivamente, deve se sentir compelida a satisfazer seu superior hierárquico.

Como efeito, é essa modalidade de assédio sexual que nos parece, a princípio, digna de interesse da legitimidade penal, na medida em que intervém na própria liberdade de autodeterminação sexual, tema o qual abordaremos à frente.

No assédio sexual chantagístico é possível ser percebido o elemento de injustiça e o desvalor ético-social da conduta, uma vez que o sujeito ativo se locupleta das funções exercidas e, em vez de dirigir seu poder de ingerência para a atividade profissional desenvolvida, a emprega para saciar sua própria lascívia. Por seu turno, a vítima abre mão de sua liberdade sexual ou suporta as represálias decorrentes do exercício desse direito.

Quanto ao assédio ambiental, malgrado sua relevância jurídica, não vemos como possa ser objeto de tutela penal. É bem verdade que o assédio ambiental pode trazer consequências tão graves, se não maiores, do que o assédio chantagístico. A submissão da vítima desse comportamento a expõe a uma espezinhação cotidiana que, sem dúvida, pode carrear sequelas psicológicas de grande monta.

Ocorre que as insinuações recorrentes quanto à sexualidade de uma pessoa não se distinguem nesse sentido das insinuações e anedotas fundamentadas em qualquer outra característica física de uma pessoa. Esse tipo de comportamento deve ser, em primeiro lugar – e com certeza com mais eficiência –, combatido na esfera administrativa e disciplinar das instituições, as quais devem coibi-lo, na medida em que se demonstre eticamente inaceitável, sob pena da imposição de sanções no âmbito laboral.

Sem prejuízo, a esfera trabalhista poderá ser invocada para o ressarcimento dos prejuízos decorrentes dos danos morais e materiais ligados ao assédio recorrente, não havendo qualquer sentido na mobilização no aparato punitivo estatal para a coibição dessa conduta.

A coibição dessa conduta deve passar às margens do âmbito criminal, pois seu desvalor é de fundo patentemente moral, exibindo-se como uma conduta desligada dos valores éticos da sociedade, mas que, entretanto, não afetam qualquer bem jurídico relevante. Assim, mostrando-se como descumprimento de regras meramente morais, os atos formadores dessa conduta jamais serão dignos da tutela penal.

Finalizando esse tópico, impende que apontemos outra substancial diferença quanto à consumação de cada uma das condutas encetadas. Conforme sua descrição, o assédio ambiental depende de uma série de atos, recorrentes, periódicos e insistentes, os quais possuam o condão de abalar a estabilidade emocional da pessoa assediada. Um mero galanteio não se enquadra na conduta. Contudo, a corte diária de uma mulher, perpetrada incisivamente, pode exibir a modalidade em apreço.

Por seu turno, o assédio *quid pro quo* pode se configurar por um só ato. Uma única proposta que tenha como objetivo a satisfação sexual promovida pela(o) subordinada(o) é o bastante para aperfeiçoar a conduta em tela.

3. Tutela penal do assédio sexual e o princípio da intervenção mínima

Estabelecido o primeiro filtro, podemos afirmar que, se há legitimidade da tipificação do assédio sexual, a única hipótese em que poderá ser aceitável será na espécie em que o assédio sexual passa de mera investida, que causa dano à psique da vítima, para alcançar a conduta que coloca em xeque a própria autodeterminação sexual da vítima, a qual, por uma situação complexa de relações, poderá se ver compelida à prática de atos sexuais contra sua própria vontade.

No entanto, ainda se impende que analisemos se mesmo essa modalidade de assédio sexual é digna da tutela penal, o que não podemos fazer senão à luz dos princípios norteadores encetados no título do presente tópico.

Consectário de um Estado Liberal e Democrático de Direito é o princípio da intervenção mínima. Conforme nos ensina o Prof. [René Ariel Dotti](#), o princípio da intervenção mínima vem se colocar no meio de duas correntes radicais acerca da utilização da esfera penal: o *movimento de lei e ordem* e o *movimento do abolicionismo penal*.¹⁶

Por tal princípio, elencado pela maioria da doutrina como um dos princípios fundamentais do Direito Penal, o Estado só intervirá na esfera penal para a proteção de valores fundamentais da vida em sociedade. Por outro lado, essa intervenção depende ainda da constatação de que a esfera penal é imprescindível à tutela do bem jurídico que se pretende tutelar ou, caso contrário, a conduta não será digna na tutela penal.

16.. DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal – Parte geral*. São Paulo: RT, 2010. p. 140.

Bem assim, Miguel Reale Júnior leciona que “em um Estado Democrático de Direito, a configuração penal – por se constituir na forma mais gravosa de interferência, com custos elevados ao infrator e também à sociedade – deve se ater aos fatos que atinjam valores por via de uma conduta efetivamente lesiva destes valores”.¹⁷ Da mesma forma, Luiz Regis Prado assenta que “o Direito penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa”.

Em decorrência, reconheceremos a legitimidade penal somente em relação à defesa de bens jurídicos, de modo que meras imoralidades e interesses funcionais não serão dignos da tutela por essa esfera de direito. Sob a ótica do sistema funcionalista social, acompanhando o pensamento de Claus Roxin,¹⁸ que a lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico é pressuposto da punibilidade, excluindo-se os comportamentos exclusivamente contrários à moral das aras do Direito punitivo.¹⁹

É por isso que um Direito Penal democrático e liberal deve possuir um caráter subsidiário, agindo em *ultima ratio*, ou seja, em última instância de atuação na esfera jurídica. Vale dizer que a atuação do Direito Penal dependerá do fracasso e da inaptidão de todos os outros ramos do Direito na coibição do comportamento desvalorado, para, apenas assim, se buscar a esfera de atuação jurídico-punitiva.²⁰

Também característica desse princípio, deslocando-se agora da “causa” para a “consequência” da incriminação, é o dever de se observar que a norma incriminadora seja idônea à coibição do comportamento indesejado. Caso contrário, não fará mobilizar o *ius puniendi* para perseguição de um fim que não pode atingir com razoável eficácia.

17.. REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 21.

18.. ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte general*. Munique: Civitas, 1997. p. 52.

19.. Sobre o problema da diferenciação entre o Direito e a Moral, TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 8-15.

20.. Nesse sentido, Miguel Reale Júnior (*Instituições de direito penal*, cit., p. 25) assenta que “o recurso à intervenção penal cabe apenas quando indispensável, em virtude de ter o Direito Penal caráter subsidiário, devendo constituir *ultima ratio* e, por isso, fragmentário, pois o antijurídico penal é restrito em face do antijurídico do Ordenamento, por ser obrigatoriamente seletivo”. Em congruência Claus Roxin (*Derecho penal...*, cit., p. 65) assenta que “el Derecho penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que es sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema – como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-tecnicas, las sanciones no penales etc.”.

Como efeito, a utilização do Direito Penal para consecução de fins que não lhes são próprios engendra o enfraquecimento da própria estrutura do Direito Penal, que passa a adquirir um caráter meramente simbólico, sem efetividade prática na coibição de comportamentos indesejados.²¹

Com esse arcabouço principiológico já é possível enfrentar a questão colocada no início do presente tópico: há legitimidade na tutela penal da incriminação do assédio sexual, nos moldes da nossa legislação?

Iniciamos nossa discussão indicando o embate de posições sobre a necessidade da criminalização da conduta em análise. Pudemos, ainda, demonstrar que os movimentos pró-criminalização do assédio sexual sempre se pautaram, sem qualquer carga depreciativa, por interesses políticos. Entretanto, aos que apoiavam a não criminalização da conduta, não faltaram argumentos jurídicos, apoiando-se, sobremaneira, nos princípios supra-analisados.

Dessa forma, sem entrar nas questões sociais que permearam o embate pela criminalização do assédio sexual, o que certamente fugiria do objeto de nosso estudo, focar-nos-emos nos argumentos jurídicos lançados pela doutrina acerca da legitimação da incriminação do comportamento em exame.

Um ano antes da criminalização do assédio sexual, [Renato de Mello Jorge Silveira](#) se insurgia contra a tutela penal da conduta.²² De feito, calcando-se no princípio citado, o eminente professor defendia a não criminalização da conduta, a qual, calcando-se no

21.. Como bem coloca **Luiz Regis Prado** (*Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2010. p. 149): “O uso excessivo da sanção criminal (inflação penal) não garante maior proteção de bens. Ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica negativa”.

22.. “O assédio sexual pode, sem dúvida, se afigurar como o atual mal do século. Mas sua solução não passa pelo Direito Penal. É problema de outras ordens. Na Comunidade Europeia, em maio de 1990, os ministros encarregados do Emprego e dos Assuntos Sociais, preocupados com essa situação, adotaram uma resolução sobre a proteção da dignidade das mulheres e dos homens no mundo do trabalho. De igual forma, em 1995, o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas passou a se preocupar com o assédio, informando ser necessária uma sua adequada definição. Não pretenderam, em nenhum dos casos, dar-lhe feição de crime, mas, sim, de cuidar da proteção da conduta no emprego” (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O assédio sexual como fato criminoso, cit., p. 11).

princípio da subsidiariedade, deveria ser tutelada por outros ramos do Direito. Na mesma direção encaminhou-se o pensamento de [Yuri Carneiro Coelho](#).²³

Sobre outro argumento calçou-se [Luiz Flávio Gomes](#). Embora apontando vantagens decorrentes da criminalização da conduta,²⁴ o autor asseverava infração pelo legislador ao princípio da subsidiariedade e não o faz sem razão. De fato, o primeiro diploma que tratou do assunto de maneira expressa foi o Código Penal, deslocando essa esfera de atuação a *ultima ratio* para a *prima ratio*.

A esse, com pioneirismo, adicionou outro argumento: a desnecessidade da incriminação da conduta. E isso porque a legislação pátria já possui previsão incriminadora e poderia lidar com vários dos elementos que compõem a conduta de assédio sexual. Nesse sentido, enumera que as previsões do *constrangimento ilegal* (CP, art. 146), *ameaça* (CP, art. 147), *importunação ofensiva ao pudor* (LCP, art. 61), *perturbação da tranquilidade* (LCP, art. 65), *injúria* (CP, art. 140), *atentado violento ao pudor* (CP, art. 214), *ato obsceno* (CP, art. 233), *sedução* (CP, art. 217), *tentativa de estupro* (CP, art. 213 c.c. art. 14, II).

Quanto à nossa posição, entendemos que a esfera penal poderia ser dispensada para coibição da conduta em apreço. Em primeiro lugar porque, de acordo com o princípio da intervenção mínima, não observamos qualquer valor fundamental da sociedade sendo infringido pela conduta em apreço.

Em segundo lugar porque existem outros mecanismos mais eficientes do que a incriminação da conduta, para sua repressão, que ainda não foram explorados nem utilizados, alçando o Direito Penal como primeira ferramenta de repressão, em nítida afronta ao princípio da subsidiariedade e da fragmentariedade.

23.. “O legislador brasileiro vem sendo pressionado de longa data para estabelecer a criminalização da conduta que importasse na prática de assédio sexual, notadamente por setores ligados à proteção dos direitos da mulher. Evidentemente, dada a situação de desconforto que uma conduta desta espécie provoca, seja para a mulher, seja para os homens, há de se adotar providências para coibi-la, que não seja, entretanto, necessariamente, de natureza penal, na medida em que outros ramos do direito podem se incumbir desta circunstância. A postura, no entanto, que o legislador brasileiro tem adotado, de resolver os conflitos sociais através da adoção de medidas de natureza penal, afrontam por completo os princípios reitores do direito penal em um Estado Democrático do Direito, e, mais notadamente, o princípio da intervenção mínima” (O novo delito de assédio sexual: a necessidade de uma análise crítica em face do direito penal moderno. Disponível em: www.ibccrim.org.br. Acesso em: 23 set. 2001).

24.. “(a) tutela específica desses bens jurídicos; (b) a criminalização tem a função de motivar concretamente as pessoas rumo à obediência da norma; (c) tem ainda o valor de definir o âmbito do injusto; (d) pode agora desencadear uma série de providências dentro das empresas no sentido de prevenir o delito; (e) dissipou todas as dúvidas de enquadramento típico que havia” (GOMES, Luiz Flávio. Lei do assédio sexual [10.224/01]: primeiras notas interpretativas. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 6 jun. 2001).

Por fim, reforçamos o coro daqueles que veem a desnecessidade da incriminação do assédio sexual, em razão da existência de normas jurídico-penais que coíbem vários dos elementos que compõem o tipo penal em estudo.

4. O tipo penal de assédio sexual introduzido no ordenamento jurídico brasileiro

No presente tópico apresentaremos as características específicas sobre o tipo penal descrito no art. 216-A do Código Penal brasileiro, introduzido em nosso ordenamento jurídico por força da Lei 10.224, de 15.05.2001.

4.1 Bem jurídico tutelado

Para um completo estudo sobre o tipo penal de assédio sexual presente no ordenamento jurídico brasileiro é necessário que se passe pela discussão sobre o objeto jurídico de proteção que se encontra protegido por trás da norma incriminadora.

Para não fugir do foco do presente trabalho, abster-nos-emos de tecer considerações sobre o conceito, o histórico e sobre as funções do bem jurídico penal, restringindo-nos tão somente a considerações acerca da nomenclatura utilizada pelo legislador na recente alteração legislativa, para então poder entrar na análise do bem jurídico tutelado no tipo penal do art. 216-A do Código Penal.

4.1.1 Dignidade sexual e liberdade de autodeterminação sexual

Uma importante mudança ocasionada pelo advento da Lei 12.015, de 2009, foi a alteração da denominação impressa no Título IV do Código Penal, passando a grafar-se “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”, em contraposição à antiga e combatida denominação de “Dos Crimes Contra o Costume”.

Em uma análise perfunctória, deve-se dar graças ao legislador que, seguindo a posição que já se encontrava amplamente defendida na doutrina²⁵ e aceita na jurisprudência, eliminou a designação do bem jurídico tutelado nas normas inseridas naquele título como os costumes, termo esse carregado de um conteúdo moral e não jurídico, não devendo assim ser objeto de atuação do Direito Penal.

25.. Sobre o tema cite-se: ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vegas, 1986. É de destacar que o aparte de direito e moral foi foco de intenso debate na Alemanha na segunda metade do século XX, engendrando, como nos lembra Tadeu Antonio Dix Silva (*Crimes sexuais...*, cit.) nas recomendações propostas pelo 47.º Congresso de Juristas Alemães da revogação de um grande leque de incriminações sexuais.

Com efeito, aceitando-se que a instância jurídico-penal se dispõe, exclusivamente, à defesa de bens jurídico-penais, entendendo-se esses como os interesses fundamentais à convivência e coesão social, a tutela de valores morais, mormente em um Estado Liberal defensor de uma sociedade pluralista e igualitária, fugiria ao seu escopo de proteção.

Não obstante, a designação escolhida pelo legislador, malgrado a importante contribuição assinalada, não foi das mais felizes, devendo-se apontar que a escolha do termo “dignidade” engendra uma série de questionamentos desnecessários a respeito do conteúdo material do bem jurídico tutelado nos delitos englobados sob sua égide.

Evidentemente, o termo “dignidade” utilizado no título VI do Diploma Penal tem sua origem conceitual no conceito de “dignidade da pessoa humana”, conceito que passa a nortear a maioria dos ordenamentos jurídicos ocidentais a partir da segunda metade do século XX, mas que, no entanto, carece de uma definição precisa e satisfatória a orientar a aplicação da norma penal, função a qual é inerente ao bem jurídico.

Em que pese a observação de [Greco Filho](#) de que a função sistemático-interpretativa não esgota o conteúdo material do bem jurídico tutelado²⁶, a definição imprecisa no objeto jurídico de proteção da norma jurídico-penal pode carrear problemas hermenêuticos, abrindo amplo espaço interpretativo, incompatível com os princípios norteadores do Direito Penal da legalidade, em especial de seu corolário da taxatividade.

Retroagindo-se ao conceito origem – “dignidade da pessoa humana” –, é importante que se assente em primeiro lugar que sequer se encontra hoje em dia uma definição precisa sobre o papel jurídico que desempenha no ordenamento, questionando-se sua atuação como princípio²⁷, norma de dupla estrutura²⁸ ou ainda, derivando-se da construção de [Humberto Ávila](#), como postulado normativo ou

26.. GRECO FILHO, Vicente. Tipicidade, bem jurídico e lavagens de valores. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

27.. Assim defende CANOTILHO, *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996. Apud COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade da pessoa humana*. São Paulo: RT, 2008. p. 35.

28.. Nesse sentido, ALEXY, fazendo sua distinção entre princípios e regras, propõe a estruturação da dignidade da pessoa humana com adequação simultânea às duas categorias (*Teoria de los derechos fundamentales*. Apud COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade da pessoa humana*, cit.).

“metanorma”.²⁹ Nesse ponto, já se pode observar quão problemático pode se tornar o aporte do conceito dirigido à figura central do homem, a uma característica inerente ao próprio homem, a qual constitui dele apenas umas das inúmeras facetas.

De efeito, mesmo quando se debruça sobre o estudo da dignidade da pessoa humana, não se consegue delimitar com precisão em que ordem conceitual se situa o titular desse direito à dignidade:³⁰ se na ordem individual, calcando-se em uma ordem patentemente subjetiva, se na ordem coletiva, tomando-se o conceito de pessoa humana como sinônimo de “gênero humano” ou ainda, como propõe [Greco e Rassi](#), nas duas ordens conceituais retroexpostas.

Isso se deve ao próprio uso desmedido e descomprometido do conceito, que, por ter inflado seu conteúdo proteção a “quase tudo”, acaba sendo resumido a “nada”, comprometendo a aplicabilidade e eficácia do próprio princípio (ou postulado). Bem assim, [Neuman](#) nos alerta para o problema na inflação do conceito de dignidade humana e seu uso como fundamento para defesa ou proibição de qualquer coisa.³¹

Contudo, afora os problemas apontados, que já seriam suficientes a condenar o uso do termo “dignidade” na caracterização sistemática do bem jurídico penal protegido nos “delitos sexuais” capitulados no Título VI do Código Penal, não se pode deixar de perceber a notória carga valorativa que se estende por trás do conceito de dignidade humana, a qual nos faz voltar à proteção da moral sexual.

Explique-se. O princípio da dignidade da pessoa humana aporta o significado de que o ser humano é um valor em si mesmo, devendo ser preservado independentemente de características históricas, políticas, sociais, econômicas ou de qualquer outra espécie,

29.. No entender do autor, postulados normativos seriam normas anteriores aos próprios princípios, que orientariam sua construção e aplicação, situando-se, portanto, em um plano superior ao das regras e dos princípios (*Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo. Malheiros, 2003). E calcando-se nessa concepção tripartite das normas jurídicas que Helena Regina Lobo da Costa assenta a possibilidade de se tomar a “dignidade da pessoa humana” como um metaprincípio orientador da aplicação dos princípios constitucionais (COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade da pessoa humana*, cit., p. 38-55).

30.. Sobre as ordens conceituais em que se situaria a dignidade da pessoa humana, Bernard Edelman. A Dignidade da Pessoa Humana, um conceito novo. In: PAVIA, Marie-Luce; REVET, Thierry (Org.). *La dignité de la personne humaine*. Paris: Economica, 1999.

31.. NEUMAN, Ulfried. A dignidade humana como fardo humano – ou como utilizar um direito contra o respectivo titular. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade – Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

havendo-se de impedir a instrumentalização do homem, de modo que jamais perca sua essência de humanidade. Em outras palavras, quando se assenta sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, busca-se evitar que o homem deixe de ser homem; de que lhe sejam retiradas, alteradas ou modificadas suas características inerentes, transformando-o em objeto. Tal formulação não pode ser transposta para o valor da sexualidade.

A sexualidade é uma característica fundamental e inerente à pessoa humana e, como tal, deve ser protegida e tutelada pela esfera penal. Ocorre, entretanto, que a sexualidade jamais poderá ser tomada como um fim em si mesma. Da mesma forma, será impossível tratar da sexualidade humana destituindo-a de suas características histórico-sociais, sob pena se professar a existência de uma sexualidade ideal, a qual certamente se permearia de conteúdo moral e autoritário que jamais poderia atender às condições de uma sociedade pluralista calcada no modelo liberal do Estado.

Ao nosso entender, aceitar a designação “dignidade sexual” serve aos anseios de se fundamentar de maneira ampla qualquer comportamento contrário à moral sexual, sendo certo que a vacuidade do conceito permite que seja preenchido com o conteúdo material de maneira arbitrária, mesmo que seu fundamento encontre-se calcado em uma ordem moral.

Finalizando a discussão com um exemplo, é de ao menos perceber que não soaria estranha a afirmação de que a prostituição ou a homossexualidade sejam comportamentos sexuais “indignos” e, portanto, passíveis de atuação da esfera penal, pois a dignidade, ao lhe ser retirado seu significado desenhado quando da aplicação à “Pessoa Humana”, torna-se letra vazia e passível de utilização ampla, inclusive por interesses meramente morais.

Entendemos que bem melhor seria se o legislador houvesse adotado a definição já defendida na doutrina e aceita pela jurisprudência, antes da reforma de 2009, de crimes contra a liberdade de autodeterminação sexual, a qual, tomada em seus aspectos positivos e negativos de proteção, daria guarida à proteção alçada pelas normas jurídico-penais relativas à matéria em voga.

Sobre esse aspecto, é importante frisar que a liberdade sexual presume, em seu aspecto positivo, a ampla autonomia do corpo e da sexualidade – desde que essa liberdade não influa na liberdade sexual alheia –, a qual não deve sofrer intervenção do Estado ou de terceiros e, pelo contrário, deve ser assegurada.³² Já em seu aspecto negativo, a liberdade sexual pode ser entendida como o direito de

32.. NATSCHERADTZ, Karl. *O direito penal sexual*. p. 139. Apud GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 55.

não ser submetido a qualquer comportamento sexual não desejado, devendo haver a proteção estatal necessária a assegurar que não ocorra esse tipo de imposição. Deve-se destacar ainda a posição mista de Polaino Navarrete, que procura equalizar os modos de proteção à liberdade sexual.³³ Nesse ponto, permitir-nos-emos uma pequena digressão sobre o caráter relacional da proteção à liberdade sexual.

Tendemos a entender que, ao se falar de liberdade, sempre se deve entender que o conceito dependerá da atuação relacional de dois ou mais sujeitos. Assim, tomando-se o conceito *a contrariu sensu*, sempre que falamos em constrição da liberdade, subentendemos a atuação de um sujeito em relação a outro, os quais necessariamente deverão compor uma relação. Um sujeito isolado jamais poderá tolher sua própria liberdade, pois essa ação, por si só, é uma escolha livre.

Sobre outro aspecto, quanto ao exercício da liberdade, deve-se salientar que, em uma relação, o sujeito deve ter a faculdade de fazer ou não fazer o que bem entender, de onde se infere a sua faculdade de participar ou não participar da relação. Assim, a liberdade será constricta sempre que alguém imponha o fazer que não é de sua vontade ou impeça o fazer que é de sua vontade.

De tal modo, a liberdade pode ser exercida de uma maneira ativa e de uma maneira passiva, segundo o modelo estruturado no parágrafo anterior. Tal distinção nos parece ser de suma relevância quando nos debruçamos sobre o tema da liberdade de autodeterminação sexual, a qual se condicionará à observação de ambos os modos do exercício da liberdade.

O problema que deve ser enfrentado pelo Direito e com maior delicadeza pelo Direito Penal é a situação em que a liberdade de fazer de “um” colide com a liberdade de não fazer do “outro”, de modo que, filosoficamente, só uma das pessoas poderá exercer sua liberdade, havendo a constrição da outra.

Partindo-se dessa premissa, sempre se tendo em conta o aspecto relacional da liberdade, que procurará seu substrato, agora sim, na dignidade da pessoa humana, é que o Direito deve impor restrições à liberdade, procurando os comportamentos eticamente justificáveis para que possam ser assegurados e coibindo os comportamentos não justificáveis.

Como exemplo, *a priori*, podemos dizer que a mulher que se nega a ter relações sexuais com determinado sujeito viola a liberdade sexual desse sujeito. Da mesma forma, se mantiver relações sexuais com ele, será a sua liberdade que estará sendo constrição. Para que se resolva esse dilema, deve-se se socorrer aos *standards* éticos aceitos pela sociedade, os quais, na modernidade, já se assentam

33.. Conforme assenta GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*, cit., p. 55.

no sentido de ser inadmissível que a liberdade da mulher (ou do homem) de não se relacionar contra sua vontade sobreleve a liberdade do homem (ou da mulher) de dar vazão a sua libido.

Ressalve-se, entretanto, que o fato de se buscar os valores fundantes da produção normativa na sociedade não implica dizer que quaisquer valores poderão ser tutelados pelo ordenamento jurídico – mormente no que tange à égide da esfera criminal –, o que nos faria aceitar que o Direito poderia se encarregar da proteção da moral.

É nesse sentido que Natscheradetz afirma que “apenas se recorre à ética sexual vigente para determinar as características em termos de relevância que uma ação sexual deve revestir, para que se possa afirmar a sua aptidão geral para provocar nas pessoas uma grave limitação da sua liberdade sexual”.³⁴

Diante de tais considerações, entendemos que melhor escolha teria feito o legislador ao designar o bem jurídico de proteção como a “liberdade de autodeterminação sexual”, a qual, em razão de seu conteúdo hermético e preciso, evitaria os problemas hermenêuticos que podem decorrer do novel e vazio termo “dignidade sexual”, o qual, em função de sua indigitada amplitude, ainda permite a incriminação de condutas morais e dão guarida a formulação de tipos de perigo abstrato.

4.1.2 Bem jurídico tutelado no tipo penal de assédio sexual

Não se deve olvidar ainda que as raízes do instituto remontam ao Direito do Trabalho, que, muito antes da tipificação penal, já reconhecia a existência da prática como razão determinante para o reconhecimento de direitos trabalhistas.³⁵ Logo, não se pode ignorar a íntima relação que o instituto possui com a defesa de tal espécie de direitos.

De outro prisma, conforme já pudemos salientar anteriormente, o despertar do problema circundante ao assédio sexual está intimamente ligado à luta pela igualdade dos sexos. A discriminação sexual, de fato, permeia a conduta do assédio sexual, ao colocar a mulher em situação inferior e valorizada somente por sua sexualidade.

34.. NATSCHERADTZ, Karl. *O direito penal sexual*. p. 139. Apud GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*, cit., p. 56.

35.. Da mesma forma, a esfera cível já reconhecia o assédio sexual como ocasionador do dano moral. Sobre a aplicação dos institutos, anteriormente à tipificação penal de 2001, o artigo de Dárcio Guimarães de Andrade (Assédio sexual no trabalho. *Rev. TRT-3.ª R.*, Belo Horizonte, 28 (58), p. 116-121, jan.-dez. 1998).

Na síntese desses pensamentos, *“el acoso sexual laboral, como se ha hecho notar, aparece íntimamente ligado a la figura de la mujer. Hasta tal punto se estrechan los lazos entre estos dos conceptos que estas conductas son consideradas como actos discriminatorios en relación con el sexo de quien lo sufre (sexo femenino). En este sentido, la tesis más básica implica la consideración del acoso sexual como una expresión de poder y como una reforma de discriminación de un trato desigual por razón de sexo”*.³⁶

Aparentemente, ao tratar do delito objeto de nosso trabalho, parte da doutrina não atentou para a fundamental distinção entre o assédio sexual *quid pro quo* do assédio sexual ambiental. De efeito, no último, prescinde-se até mesmo da violação à liberdade sexual nem mesmo ao inflado conceito de “dignidade sexual”. O dano será psicológico e a sexualidade, enquanto gênero, será um dos elementos ensejadores da agressão. A relação de trabalho também será comprometida nesse tipo de conduta. Por fim, é de notar que possivelmente a honra da pessoa será atingida por meio da conduta.

Nessa linha de ideias, [Luiz Flávio Gomes](#) elenca uma série de bens jurídicos como os objetos de proteção da norma incriminadora do artigo 216-A, introduzido em nosso Código Penal. Para o autor, *“(a) liberdade sexual (ninguém é obrigado a se relacionar sexualmente com outra pessoa sem seu consentimento); (b) honra (sentimento da dignidade pessoal); (c) liberdade no exercício do trabalho; (d) autodeterminação no trabalho; (e) não discriminação no trabalho”*³⁷ são os bens jurídicos tutelados pela conduta.

Para [Dix Silva](#), além da liberdade sexual, honra, vida privada e intimidade estariam sendo defendidas pelo delito em tela.³⁸ Segundo [Cezar Roberto Bitencourt](#), a lesividade da conduta se dirigiria à liberdade sexual, à honra e à dignidade sexual e à dignidade das relações trabalhistas-funcionais.³⁹ No mesmo sentido, [Rogério Sanchez Cunha](#) assenta que *“pode-se dizer que se trata de delito pluriofensivo, pois, além do bem jurídico mencionado, também atinge a liberdade de exercício do trabalho e o*

36.. TÁRREGA, Juan Antonio Altés. *El acoso sexual en el trabajo*, cit., p. 29.

37.. GOMES, Luiz Flávio. Lei do assédio sexual (10.224/01)..., cit.

38.. DIX SILVA, Tadeu Antônio. *Crimes sexuais...*, cit., p. 146-7.

39.. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – Parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 34.

direito de não ser discriminado”.⁴⁰

Com propriedade, [Luiz Regis Prado](#) aduz que a liberdade sexual é o bem jurídico precipuamente tutelado no delito em apreço, ressalvando ainda a proteção reflexa ao direito à intimidade e à dignidade no âmbito das relações de trabalho, ou em relações em que haja situação de ascendência hierárquica.⁴¹

Observamos por essas análises doutrinárias certa confusão entre os bens jurídicos que o legislador intentou proteger, entre os valores precípuos perseguidos pela vedação da conduta e entre os bens jurídicos que o tipo penal específico do art. 216-A do Código Penal efetivamente protege. Desse modo, deixaremos nossa opinião sobre o bem jurídico tutelado para a parte final de nosso trabalho, após a indispensável análise do tipo penal em comento

Não seria mais produtora eliminar estes tópicos subsidiários, tratando da questão do bem jurídico penal no item 4.1?

4.2 Análise da tipicidade do art. 216-A do Código Penal

A redação do texto normativo do artigo em comento foi das maiores infelicidades legislativas, às quais, lamentavelmente, já vamos nos acostumando. De efeito, da maneira como está grafado em nosso Diploma Penal, o delito incrimina uma conduta que passa longe do assédio *quid pro quo* e também não toca o assédio ambiental. Em verdade, a ausência do objeto indireto do verbo nuclear do tipo penal quase inviabiliza sua aplicação.

O verbo nuclear do tipo penal em estudo é constranger. Segundo o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa,⁴² o verbo em apreço pode ter várias definições, das quais três nos interessarão. Quando utilizado na forma transitiva direta, o verbo poderá ter o sentido de “tolher a liberdade a (ou de); subjugar, sujeitar, dominar” ou ainda de “tornar ou ficar embaraçado; envergonhar-se”. Na sua forma bitransitiva, o verbo adquire o sentido de “obrigar (alguém), ger. com ameaças, a fazer o que não quer; forçar; coagir, compelir”.

40.. CUNHA, Rogério Sanches. *Direito penal – Parte especial*. São Paulo: RT, 2009. p. 237.

41.. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, cit., p. 610-611.

42.. HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 813.

A utilização do verbo *constranger* não é novidade na legislação brasileira, e em todos os tipos em que aparece é utilizado em sua forma bitransitiva. Vale dizer, a incriminação é de *constranger* (verbo) alguém (objeto direto) a alguma coisa (objeto indireto). Assim é nos delitos de constrangimento ilegal,⁴³ extorsão,⁴⁴ estupro⁴⁵ e nos delitos contra a organização do trabalho.⁴⁶

Não é dessa maneira que se utiliza o verbo em apreço no delito em comento. O tipo descreve o crime como ***constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função***, não se apontando o objeto indireto da conduta. Assim, ressoa no ar a questão: *constranger alguém a quê?*

Não nos apresentando o texto normativo o objeto indireto da conduta, resta-nos interpretar o tipo penal com o sentido de *tolher a liberdade, subjugar, sujeitar, dominar ou tornar embaraçado, envergonhar*. Amparados no princípio do *favor rei*, e guiados pela

43.. “Art. 146. **Constranger alguém**, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, **a não fazer** o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda.”

44.. “Art. 15. **Constranger alguém**, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, **a fazer, tolerar que se faça ou deixar fazer alguma coisa**.”

45.. “Art. 213. **Constranger alguém**, mediante violência ou grave ameaça, **a ter** conjunção carnal ou **a praticar ou permitir** que com ele se pratique outro ato libidinoso.”

46.. “Art. 197. **Constranger alguém**, mediante violência ou grave ameaça:

I – **a exercer ou não exercer** arte, ofício, profissão ou indústria, ou a trabalhar ou não trabalhar durante certo período ou em determinados dias:

II – **a abrir ou fechar** o seu estabelecimento de trabalho, ou **a participar** de parede ou paralisação de atividade econômica:

Art. 198. **Constranger alguém**, mediante violência ou grave ameaça, a celebrar contrato de trabalho, ou **a não fornecer** a outrem ou não adquirir de outrem matéria-prima ou produto industrial ou agrícola:

Art. 199. **Constranger alguém**, mediante violência ou grave ameaça, **a participar ou deixar de participar** de determinado sindicato ou associação profissional.[]

necessária interpretação restritiva,⁴⁷ só podemos admitir o sentido semântico do tipo penal em estudo como a de tolher a liberdade, subjugar ou dominar, pois não é admissível que o ocasionar de um mero embaraço em uma subordinada sujeite o agente à atuação da instância criminal.

A um, porque de tal forma se deslocaria o foco da incriminação para o sujeito passivo, pois o que embaraça uma pessoa só pode ser auferido pela análise de sua psiquê e varia de pessoa para pessoa. A dois, porque não há qualquer reprovabilidade, em si mesma, em embaraçar uma pessoa, desde que tal embaraço não ofenda sua honra e sua dignidade. Logo, o que nos resta é tomar o verbo em seu sentido de constrição da liberdade.

Portanto, entendemos que a interpretação mais correta para o texto normativo é *interferir (tolher) na liberdade de escolha sexual de alguém, prevalecendo-se de superior hierárquico*. Assim, mediante a proposta ou insinuação chantagística, o superior hierárquico colocará em perigo a autodeterminação sexual da vítima.

Conforme asseveramos no início do trabalho, a vítima, de qualquer forma, será detentora da escolha entre sua autodeterminação sexual ou a retaliação de seu superior. Obviamente, essa situação é inadmissível, de modo que o tipo penal em tela antecipa a proteção ao bem jurídico, para que essa conduta que pode – mas não necessariamente irá – atingir a liberdade de autodeterminação sexual seja penalmente punível em nosso ordenamento.

Delineada a tipicidade objetiva, podemos assentar que a tipicidade subjetiva traduz a intenção e vontade (dolo) de influir na autodeterminação sexual de subalternos, utilizando-se da prerrogativa ou poder advindos da posição hierárquica superior. Por ausência de previsão legal, não cabe a modalidade culposa.

Quanto à consumação, devemos nos filiar à corrente de que o crime em tela é instantâneo, podendo se consumir com apenas uma conduta delituosa. De fato, uma só ação, uma proposta, uma insinuação chantagística pode configurar o delito em tela.

47.. Como fundamento, cite-se trecho da obra de Antonio L. Chaves Camargo (CAMARGO, Antonio Luis Chaves. Tipo Penal e linguagem. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1981. p. 138) “O juiz não pode, arbitrariamente, determinar a modificação do uso da linguagem, mas através de um processo poderá o magistrado tomar conhecimento, procurando entender o sentido das modificações e, principalmente de confrontá-los com os objetivos da lei em vigor, atribuindo um verdadeiro valor aos termos dessa lei, em determinado momento social. Caso haja discricionariedade, conduzirá a uma restrição ou a uma extensão do sentido literal possível para aquela determinada lei. O sentido literal é decisivo para a compreensão contemporânea da linguagem, porque a lei tem um caráter mais duradouro do que a própria evolução social”.

Existe corrente doutrinária que defende a habitualidade da conduta para sua configuração.⁴⁸ Bem assim, porque assediar tem o sentido de perseguir, insistir reiteradamente contra a vontade de uma pessoa. É certo que esse é o sentido precípua do assédio sexual ambiental, mas não reveste a orientação do assédio sexual *quid pro quo*.

Ocorre que, como nota [Cezar Roberto Bitencourt](#),⁴⁹ em vez de optar pela incriminação da conduta de assediar – a qual seria, sim, crime habitual – o legislador optou pela eleição da conduta de constranger.

Deveras, o assédio sexual quedou-se apenas como o *nomen iuris* do tipo penal, sendo certo que a conduta incriminada no delito em voga não é a precípua descrição do verbo assediar.⁵⁰

4.3 O tratamento do assédio sexual em outros países

Com os mesmos problemas enfrentados pela nossa legislação atualmente, a França foi o primeiro país a tutelar penalmente o assédio sexual, chamado *harcèlement sexuel*. Inicialmente, o texto normativo trazia a seguinte definição: “*Le fait de harceler autrui en usant d’odres, de menaces ou de contraires, dans le but d’obtenir des faveurs de nature sexuelle, par une personne abusant de l’autorité que lui confèrent ses fonctions, est puni d’un an d’imprisonnement et de 100 00 F d’amende*”.

Destarte, a alteração legislativa ocorrida em 2002 deixou o tipo ainda mais vago: “*El hecho de acosar a otro con el fin de obtener favores de naturaleza sexual será castigado con un año de prisión y multa de 15.000 euros*”.

É de notar que, no primeiro texto normativo francês, o verbo utilizado “harceler”, que em português significa assediar, denota a habitualidade da conduta, mas não se exhibe como tutela do assédio ambiental. De efeito, o legislador pode optar por deixar de tutelar aquele ato isolado de assédio sexual, que não se segue de perturbação diuturna. Contudo, o elemento chantagístico não se perde nesse tipo penal.

48.. Nesse sentido, MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. Parte especial. São Paulo: Atlas, 2006; e CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. Parte especial. São Paulo: Saraiva, 2004.

49.. O autor lança o manifesto de que “*tratando-se de crime de assédio sexual, seria natural esperar que a conduta de eventual agente desse crime fosse representada pelo verbo assediar, que no idioma pátrio, tem o significado de insistir com insistência*” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal...*, cit., p. 36).

50 É de notar que na modalidade *quid pro quo* o assédio sexual de assédio só leva o nome, pois a conduta pode se aperfeiçoar de uma só vez.

Ao contrário, com a reforma de 2002, o tipo penal francês passa sim a tutelar o mero assédio ambiental. Quando expõe a conduta incriminada como a de “assediar alguém com fim de obter favores de natureza sexual”, descreve a conduta como aquela advinda do galanteio recorrente.

Em Portugal, duas são as condutas assemelhadas ao assédio sexual, as quais se diferenciam substancialmente pelo resultado (ou pela intenção do resultado) das investidas do superior hierárquico, *in verbis*:

“Art. 163.º – 2 – Quem, abusando de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, constranger outra pessoa, por meio de ordem ou ameaça não compreendida no número anterior, a sofrer ou a praticar acto sexual de relevo, consigo ou com outrem, é punido com pena de prisão até 2 anos.

Art. 164.º – 2 – Quem, abusando de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, constranger outra pessoa, por meio de ordem ou ameaça não compreendida no número anterior, a sofrer ou a praticar cópula, coito anal ou coito oral, consigo ou com outrem, é punido com pena de prisão até 3 anos”.

Quanto à legislação lusa, destacamos a característica do crime quanto a seus efeitos, sendo, ao contrário da maioria das legislações, um crime de resultado, pois é parte do tipo penal o “constrangimento a sofrer ou praticar”.

No Código Penal espanhol nota-se a incriminação da conduta de forma muito semelhante à legislação pátria atual. Digno de nota é a definição do tipo de superioridade alçada para a prática da conduta, que embora se mantenha aberta, tal qual em nosso ordenamento, consigna como a advinda de relação trabalhista, docente ou análoga. Transcrevemos:

“Del acoso sexual artículo 184. El que solicitare favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o análoga, con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación, será castigado como autor de acoso sexual con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses”.

Conforme assevera [Azevedo](#), tal como ocorreu no Brasil, a inclusão dos tipos penais assemelhados ao assédio sexual, tanto na Espanha como em Portugal, deveu-se a pressões de classes ligadas aos movimentos feministas e da defesa do Direito do Trabalho. Assim como em nosso país, a inserção dos indigitados tipos penais não passou incólume de críticas por parte da doutrina, que os considerou

tipos penais desnecessários, cuja coibição da conduta já encontrava guarida em outros dispositivos do ordenamento jurídico penal.⁵¹

Na Codificação alemã não se encontra qualquer conduta assemelhada ao assédio sexual. Com efeito, após a segunda metade do século XX, travou-se um intenso debate na Alemanha sobre a tutela da moral pelo Direito, de modo que a incriminação de comportamentos sexuais ainda é vista com delicadeza naquele país.

Da mesma forma, nos Códigos Penais italiano e argentino não observamos a incriminação pelo assédio sexual, sendo a conduta em voga atípica nesses ordenamentos jurídicos. Em outra vertente, segundo nos informa [Tadeu Antônio Dix Silva](#), México, Equador, El Salvador, Honduras e Paraguai são exemplos de nações que optaram pelo tratamento penal da conduta de assédio sexual.

Analisando as condutas incriminadas, com exceção da França, ignorando as pequenas diferenças no texto normativo, percebemos uma congruência quanto à incriminação do assédio sexual em sua modalidade *quid pro quo*. Da mesma forma ocorre nos Estados Unidos, que, nos poucos estados em que se observa a incriminação da conduta, é ela somente nessa modalidade de execução.⁵²

5. Conclusão

A preocupação com o assédio sexual surge na década de 70, nos Estados Unidos da América, intimamente ligada com o fortalecimento dos movimentos feministas na defesa da igualdade de condições de trabalho. Contudo, a notoriedade do problema ocorre somente no início da década de 90, também nos Estados Unidos da América, quando um caso de assédio sexual atinge um candidato à Suprema Corte daquele país.

Por outro lado, assédio sexual não é um conceito unívoco, e seu uso indiscriminado pode carrear grandes problemas na esfera jurídica. De um lado, temos o assédio ambiental, com o qual se preocupavam originalmente os movimentos feministas e de defesa dos direitos do trabalho, o qual tem como característica a discriminação sexual, a importunação contínua, a possibilidade de danos psicológicos e a habitualidade e insistência da conduta. É um *ilícito da relação de trabalho*.

51 AZEVEDO, André Boiani de. *Assédio sexual...*, cit., p. 53-67.

52.. Saliente-se que o *leading case* americano *Williams v. Saxbe* (413 F. Supp. 654 – D.D.C. 1976), de onde surgiu a primeira relevante condenação por assédio sexual, “deu início ao que doutrinariamente se passou a chamar de assédio sexual *quid pro quo*, ou *something for something* (AZEVEDO, André Boiani de. *Assédio sexual...*, cit., p. 40).

De outro lado, desenvolveu-se a incriminação da conduta do assédio sexual *quid pro quo*, caracterizado pela existência de uma relação de poder em que o superior hierárquico requisita de seu subordinado a prática de ato sexual qualquer, em troca de benefícios (ou retaliação em caso de negativa) que podem ser concedidos pelo primeiro ao segundo, em face da relação hierárquica mantida. Assim, é um *ilícito da relação de poder*.

Os ordenamentos jurídicos internacionais que incriminam o assédio sexual fazem-no em sua modalidade chantagística, em que o favor sexual é exigido em contraprestação a algo que o superior hierárquico pode fazer por sua posição sobrelevada. De tal forma, embora surgido no âmbito de ocupação do Direito do Trabalho, o assédio sexual se apartou e se ampliou para englobar relações de poder em geral.

No Brasil, embora padeça de uma redação pouco clara, a norma incriminadora do assédio sexual coíbe a conduta de se *interferir na liberdade de escolha sexual de alguém, prevalecendo-se da posição hierárquica superior*, ou seja, prevalecendo-se de situação que decorre da própria relação de poder existente entre autor e vítima.

Assim, não se limita à mera insinuação ou galanteio, ainda que dirigido por superior a subordinado. Também não é qualquer proposta de beneficiamento (ou não prejudicação) em troca de favorecimento sexual que submeterá o superior às penas do artigo: o benefício concedido deve compor a esfera de poder do agente.

Por fim, podemos responder a questão relativa ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal em análise.

Ressaltamos que a denominação “Crimes contra a Dignidade Sexual” não nos parece adequada, abrindo margem para confusão de conceitos e impondo uma amplitude conceitual que decorre do termo, a qual não se coaduna com o princípio da taxatividade.

De tal sorte, mesmo porque inserido no Capítulo I do Título VI do Código Penal, entenderemos como a precípua proteção do crime em tela a “liberdade de autodeterminação sexual”, restringindo a aplicação do tipo penal às hipóteses em que esse bem jurídico venha a ser lesionado ou corra o risco de ser lesionado.

A estrutura do tipo penal nos permite afirmar que o crime de assédio sexual previsto no art. 216-A é um crime de perigo e não de dano, pois a conduta incriminada nem sempre privará a vítima de sua liberdade sexual, mas certamente e em qualquer hipótese a colocará em risco.

Assim, embora possua um âmbito de proteção irradiante, o delito de assédio sexual não é um delito pluriofensivo, havendo como bem jurídico tutelado tão somente a liberdade de autodeterminação sexual.

Primeiro, porque admitir o contrário seria admitir que, mesmo que haja lesão ou perigo de lesão à liberdade sexual, caso não haja abalo na relação de trabalho ou funcional o delito não estará configurado, por força do princípio da lesividade ou da ofensividade.

Segundo, porque honra, intimidade e vida privada não se observam como objeto de proteção do tipo penal em voga, ressalvado o efeito irradiante do âmbito de proteção da liberdade de autodeterminação sexual alçado pela norma jurídico-penal. A realização da conduta não depende da infração a qualquer dos bens jurídicos apontados.

Finalmente, porque, como pudemos demonstrar, a conduta incriminada no artigo 216-A do Código Penal não mais se insere nas relações de emprego, mas sim nas relações de poder. Embora a coibição da conduta, repise-se, possa exercer um efeito irradiante que refletirá na preservação das relações de trabalho, o escopo de proteção da norma é o de evitar que as relações institucionais de poder interfiram na autodeterminação sexual.

6. Referências bibliográficas

ANDRADE, Dárcio Guimarães de. Assédio sexual no trabalho. *Rev. TRT-3.^a R.*, Belo Horizonte, 28 (58): 109-128, jan.-dez. 1998.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo. Malheiros, 2003.

AZEVEDO, André Boiani de. *Assédio sexual. Aspectos penais*. Curitiba: Juruá, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – Parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. Tipo Penal e linguagem. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1981.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal. Parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. O assédio sexual e o politicamente correto: um caso de importação cultural? *RT*, v. 704. v. 27, n. 150, p. 9-14, nov. 1993

COELHO, Yuri Carneiro. O novo delito de assédio sexual: a necessidade de uma análise crítica em face do direito penal moderno. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 23 set. 2001.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade da pessoa humana*. São Paulo: RT, 2008.

CUNHA, Rogério Sanches. *Direito penal – Parte especial*. São Paulo: RT, 2009.

DE LUCA, Javier A.; CASRIEGO, Júlío López. *Delitos contra la integridad sexual*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

DIX SILVA, Tadeu Antônio. *Crimes sexuais – Reflexões sobre a nova Lei n. 11.106/2005*. Leme: J. H. Mizuno, 2006.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal – Parte geral*. São Paulo: RT, 2010.

ESTRELLA, Oscar Alberto. *De los delitos sexuales*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. Lei do assédio sexual (10.224/01): primeiras notas interpretativas. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 6 jun. 2001.

GONZALES, Elpidio. *Acoso sexual*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. Tipicidade, bem jurídico e lavagens de valores. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

MARQUES, Fabíola. Assédio sexual nas relações de trabalho. *Revista do Advogado*, ano XXV, jun. 2005.

MELO, Mônica de. Assédio sexual: um caso de inconstitucionalidade por omissão. *Revista do Ilanud*, São Paulo, n. 17, 2001.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. Parte especial. São Paulo: Atlas, 2006.

PAVIA, Marie-Luce; REVET, Thierry (Org.). *La dignite de la personne humaine*. Paris: Economica, 1999.

PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Parte especial. São Paulo: RT, 2005.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2010.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROXIN, Claus. *Derecho penal – Parte general*. Munique: Civitas, 1997.

_____. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vegas, 1986.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade – Ensaio de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O assédio sexual como fato criminoso. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 8, n. 89, p. 11, abr. 2000.

TÁRREGA, Juan Antonio Altés. *El acoso sexual en el trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

O crime do século¹

Fernanda Vilardi Caporalini

Bacharelada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Resumo: Este artigo visa discutir a grande importância que tem a mídia sobre os julgamentos de grande repercussão social. O filme intitulado “O crime do século” evidencia como a mídia e a pressão social podem influenciar negativamente em um julgamento de relevo, acabando por desferir um final trágico, não apenas para o acusado, mas para toda a sociedade, posto o esquecimento de princípios básicos do Direito contemporâneo. A cada momento, o filme coloca o espectador diante de um dilema: a busca de uma justiça, de fato, ou uma resposta aparentemente justa e conveniente à sociedade.

Palavras-chave: Influência da Mídia; Tribunal do Júri; Garantias Fundamentais; O Crime do Século.

Abstract: This article aims to discuss the great influence exerted by the media on trials of major social repercussion. The movie titled “The Crime of the Century” shows how media and social pressure can influence negatively an important trial, and ultimately lead to a tragic end, not only for the accused but for the whole society, given that the basic principles of contemporary law are forgotten. At every moment, the movie puts the viewer in a dilemma: finding a fact based justice, or an apparently fair and convenient response to society.

Key words: Media influence; Jury trial; Fundamental guarantees; The Crime of the Century.

Sumário: 1. Síntese do filme; 2. Breve introdução histórica; 3. Conceito de teorias midiáticas; 4. Influência da mídia no tribunal do júri e a liberdade de expressão; 5. Dos direitos violados pela influência da mídia; 6. Caso concreto: o Caso Escola Base; 7. Considerações finais; 8. Referências bibliográficas.

1.... “Crime Of The Century”. Diretor Mark Rydell, EUA, 1996. Produção original HBO. Baseado no livro “The Airman and the Carpenter” de Ludovic Kennedy.

resenha
de filme

resenha
de livro

1. Introdução

O crime do século (no original “Crime Of The Century) é um longa-metragem estadunidense lançado em 1996 e dirigido por Mark Rydell que, apesar de retratar o julgamento de um crime ocorrido na década de 30 naquele país, ainda se mostra bastante atual dada a crescente influência da mídia e do clamor social quanto aos julgamentos de crimes de grande repercussão.

Em 1927 o jovem piloto americano Charles Lindbergh cruzou o Atlântico em um avião monomotor, tornando-se herói nacional por sua bravura. Cinco anos depois do ato heroico que o tornou conhecido, em 1.º de março de 1932, Charles Lindbergh III, filho do herói da aviação, à época com menos de 2 anos de idade, foi sequestrado da mansão da família em Hopewell, Nova Jersey. Este foi o começo daquele que se tornou o julgamento mais comentado daquele século pela nação.

No dia do sequestro, Lindbergh e sua esposa Anne descobriram um bilhete no quarto do filho exigindo um resgate de 50 mil dólares e pegadas de barro no assoalho do cômodo. Nos três dias seguintes não houve qualquer comunicação por parte dos sequestradores, e os investigadores envolvidos não encontraram nenhuma pista sobre o paradeiro do menino. Entretanto, um novo bilhete foi encontrado, exigindo, dessa vez, 70 mil dólares pelo resgate e contendo instruções de onde deixar o dinheiro e de onde estaria o bebê. Entretanto, após várias buscas, os investigadores não conseguiram localizar Charles III.

Mais de dois meses depois, no dia 12 de maio de 1932, um corpo de criança é encontrado em uma mata a sete quilômetros da residência dos Lindbergh, sendo tal cadáver posteriormente identificado como o filho desaparecido do casal.. A causa da morte, narrada logo ao início do filme, se dá quando o sequestrador, ao descer um lance de escadas, não consegue segurar o bebê, o qual escapa de seus braços, chocando sua cabeça contra o parapeito de uma janela. Entretanto, o crime cometido não é o foco principal do filme.

Bruno Richard Hauptmann, interpretado por Stephen Rea, é um imigrante alemão que trabalha como carpinteiro e, de maneira accidental, vê-se envolvido no sequestro da criança Lindbergh, tornando-se repentinamente o personagem principal do drama relatado no filme. O imigrante foi localizado pelos policiais devido às informações repassadas por um frentista de posto de gasolina que, ao receber um certificado-ouro² (espécie de documento com valor financeiro que estava sendo rapidamente retirado de circulação) como forma de pagamento, suspeitou do motorista e anotou a placa de seu carro. A polícia, então, seguiu sua pista.

2....Determinada empresa compra ouro e o deixa em custódia em um banco, o qual, em contrapartida, emite um certificado comprovando o depósito do objeto.

Ao vasculhar a casa do imigrante, os policiais encontram um maço de dinheiro, supostamente do resgate de Lindbergh, já que o valor requerido pelo sequestrador teria sido pago em certificado-ouro. A partir desse momento, o filme passa a retratar a condução do processo pelo Promotor de Justiça David Wilentz, que inicia a investigação corretamente, mas, como mostrado no filme, passa a sucumbir à pressão da mídia e da sociedade, começando, inclusive, a elaborar “armadilhas” para imputar culpa a Hauptmann, que, do início ao fim, jura inocência, afirmando que o dinheiro foi-lhe dado em um embrulho lacrado por seu ex-sócio, Fish, que fugiu e morreu na Alemanha.

É então que fica evidente a manipulação das provas materiais, além da condução das provas testemunhais, que acabam por desenrolar o que seria o erro do século no país, desencadeando a condenação e posterior execução de um inocente. O filme frisa as ameaças por parte dos policiais para que as testemunhas do caso lhes dissessem exatamente aquilo que precisam ouvir para condenar o suspeito.

O julgamento teve cobertura ampla e sensacionalista da mídia – escrita e radiofônica. As principais provas do processo, além do dinheiro encontrado na casa do acusado, eram os depoimentos de peritos que confirmavam que a caligrafia do bilhete de resgate era de Hauptmann, depoimentos manipulados pela atuação da polícia. Portanto, o imigrante foi considerado culpado com base apenas em provas circunstanciais, ou seja, a descoberta de 14 mil dólares (supostamente do resgate), o fato de possuir o número de telefone de John F. Condor (homem que entregou o resgate) e, finalmente, a descoberta de madeira encontrada em sua casa que se assemelhava à utilizada no reparo da escada utilizada para subir até o quarto do pequeno Charles.

Posteriormente se descobriu que a prova considerada mais irrefutável do caso – o número de telefone –, foi escrito por um jornalista após a prisão de Hauptmann e plantado em seu apartamento, conforme confissão obtida em tempo posterior.

Entretanto, as provas e a intensa pressão da opinião pública, influenciada pela mídia, foram suficientes para condenar Hauptmann. Ele foi condenado à pena de morte e eletrocutado em 3 de abril de 1936, na prisão de Trenton, Nova Jersey.

Fica evidente que não se trata de um julgamento, mas de uma escolha arbitrária, uma busca por culpados para acalmar a fúria da sociedade, que, fortemente influenciada pelas mídias, clamava por justiça.

A sessão de interrogatórios conduzida pelo promotor Wilentz assumiu contornos de espetáculo midiático. Ao fim, o julgamento

foi exposto como uma grande farsa, tendo sido movido apenas pelo clamor da opinião pública, deixando de lado o princípio mais importante do Direito Penal: o *in dubio pro reu*, a presunção de inocência do suspeito, conduzindo a um desfecho injusto, culminando em um dos maiores erros jurídicos do século.

2. Breve introdução histórica

Lendo a breve introdução sobre o filme e o episódio conhecido como “o crime do século”, podemos notar que o ocorrido se repete em outros casos de grande repercussão, não sendo uma exclusividade dos Estados Unidos, tendo acontecido em diversos países e em variadas épocas. Torna-se importante considerar a evolução histórica da imprensa, pois, com o passar dos anos, seu crescimento foi tamanho que, atualmente, nos permite transmitir uma informação em tempo real, alcançando pessoas de todo o mundo.

Johannes Gutenberg,³ por volta de 1452, foi o responsável pela invenção de tipos mecânicos móveis para impressão – o que deu início à revolução da imprensa. A partir de seus inventos, surgiram as primeiras impressões sobre a humanidade em gazetas, pasquins, libelos e os primeiros jornais impressos. Mas foi a partir do crescimento industrial dos países que a imprensa evoluiu, pois a sociedade passou a ter uma visão mais política, clamando pela publicidade de atos públicos.

Cumprе salientar que houve um grande impulso da imprensa após a Segunda Revolução Industrial, com a revogação dos impostos sobre o papel, encorajando o crescimento do jornalismo e dos periódicos, que passaram a ser influência do pensamento coletivo e não somente aquele meio que publicava as notícias e acontecimentos. Ainda, foi logo após a Segunda Revolução Industrial que ocorreu a criação do rádio, que viria a revolucionar a comunicação à distância.

A mídia teve uma grande importância nos Estados Unidos na década de 30, pois foi o período em que foi implantado o New Deal, plano de recuperação econômica do país após a quebra da bolsa de Nova Iorque em 1929. Além disso, foi nessa época que começaram a eclodir movimentos totalitários em países da Europa, como Itália – com Mussolini – e Alemanha – com Hitler.

Foi uma década que começou com a Grande Depressão e terminou com a eclosão de uma guerra. Os meios de comunicação social passaram a ser essenciais para manter a população informada sobre os recentes acontecimentos que explodiam por todo o mundo.

3....Johannes Gensfleisch zur Laden zum Gutenberg (1398 – 1468) foi um inventor e gráfico alemão.

Podemos observar como a mídia à época do filme – radiofônica e escrita – pôde mudar os contornos do julgamento de Bruno Richard Hauptmann. Com a crescente evolução das mídias e a criação da televisão e da internet, hoje sabemos dos recentes acontecimentos do globo com mais rapidez. Portanto, é cada vez maior a influência da mídia, à qual somos submetidos diariamente.

Ainda, é importante salientar que a imprensa americana exerce sua função sofrendo pouca influência do governo, pois, apesar de não existir lei de imprensa no país, ainda existem parâmetros jurídicos que balizam o exercício destes direitos. Portanto, a liberdade de expressão é um direito fundamental da população, e todas as demais regras respeitam este princípio, disposto na Primeira Emenda à Constituição norte-americana, *in verbis*: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably, and to petition the government for a redress of grievances”.⁴

3. Conceito de teorias midiáticas

Pode-se resumir Teorias Midiáticas como os estudos que verificam as origens, efeitos e funcionamento da Comunicação Social em seus aspectos sociais, tecnológicos, políticos e cognitivos, podendo englobar também filosofia, psicologia e sociologia, conforme o tipo de abordagem da pesquisa.

Esses estudos podem ser divididos em duas fases: a primeira foca-se nos efeitos das mensagens da mídia sobre os indivíduos e a segunda volta-se para o processo de seleção, produção e divulgação das informações através da mídia⁵.

A primeira fase da teoria midiática afirma que uma mensagem lançada pela mídia é imediatamente aceita e espalhada entre todos os receptores, em igual proporção⁶.

Para compreender essa teoria, é importante entender o conceito de “massa”. De acordo com os estudiosos dessa teoria, a “massa”

4....O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou de proibir seu livre exercício; ou cercear a liberdade de expressão ou de imprensa; ou o direito de o povo reunir pacificamente e dirigir ao governo petições para a reparação de seus agravos.

5.... SERRA, João Paulo. *Manual de Teoria da Comunicação*. 1ª Ed. Covilhã: Labcom, 2007.

6.... WOLF, Mauro. *Teorias da Comunicação*. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

é constituída por um grupo homogêneo de indivíduos, em que todos os seus membros são considerados iguais, mesmo quando advindos de ambientes diferentes, com distinção de natureza social, étnica, etária, sexual e/ou psíquica. É composta por pessoas que não se conhecem, com pouca ou nenhuma possibilidade de exercer influências recíprocas. Esse isolamento do indivíduo na massa é o pré-requisito da primeira fase das teorias midiáticas, pois o indivíduo, não possuindo referenciais da realidade, assimila e se deixa manipular passivamente pelas mensagens divulgadas pela mídia.

Portanto, os principais aspectos dessa primeira fase da Teoria Midiática é que todo membro do público de massa é direta e pessoalmente “contaminado” pela mensagem e, quando “contaminado”, pode ser controlado, manipulado e levado a agir.

Já a segunda fase das Teorias Midiáticas diz que a mídia determina a pauta para a opinião pública ao destacar determinados temas e ofuscar ou ignorar outros. Essa tese explica a correspondência entre a intensidade de cobertura de um fato pela mídia e a relevância desse fato para o público. Ou seja, a imprensa é seletiva ao noticiar os fatos⁷.

Ler sobre as teorias da segunda fase é preocupante, pois nos relata como a imprensa seleciona assuntos que julga relevantes, enquanto omite os demais, influenciando diretamente a formulação de pensamento e opinião do público.

4. Influência da mídia no tribunal do júri e a liberdade de expressão

A mídia consegue estabelecer um senso comum para os fatos, transmitindo a todos a mesma informação. Atua também como mediadora entre o sujeito e a notícia, como colocado nas Teorias Midiáticas. Entretanto, não há como calcular os efeitos colaterais dessa divulgação, já que cada indivíduo responde diferentemente à notícia recebida.

Além disso, nada garante ao público que o que é repassado pela mídia é, de fato, a realidade ou se é uma construção forjada que nos força a receber a mensagem da forma como aquele meio de comunicação deseja que recebamos.

Portanto, quando a imprensa atribui um delito a alguém, permanece a incerteza da culpa. Entretanto, a mídia tende a fazer um julgamento antecipado do sujeito acusado, passando a imagem de alguém culpado pelo delito, desrespeitando princípios básicos do Direito contemporâneo e o impedindo de ser submetido a um julgamento, de fato, justo, já que os jurados entrarão no plenário com uma

7.... WOLF, Mauro. *Teorias da Comunicação*. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

opinião pré-formada, influenciada pelas informações divulgadas pela imprensa.

No entanto, há um risco enorme nesse pré-julgamento feito pela mídia, já que, errando quanto à culpa do acusado, denigre a moral do indivíduo, priva-o do direito ao esquecimento, fere seu direito à presunção de inocência e sua integridade moral, além de, possivelmente, acabar com sua vida dali para frente, já que será estigmatizado por um delito que não cometeu.

Ressalta-se que não se trata de violar o direito da liberdade de imprensa e/ou expressão, mas de termos nítidos os limites dessa liberdade, que deve preservar os direitos dos cidadãos. Trata-se de divulgar com a proteção da imagem dos indivíduos, pautando-se em fontes confiáveis e reais, com informações técnicas, ouvindo-se todos os lados e jamais tendo caráter opinativo, mas apenas informativo.

O perigo maior está no fato de vivermos em uma sociedade seduzida pela desgraça, que busca culpados para linchar e que, em fúria, se esquece das garantias de qualquer cidadão, protegidas pela Constituição, bastando uma palavra da mídia para tornar um suspeito culpado.

Nas palavras de [Arnaldo Malheiros Filho](#): *“Escravos aos leões, enforcamentos em praça pública, autos de fé com gente ardendo na fogueira sempre foram, ao longo da história, campeões de audiência. Nossa sociedade midiática só aprofunda o sucesso das execuções sem julgamento e sem ‘formalidades’ que protejam os direitos individuais”*⁸.

5. Dos direitos violados pela influência da mídia

Não há como negar que, muitas vezes, a condenação imposta pela notícia suplanta a condenação nos ditames constitucionais, muito embora o art. 5.º da nossa Constituição Federal defenda a liberdade de imprensa tanto quanto defende o princípio da proteção da honra e da intimidade da pessoa.

As violações dos direitos fundamentais do cidadão têm início logo na fase de investigação do ilícito, posto que o indivíduo deve ter assegurada pelo Estado sua liberdade e integridade física e moral. Conforme pensamento de Humberto Maia, o *“homem, objeto da investigação inquisitorial protegido pelo Estado, está dentro de um campo de força, uma barreira invisível a ser respeitada por todos que se acercam da inquisição, seja o Estado em sua persecutio criminis, sejam os operadores da mídia ou sejam os curiosos ou mesmo*

8.... Folha de S. Paulo: *Não é função da AMB dar informações ao eleitorado*. Disponível em: . Acesso em: 27 jul. 2013.

os revoltosos”⁹.

Entretanto, o que se vê em muitos casos é um julgamento feito pela mídia, que os transforma em novelas da vida real, havendo forte contaminação da opinião pública de um país inteiro, sendo o julgamento, por fim, realizado pela sociedade, fora do plenário do júri, rasgando do acusado seu direito à honra, à intimidade, à integridade e, principalmente, ao esquecimento.

Além disso, fere-se, sobretudo, o princípio do estado de inocência, posto que, quando um caso de grande repercussão social é amplamente divulgado pela mídia, há um teor negativo em sua vinculação, condenando o acusado, que é privado de um julgamento justo, visto que esse julgamento é feito pela própria população.

Na visão de **Paulo Rangel**, a Constituição Federal declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.¹⁰ Porém, o que se vê em casos noticiados pela mídia passa longe dessa presunção.

De acordo com **Luiz Fernando Pereira Neto**, o princípio da presunção de inocência impõe que o réu seja tratado como inocente, impondo ao juiz que a carga de provas seja obrigatoriamente do acusador, afinal, se o réu é inocente, ele não precisa provar nada. Ainda, “a presunção de inocência atua como limitador, a fim de que o réu seja protegido da publicidade que na maioria das vezes é extremamente abusiva e da estigmatização precoce do acusado”¹¹.

Podemos dizer, portanto, que a presunção de inocência, bem como as garantias constitucionais à imagem, dignidade da pessoa humana e privacidade devem ser utilizadas como limites democráticos à exploração midiática ao processo judicial. O espetáculo midiático deve ser coibido pela eficácia dessas garantias.

Ressalta-se que os princípios e garantias fundamentais amparadas pela Constituição Federal estabelecem a necessidade de proteção

9.... MAIA, Humberto Ibiapina Maia. *A mídia versus o direito de imagem na investigação policial*. Disponível em: www.pgj.ce.gov.br, Acesso em: 27 jul. 2013

10.. RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p.24.

11.. PEREIRA NETO, Luiz Fernando. *O princípio do estado de inocência e a sua violação pela mídia*. Disponível em: Acesso em: 24 jul. 2013.

do acusado aos abusos midiáticos e à estigmatização precoce vinculada nos meios sociais, que se torna uma violação de proporções irreparáveis à pessoa e à moral do réu.

6. Caso Concreto: o Caso Escola Base

Em 1994, duas mães de alunos da Escola Base, localizada no bairro da Aclimação, em São Paulo, dirigiram-se ao 6.º Distrito Policial, no bairro do Cambuci, queixando-se que seus filhos, crianças de 4 anos de idade, haviam sido vítimas de abuso sexual por pais de outras crianças – Saulo e Mara Cristina da França Nunes – e pelos donos da escola – Ayres e Cida, além de sua sócia Paula e o marido Maurício.

Insatisfeitas com o trabalho feito pela polícia, as mães decidiram chamar a Rede Globo, tentando pressionar a polícia a tomar providências para solucionar o caso, com a devida prisão dos culpados. É então que começa, verdadeiramente, o caso Escola Base, com uma sucessão de erros gritantes da imprensa e descaso do delegado responsável, Edélson Lemos.

Houve erros básicos por parte da polícia, como a falta de revista nos locais devidos, coleta do depoimento dos então suspeitos, feitura de exames nas crianças envolvidas no caso e acompanhamento psicológico durante o depoimento delas. O que se viu foi uma credulidade nas denúncias feitas pelas mães e no depoimento de crianças de 4 anos, tomando por verdadeiro tudo que era dito.

A imprensa começou a divulgar as informações repassadas pelo delegado e expostas no inquérito do caso. Entretanto, foi somente no início do caso que a mídia se dignou a transmitir apenas informações oficiais. Com o decorrer dos dias, a imprensa deixou de aguardar por informações divulgadas por meios oficiais e dava por verdadeiras qualquer denúncia feita pelas mães das crianças que frequentavam a escola, transmitindo uma imagem distorcida dos acusados, tomados por culpados e acusados de monstrosidades. Os telespectadores nunca assistiam ou liam uma reportagem equilibrada do caso que desse margem à reflexão.

Nas palavras de [Alex Ribeiro](#), “a imprensa perdia completamente toda preocupação profissional e ética: já não narrava somente o que era apurado pela autoridade policial, mas dava voz a todas as pessoas que quisessem denunciar”¹², além de perder a preocupação com a exatidão das informações publicadas. Portanto, a imprensa não era mais movida pela intenção de narrar, mas por uma compulsão em denunciar o crime.

¹² RIBEIRO, Alex. *Caso Escola Base: os abusos da imprensa*. São Paulo: Ática, 2003.

Os advogados dos acusados agiam mais como assessores de imprensa do que como causídicos, tentando uma aproximação com a mídia para que seus clientes pudessem, enfim, ser ouvidos, buscando uma “absolvição” pelos meios de comunicação. O jornalista Luís Nassif, da TV Bandeirantes, foi o primeiro a se manifestar nesse sentido, dando uma declaração opinativa em defesa dos direitos elementares dos suspeitos:

“(...) Toda a imprensa está há uma semana denunciando donos de escola que presumivelmente teriam cometido abuso sexual contra crianças de quatro anos. Toda a cobertura se funda em opinião da polícia. Está havendo um massacre. Mais que isso, está havendo um linchamento. Se eles forem culpados, não é mais que merecido. E se não forem? (...) Não há nenhuma prova conclusiva contra as pessoas que estão sendo acusadas. Tem-se apenas a opinião de policiais que ganharam notoriedade com denúncias. (...) A imprensa deve às pessoas que estão sendo massacradas, no mínimo, um direito de defesa, de procurar versões fora da polícia”¹³.

Entretanto, apesar de parecer que a imprensa havia aprendido a lição com o caso Escola Base, infelizmente novos problemas surgiram. Posteriormente, ainda houve mais um inocente acusado: Richard, um estrangeiro que se viu repentinamente inserido na discussão.

O caso foi, então, transferido para o delegado Gérson de Carvalho, que finalmente passou a investigá-lo de maneira correta, tentando consertar todas as falhas de seu antecessor. O inquérito foi, finalmente, concluído: os seis investigados eram inocentes.

Contudo, as retratações da imprensa após os erros brutais cometidos não foram suficientes para reparar os danos morais causados aos acusados. Eugênio Bucci, no artigo “Imprensa promoveu guerra santa”¹⁴, afirma que a televisão e os meios de comunicação foram responsáveis diretos pelos estragos, pois potencializaram a reação moralista e glorificaram a condenação precipitada, mobilizando um linchamento moral contra os acusados.

Ainda, disse [Carlos Alberto Di Franco](#), no artigo Assassinato pela mídia: “Mesmo que a imprensa, num formidável esforço de reparação, conseguisse limpar o entulho esparramado pelos corredores da Escola Base, a reputação dos protagonistas já teria sofrido

13.. RIBEIRO, Alex. *Caso Escola Base: os abusos da imprensa*. São Paulo: Ática, 2003.

14.. O Estado de S. Paulo: *Imprensa promoveu guerra santa*. Disponível em: . Acesso em: 28 jul. 2013.

um abalo irreparável. (...) Há uma evidente desproporção entre o impacto da notícia falsa e a pálida força de retificação”¹⁵.

É importante frisar, contudo, que o papel da imprensa não mais se resume a apenas mostrar os dois lados da história, abrindo chance para ambos os lados se manifestarem. Seu dever ultrapassa essa intermediação passiva entre as fontes e o público. Mais do que isso, é função da mídia auxiliar o público na percepção do que é real.

7. Considerações finais

Ao assistir ao filme e verificar os absurdos cometidos pela polícia, promotoria e, principalmente, pela imprensa, observamos que os princípios mais básicos do Direito foram completamente esquecidos, postos de lado, na busca de uma justiça disfarçada, uma justiça para amenizar os clamores da sociedade.

O episódio conhecido como “crime do século” viola direitos humanos básicos, como o direito ao esquecimento, à honra, à integridade física e moral e, principalmente, à presunção de inocência. Um inocente foi crucificado para calar uma mídia furiosa.

Entretanto, apesar de o episódio ter causado repulsa social após ter vindo à tona as ações criminosas e indiscriminadas dos envolvidos no caso, ainda se vê as mesmas atitudes desenfreadas da mídia em casos de grande repercussão social. E, mais do que isso, enxerga-se a população agindo com naturalidade diante da exposição exasperada da mídia.

Quais as diferenças? Por que julgamos episódios passados – como o “crime do século” e o “caso Escola Base” – com asco, enquanto continuamos permitindo atitudes desenfreadas da mídia em casos atuais? Mais: por que ainda permitimos ser manipulados por uma mídia que sabemos não ser completamente imparcial e ética?

Logo no começo do filme, na cena em que Hauptmann está em um parque, com a esposa – grávida – e amigos, ele diz: “*Nunca esqueço o dia em que descí daquele barco. Desci pela prancha, parei na rua Hoboken, New Jersey. Eu chorei. Eu disse: meu Deus, eu lhe agradeço por ter me libertado*”. Hauptmann se mudou para os Estados Unidos em busca de uma vida mais digna e foi vítima de uma injustiça atterradora.

15.. O Estado de S. Paulo: *Assassinato pela Mídia*. Disponível em: . Acesso em: 28 jul. 2013.

Sejamos livres. Sejamos livres de pré-conceitos, de pré-julgamentos, de imagens forjadas e de clamores infundados. Não mais deixemos que a mídia burle nossos pensamentos e julgue sem ter o poder de julgamento. Clamemos por um julgamento, de fato, justo. E não apenas um julgamento social.

6. Referências bibliográficas

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BORNJARDIM, Estela Cristina. *O acusado, sua imagem e a mídia*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

BUCCI, Eugênio. *Sobre ética e imprensa*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Trad. de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 2009.

FONTES JÚNIOR, João Bosco Araujo. *Liberdades e limites na atividade de rádio e televisão: teoria da comunicação social na ordem jurídica brasileira e no direito comparado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos de personalidade*. São Paulo: Atlas, 2008.

MAIA, Humberto Ibiapina Maia. *A mídia versus o direito de imagem na investigação policial*. Disponível em: www.pgj.ce.gov.br, Acesso em: 27 jul. 2013

Melo, Patricia Bandeira de. Um passeio pela História da Imprensa: O espaço público dos grunhidos ao ciberespaço. Disponível em: <http://www.fundaj.gov.br/geral/artigo_passeio_historia_imprensa.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2013.

Pereira Neto, Luiz Fernando. O princípio do estado de inocência e a sua violação pela mídia. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/edicao2/Luiz_Fernando.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2013.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010

RIBEIRO, Alex. *Caso Escola Base: os abusos da imprensa*. São Paulo: Ática, 2003.

SERRA, João Paulo. *Manual de Teoria da Comunicação*. 1ª Ed. Covilhã: Labcom, 2007.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Introdução ao direito penal: criminologia, princípios e cidadania*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

WOLF, Mauro. *Teorias da Comunicação*. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

resenha
de filme

resenha
de livro

El nuevo sistema del Derecho Penal – Una introducción a la doctrina de la Acción Finalista, de Hans Welzel¹⁻²

resenha
de filmeresenha
de livro

Isabele Cristina Hadama Raymundo

Graduanda em Direito na Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Campus Seropédica.
Pesquisadora do Grupo de Pesquisas Ciências Criminais - UFRRJ.

Resumo: Este trabalho tem como escopo expor a teoria de [Hans Welzel](#) contida no livro O novo sistema de direito penal, bem como compará-la a outras teorias por meio da análise das categorias sistemáticas que compõem a Teoria do Delito. Na resenha buscar-se-á confrontar a teoria finalista com o pensamento atual, a fim de indicar inconsistências existentes nesse influente modelo dogmático penal, sem perder, contudo, o norte de caracterizar as contribuições dadas pelo finalismo para o desenvolvimento da Teoria do Delito.

Palavras-chave: Hans Welzel; Finalismo; Teoria da Ação Final; Culpabilidade Normativa.

Abstract: The scope of this work presents Hans Welzel's theory contained in the book "The New Criminal Law System" and compares it to other theories through an analysis of systematic categories that make up the Theory of Crime. In this writing a confrontation is sought between the finalist theory and the contemporary thought, with the purpose of showing inconsistencies in this influential dogmatic criminal model, without losing the focus of defining the finalist contributions towards the development of the Theory of Crime.

Keywords: Hans Welzel; Finalism; Theory of Final Action; Regulatory liability.

Sumário: 1. Introdução – 2. Das estruturas lógico-reais – 3. Do conceito ontológico de ação – 4. Da estrutura da teoria finalista do delito – 5. Considerações finais.

1.... Trad. José Cerezo Mir. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.

2.... Esta resenha integra as atividades da Linha de Pesquisa Ação Penal e Metodologia do Sistema Jurídico-Penal do Grupo de Pesquisas Ciências Criminais da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ liderado pelo Prof. Dr. José Danilo Tavares Lobato.

1. Introdução

A doutrina finalista nasce com o objetivo de superar o positivismo neokantiano. Ganhou repercussão na Alemanha do pós-guerra ao estabelecer limites ontológicos à liberdade do legislador. Ao funcionar como um instrumento de limitação ôntica do arbítrio legislativo no exercício do poder político, a teoria finalista da ação presta-se a servir como obstáculo à ocorrência de abusos teratológicos pelo Estado. [Welzel](#) desenvolveu a doutrina finalista, entre 1930 e 1960, “baseado no método *fenomenológico* de investigação, sustentando a formulação de um conceito pré-jurídico de pressupostos materiais existentes antes da valoração jurídica”.³

[Welzel](#) busca superar o dualismo metodológico neokantiano negando o caráter metodológico subjetivista neokantista. No conceito de ação neokantiano há uma evidente compreensão subjetiva da causalidade.⁴ “*A crítica welzeliana à Filosofia do Direito neokantiana consistia, especialmente, em creditar-lhe a capacidade de incorporar e aprofundar o conceito positivista do Direito, concedendo-lhe sobrevida*”; sua crítica não se centrava no formalismo, relativismo ou historicismo do neokantismo, “*o que, para Welzel, são características que representam, de per se, graves problemas*”.⁵

2. Das estruturas lógico-reais

Na base da teoria finalista da ação estão as estruturas lógico-reais, que são preexistentes ao legislador. Essas pertencem à própria natureza da coisa, ou seja, referem-se à qualidade ontológica do objeto valorado. Qualquer valoração construída pelo legislador está limitada à essência dessas estruturas. A natureza da coisa é denominada “*estrutura lógico-objetiva*”. As “*estruturas lógico-objetivas (sachlogische Strukturen) são estruturas da matéria de regulação jurídica e destacam-se pela lógica concreta (sachlogik), que se orienta diretamente na realidade, objeto de conhecimento*” (tradução livre).⁶

3.... BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal 1: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 238.

4.... LOBATO, José Danilo Tavares. Há espaço para o conceito de ação na teoria do delito do século XXI. *Revista Liberdades*, n. 11, set.-dez. 2012, p. 59.

5.... LOBATO, José Danilo Tavares. Há espaço para o conceito..., cit., p.59.

6.... WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal – Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Buenos Aires: Editorial B de F., 2004, p. 31 (nota de rodapé 2).

A teoria finalista propõe-se a uma epistemologia fundada no “ser”. O legislador escolhe sobre quais elementos fará um juízo de valor, mas está adstrito a respeitar a essência daquilo que valorará. “*O ordenamento jurídico determina por si mesmo quais elementos ontológicos quer valorar e quais consequências jurídicas ser-lhe-ão vinculadas*”⁷ (tradução livre).

O método fenomenológico é utilizado para descobrir as estruturas essenciais do ser. Trabalha-se da seguinte maneira: considera-se fenômeno tudo o que é diretamente dado à consciência e intuitivamente apreendido, assim, a realidade é submetida a uma análise fenomenológica; após esta análise utiliza-se o método axiomático para identificar tais estruturas; por último, essas estruturas são submetidas à valoração jurídica. Seguindo a perspectiva metodológica, constata-se que “*Welzel trabalhou a ação como uma categoria lógico-objetiva ou lógico-real responsável por conceder o substrato empírico do crime. Este substrato empírico serve de base para a incidência das valorações que são próprias da teoria jurídica*”.⁸

3. Do conceito ontológico de ação

Welzel inicia o livro *O novo sistema de direito penal* tratando da estrutura lógico-real que considera mais importante: o conceito ontológico de ação humana, que é conceituada como a atividade humana dirigida a um fim. Apresenta primeiramente essa estrutura, uma vez que ela é base de todo o seu sistema. Segundo **Welzel**, “*a ação humana é o exercício de uma atividade final, desta afirmação podemos inferir que o homem pode, graças ao seu saber causal prévio, dirigir seus diversos atos de modo que oriente o suceder causal externo a um fim*”⁹ (tradução livre).

7.... Idem, ibidem, p. 30: “*El ordenamiento jurídico determina por sí mismo qué elementos ontológicos quiere valorar y vincular a ellos consecuencias jurídicas. Pero no puede modificar los elementos mismos, si los recoge en los tipos. Puede designarlos con palabras, destacar sus caracteres, pero ellos mismos son el elemento individual, material, que constituye la base de toda valoración jurídica posible. Los tipos pueden solo “reflejar” este material ontológico, previamente dado, describirlo lingüística y conceptualmente, pero el contenido de los “reflejos” lingüísticos y conceptuales puede ser solo puesto de relieve mediante una comprensión penetrante de la estructura esencial, ontológica, del elemento material mismo. De ello se deduce para la metodología, que la ciencia del derecho penal tiene que partir siempre, sin duda, del tipo (...) pero tiene que transcender luego el tipo y descender a la esfera ontológica, previamente dada, para comprender también correctamente las valoraciones jurídicas*”.

8.... LOBATO, José Danilo Tavares. Há espaço para o conceito..., cit., p. 55.

9.... WELZEL, Hans. *El nuevo sistema...*, cit., p. 41

A ação é determinada em duas fases: na primeira fase o homem planifica a ação em um processo mental denominado retrocesso (porque o fim já está construído), ou seja, ele escolhe os meios necessários e seleciona os fatores causais essenciais à realização da sua intenção.¹⁰ Após “*a antecipação mental do fim, a seleção dos meios e a consideração dos efeitos concomitantes, o autor leva a cabo sua ação no mundo real*”¹¹ (tradução livre). A partir dessa lógica, podemos inferir que a vontade (consciência do fim) é elemento essencial à realização da ação. Dessa maneira, o legislador está vinculado à estrutura final da ação porque “*as normas do Direito não podem ordenar ou proibir meros processos causais, mas somente atos dirigidos finalmente ou a omissão de tais atos*”¹² (tradução livre). Em contrapartida, “*todos os demais efeitos (concomitantes), que não estavam compreendidos na vontade final de realização, porque o autor não havia pensado neles, ou havia confiado que não seriam produzidos, se realizam de modo puramente causal*”¹³ (tradução livre).

“*Welzel assinalou que sua teoria finalista da ação se destinava a revelar ‘o substrato material’ – pré-jurídico – responsável por ligar o ‘ordenamento jurídico’ aos seus predicados de valor*”.¹⁴ O conceito de ação de **Welzel** permite o intérprete realizar certas valorações a respeito da conduta.¹⁵

Diferentemente da teoria finalista, a teoria causalista considera apenas o aspecto objetivo e se esquece do elemento subjetivo do agente. Contudo, a simples modificação da realidade é insuficiente para formação de um conceito de ação. O elemento subjetivo é um dos requisitos essenciais para a configuração do crime. A ausência do ânimo de agir (finalidade) corresponde a uma falta de sentido na conduta, o que atribui caráter de aleatoriedade à ação e termina por punir ações aleatórias, pondo em risco a responsabilidade penal

10..Idem, ibidem, p. 42.

11..Idem, p. 43.

12..Idem, p. 32.

13..Idem, p. 44.

14.. LOBATO, José Danilo Tavares. Há espaço para o conceito..., cit., p. 55.

15.. Idem, ibidem.

subjetiva.¹⁶ Por essa razão, proferiu-se a conhecida assertiva de que a causalidade é cega enquanto a finalidade é vidente.¹⁷

4. Da estrutura da teoria finalista do delito

Como o Direito Penal serve à regulação de ações humanas por meio de suas normas proibitivas e mandamentais, a descrição do comportamento humano no tipo penal deve visar à completude. O tipo é a fórmula legal que dá vida ao princípio da legalidade, por isso, torna-se importante sua compreensão, não só atual, mas histórica também. [Beling](#) inicia o desenvolvimento do conceito de tipo em 1906 afirmando que o tipo penal não continha nenhum juízo valorativo e estaria livre de todo elemento subjetivo anímico, o que seria uma questão a ser discutida na culpabilidade. Posteriormente, os neokantistas [Fischer](#) e [Mayer](#) foram os responsáveis por apontar que o tipo de injusto poderia depender do psiquismo do autor.¹⁸

Em 1929 [Weber](#) elabora a teoria do tipo misto, analisando que o tipo não é simplesmente uma descrição e conclui que o tipo possui algum juízo de valor. Em 1935 [Alexander Graf Zu Dohna](#) também reforça a importância do tipo misto. Baseado nas considerações de [Weber](#) e [Graf Zu Dohna](#), [Welzel](#) conclui a subjetivação do conceito do tipo: o elemento subjetivo, motivador da realização dos elementos objetivos, é retirado da culpabilidade e transferido para o tipo integrando a dimensão subjetiva do tipo. [Welzel](#) chega a essa conclusão partindo do entendimento de que se o dolo pertence à ação (consciência e vontade para a realização do comportamento), sendo que a ação é um elemento formador do tipo do injusto, logo o dolo teria necessariamente que ser um elemento integrante do tipo penal.¹⁹

16..GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. São Paulo: RT, 2007. v. 1, p. 531: “Por força do princípio da responsabilidade subjetiva não basta que o fato seja materialmente causado pelo agente: para que se possa fazê-lo responsável se requer, ademais, que o fato tenha sido querido (dolo) ou, pelo menos, que tenha sido previsível o resultado (culpa)”.

17..WELZEL, Hans. *El nuevo sistema...*, cit., p. 41.

18..SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal – Parte geral*. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 102.

19..Idem, *ibidem*, p. 102.

“O direito penal deve se preocupar em obter uma descrição objetiva, mais exata possível, da matéria de proibição: tem que ser um direito penal substancial.” Por esse motivo [Welzel](#) percebeu que “somente pela indicação concreta da matéria da proibição é que se satisfazem as exigências do princípio *nulla poena sine lege*”²⁰ (tradução livre).

Cabe salientar que o penalista, autor da obra resenhada, foi o primeiro a conceber o postulado da adequação social. “A teoria da adequação social, formulada por [Welzel](#), exprime o pensamento de que ações realizadas no contexto da ordem social histórica da vida são ações socialmente adequadas – e, portanto, típicas, ainda que correspondam à descrição do tipo legal”.²¹

Ao negar que o tipo compreenda apenas elementos objetivos, [Welzel](#) abre as portas para a subdivisão do tipo penal em tipo objetivo (comportamento exterior – descrito) e tipo subjetivo (consciência e vontade). Como a ação é composta por duas fases, interior e exterior, podemos identificar que o aspecto interior (planificação mental da ação) também deve ser analisado no tipo penal, já que a função do tipo consiste em proibir ações predefinidas em seu âmbito. Assim, [Welzel](#) retira o dolo da culpabilidade e o aloca na tipicidade.

Para a constituição do injusto, além de a conduta ter que corresponder à descrição típica, ela deve ser também contrária ao ordenamento jurídico. A realização do tipo não implica necessariamente sua antijuridicidade. O ordenamento jurídico contém preceitos permissivos que tornam a ação conforme o Direito. Desse modo, a tipicidade, na visão finalista, é *ratio cognoscendi* da antijuridicidade, ou seja, é apenas um indício da antijuridicidade da ação. A antijuridicidade pode ser derrubada mediante a presença de uma causa de justificação. Nos dizeres de [Welzel](#): “A diferença entre as concepções do tipo consiste em que uma identifica a tipicidade e a antijuridicidade e não estabelece entre elas uma relação de razão e consequência”²² (tradução livre). A antijuridicidade é um juízo desvalorativo da conduta típica.²³ A antijuridicidade só é objetiva no sentido de um juízo valorativo real, contudo seu objeto, a ação, é

20.. WELZEL, Hans. *El nuevo sistema...*, cit., p. 70.

21.. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal – Parte geral*, cit., p. 104.

22.. WELZEL, Hans. *El nuevo sistema...*, cit., p. 83-84.

23.. Idem, *ibidem*, p. 75.

uma unidade de elementos objetivos e subjetivos.²⁴

No que toca ao conceito de injusto nos delitos culposos, [Welzel](#) entendia que “o conteúdo decisivo do injusto dos delitos culposos consiste na divergência entre a ação realmente empreendida e a que deveria ter sido realizada em virtude dos cuidados necessários. Dessa divergência advém o desvalor da ação”²⁵ (tradução livre). Ou seja, há uma inobservância do cuidado objetivo ao empreender uma ação. A observância do cuidado objetivo é caracterizada quando, ao empreender uma ação, o indivíduo considera os efeitos da ação planejada descobertos por meio de um de um juízo inteligente.

Por outro lado, [Hans Welzel](#) adota a estrutura tripartida de crime, na qual “a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são os três elementos que convertem a ação em um delito”.²⁶ Esta importante afirmação esclarece a confusão gerada por alguns autores brasileiros, que se dizem finalistas e ao mesmo tempo defendem a estrutura bipartida de crime (fato típico e ilícito) e classificam a culpabilidade como pressuposto de pena. É necessário salientar que nem [Welzel](#) nem os finalistas que o sucederam defenderam essa ideia.

Faz-se necessário ainda traçar algumas considerações acerca da culpabilidade. Dogmaticamente, [Liszt](#) supera a responsabilidade penal objetiva ao elaborar o conceito psicológico de culpabilidade, no qual a culpabilidade é a relação psicológica que vincula o agente ao fato. Esse vínculo psicológico se revelava por meio do dolo ou da culpa.²⁷ [Reinhard Frank](#), a partir da normalidade das circunstâncias, introduz um juízo normativo na culpabilidade e percebe que o núcleo dessa categoria estava na reprovação.²⁸ Apesar de [Frank](#) ter avançado rumo à normatização da culpabilidade, o dolo e a culpa foram mantidos na culpabilidade. Essa postura não foi diferente na doutrina de [Edmund Mezger](#). No entanto, o conceito de culpabilidade da teoria psicológico-normativa foi um passo para a elaboração

24..Idem, p. 76.

25..Idem, p. 111-112.

26..WELZEL, Hans. *El nuevo sistema...*, cit., p. 69.

27..LOBATO, José Danilo Tavares. Da evolução dogmática da culpabilidade. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (Coords.). *Temas de direito penal – Parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 300-302.

28.. Idem, ibidem, p. 303.

da teoria normativa da culpabilidade trazida pelo finalismo welzeliano. [Hans Welzel](#) inova em relação às teorias psicológico-normativas ao finalizar o processo de normatização da culpabilidade. Para chegar a esse resultado, os elementos subjetivos dolo e culpa foram retirados da culpabilidade e descolados para o tipo penal.

Assim, a culpabilidade normativa é formada por imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. A imputabilidade é considerada a aptidão genérica do indivíduo de distinguir o certo e o errado e de agir conforme esta compreensão. Já o conhecimento do injusto se torna potencial na culpabilidade. Esse elemento trata da possibilidade genérica de se conhecer, na visão do leigo, a proibição ou a norma de mandamento, enquanto o conhecimento do real foi transferido junto com o dolo para o tipo penal. Desse fracionamento do conhecimento nasce a distinção do erro de tipo e do erro de proibição. Por último, o elemento da exigibilidade de comportamento conforme o Direito não fugiu, em sua essência, da normalidade das condições proposta por [Frank](#), que, em verdade, era o cerne do juízo de reprovação de sua teoria psicológico-normativa. No entanto, [Lobato](#) ressalva que esse conceito formal de culpabilidade dá margem a que o operador do Direito defina arbitrariamente, de acordo com conteúdos ético-morais, os contornos da culpabilidade.²⁹

Ao iniciar o desenvolvimento de seu modelo de culpabilidade, [Welzel](#) afirma que “*Radbruch fracassou ao construir a culpa de um modo puramente psicológico*”³⁰ (tradução livre). O fracasso refere-se à incoerência de considerar a culpabilidade de um modo puramente psicológico, quando uma de suas modalidades, a culposa, possui caráter normativo. Outro grande problema apontado nessa doutrina está no problema da exculpação. A exculpação ocorre quando, apesar de haver vínculo psicológico entre o autor e o resultado, o ilícito não é culpável, ou seja, desconsiderar a culpabilidade na presença do vínculo psicológico implica uma contradição do próprio sistema.³¹

29.. Sobre essa questão, ver: LOBATO, José Danilo Tavares. Da evolução dogmática... cit., p. 295.

30.. WELZEL, Hans. *El nuevo sistema...*, cit., p. 131.

31.. Idem, ibidem.

Para [Welzel](#), [Dohna](#) foi um dos primeiros a compreender que no juízo de culpabilidade há uma valoração: “*Ele foi o responsável por reduzir o conceito de culpabilidade à valoração do objeto*”³² (tradução livre). A formulação de [Dohna](#) se refletiu na concepção welzeliana na medida em que [Welzel](#) defendeu que a “*culpabilidade é a reprovação da resolução da vontade*” (tradução livre).³³ A culpabilidade é “*uma qualidade valorativa negativa da vontade de ação e não da vontade em si mesma*”³⁴ (tradução livre). “*Um estado anímico pode ser portador de uma culpabilidade maior ou menor, mas não pode ser uma culpabilidade*”³⁵ (tradução livre). A partir dessa perspectiva, [Welzel](#) retira todos os elementos subjetivos da culpabilidade e passa a considerá-los no tipo penal. A culpabilidade se transforma em um juízo de reprovação. “*A culpabilidade concreta (reprovabilidade/censurabilidade) está, pois, constituída por elementos intelectuais e volitivos*”³⁶ somados à imputabilidade.

O conceito material de culpabilidade refere-se ao fundamento de validade e legitimação da culpa. Pode-se dizer que é a representação da ideia-chave da culpabilidade enquanto um dos elementos analíticos do crime – ideia majoritariamente vista no Brasil como poder agir de outro modo. O problema das definições materiais do conceito normativo de culpabilidade está em assumir a liberdade de vontade como fundamento da culpabilidade (conceito material de culpabilidade), o que se torna um problema diante da impossibilidade de se comprovar, concretamente, que o autor poderia ter agido de modo diferente. Para essa comprovação ocorrer seria necessário saber os condicionamentos psicológicos do indivíduo, uma tarefa impossível de ser realizada pelo Direito. Além do mais, ao poder de agir de outro modo é atribuída uma variante abstrata (homem médio), não obstante seu objeto de análise ser um homem concreto, que não é médio.³⁷ Há que se superar o critério do homem médio na verificação do poder agir de outro modo. A análise da culpabilidade deve

32..Idem.

33..Idem, p. 80.

34..Idem, p. 81.

35..Idem, ibidem.

36..Idem, p. 100-101.

37..Sobre a questão, conferir: LOBATO, José Danilo Tavares. Da evolução dogmática... cit., p. 297.

levar em conta o sujeito que cometeu o ilícito. Para possuir livre-arbítrio é necessário que se tenha liberdade de vontade na realização da conduta, o que caracteriza uma ficção, já que não há como comprovar materialmente que o sujeito era psicologicamente livre. Nesse sentido, importa destacar a existência de concepções mais recentes que buscam superar a crença no livre-arbítrio, como, por exemplo, a funcionalista roxiniana. Em Roxin, encontramos um importante crítico da ideia do poder agir de outro modo.³⁸

5. Considerações finais

O finalismo de **Welzel** trouxe avanços para a Teoria do Delito, mas ao mesmo tempo trouxe problemas e desafios. Uma forte crítica aponta o finalismo como produtor de uma falácia naturalista. Essa acusação decorre do fato de que a teoria final da ação pressupõe que o conhecimento das estruturas pré-jurídicas seja capaz de resolver, por si só, os problemas jurídicos: a constatação da realidade levaria, automaticamente, ao dever-ser.³⁹ Critica-se também finalismo por ser constituído de um forte dedutivismo formalista e classificatório⁴⁰.

A partir dessas características, torna-se perceptível uma semelhança do sistema final com o naturalista. Ambos fundamentam o sistema jurídico-penal em categorias ônticas e avaloradas. O grande problema que permeia os dois sistemas está no trato do crime omissivo, posto que nessa figura o autor não possui uma conduta final direcionando qualquer processo causal em direção ao resultado. “*Tanto o injusto culposo como o omissivo são resultados de uma imputação que se processa de acordo com critérios jurídicos.*”⁴¹

Greco afirma que pode ser perigoso basear uma teoria no conceito de ação, assim como fez a teoria finalista. Em sua visão, as excessivas discussões terminológicas desviam o foco da realidade para o plano abstrato e os debates sobre o conceito de ação devem

38.. Sobre a questão, conferir: ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2. ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

39.. GRECO, Luís. Tem futuro o conceito de ação? In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (Coords.). *Temas de direito penal – Parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 161. “*Hoje se sabe, mais do que nunca, não ser possível deduzir de um mero conceito de ação, tido como pré-jurídico, a estrutura de conceitos jurídicos como o tipo. Do contrário, estar-se-ia incorrendo numa falácia naturalista, deduzindo um dever-ser de um mero dado do ser.*”

40.. GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito – Em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 32, 2000. p.126 e p.132.

41.. ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*, cit., p. 80.

ser substituídos por discussões de questões pragmáticas e de problemas práticos que carecem de soluções.⁴² Em outro sentido, Lobato, que diverge dessa posição e sustenta a necessidade de que se conheça e se predetermine o conteúdo de uma categoria fundamental e relacional como é a ação.⁴³ Assim, destaca que o conceito de ação cumpre um papel fundamental na Teoria do Delito e que deve ser estabelecido um conteúdo minimamente consensual capaz de afastar qualquer tipo de manipulação arbitrária desse conceito. Por esse motivo, defende uma explícita definição dos limites do conceito de ação; em outros termos, com o conteúdo previamente determinado afasta-se qualquer tipo de modificação conceitual decorrente da detenção do poder, evitando-se, portanto, a quebra do Estado Democrático de Direito.⁴⁴

Apesar das críticas recebidas, devemos considerar que a doutrina defendida por Welzel trouxe mudanças radicais na metodologia do Direito Penal. Essas mudanças influenciaram inúmeras construções dogmáticas da Teoria do Delito e, inclusive, continuam influenciando, mesmo nas formulações que não são de cunho final.⁴⁵ A metodologia da Teoria do Delito proposta por Welzel permanece viva. Apesar de a teoria de Welzel ter falhas e incapacidades, devemos reconhecer seus méritos e feitos para o desenvolvimento da Ciência do Direito Penal.

Referências Bibliográficas:

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal 1: parte geral*. 9ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. São Paulo: RT, 2007. v. 1.

42.. GRECO, Luís. Tem futuro o conceito de ação?, cit., p. 156: “Para nós interessa sobretudo observar que o declínio do conceito de ação coincide, historicamente, com a ascensão da perspectiva pragmática. Pois a verdade é que a partir do momento em que o mais importante são os problemas práticos, a aplicação do direito, a solução de casos do dia a dia dos tribunais, decresce o interesse em torno de meras definições como a de o que se deve entender por ação. Nada mais natural que a virada pragmática implique a perda da majestade do conceito de ação”.

43.. LOBATO, José Danilo Tavares. Há espaço para o conceito..., cit., p. 64-65.

44.. Idem, ibidem, p. 66.

45.. Idem, p. 55.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito – Em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 32, XXX 2000.

_____. Tem futuro o conceito de ação? In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (Coords.). *Temas de direito penal* – Parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

LOBATO, José Danilo Tavares. Da evolução dogmática da culpabilidade. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (Coords.). *Temas de direito penal* – Parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Há espaço para o conceito de ação na teoria do delito do século XXI. *Revista Liberdades*, n. 11, set.-dez. 2012.

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

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal* – Parte geral. 4ª. Ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal* – Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Buenos Aires: Editorial B de F., 2004.

resenha
de filmeresenha
de livro