

Resenha ao livro *Manual de Compliance Penal en España*, de Rafael Aguilera Gordillo. Navarra: Thomson Reuters, 2020.

Artur de Brito Gueiros Souza¹

1. Introdução

No atual estágio evolutivo do Direito Penal Econômico e Empresarial já não se discute o “se” a corporação deve ser penalmente sancionada pela infração cometida no curso de suas atividades, mas o “como” deve ser. Sobre isso, apresentam-se três grandes modelos de atribuição de responsabilidade penal ao ente moral: (1) responsabilidade pela própria desorganização empresarial ou modelo de autorresponsabilização; (2) responsabilidade pelo fato praticado por um indivíduo integrante da organização ou modelo de heterorresponsabilização; e (3) modelos híbridos, mistos ou ecléticos.¹

Em termos gerais, o modelo da autorresponsabilização conta com a maior dileção por parte dos doutrinadores, não somente pela influência de grandes nomes das ciências criminais – como, v.g., o Prof. Klaus Tiedemann² –, mas, também, porque os seus postulados parecem melhor harmonizar com o funcionalismo penal e com as políticas de compliance que se difundem no âmbito corporativo. No entanto, da análise das disposições legais dos países que tratam da responsabilidade penal da pessoa jurídica (doravante RPPJ), evidencia-se a opção pelo modelo de heterorresponsabilização, pois em geral são feitas referências às condutas ou decisões de “pessoas qualificadas” (dirigentes) ou mesmo de funcionários de escalão inferior, quando atuem em nome ou benefício do ente moral. E, na busca de soluções de consenso,

¹ Professor Titular de Direito Penal da UERJ; Coordenador Acadêmico do CPJM; Procurador Regional da República na 2ª Região.

¹ Cf. ROCHA, Fernando A. N. Galvão. *Teoria do Crime da Pessoa Jurídica. Proposta de alteração do PLS n. 236/12*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020, p. 22. Sobre o assunto: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Direito Penal Empresarial: Critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance*. São Paulo: LiberArs, 2021, p. 209.

² TIEDEMANN, Klaus. *Derecho Penal Económico. Introducción y Parte General*. Trad. Abanto Vázquez et al. Lima: Grijley, 2009, p. 232 e segs.

edificam-se, cada vez mais, na Doutrina, na Jurisprudência e na Lei em sentido amplo – o que também abarca as normativas e memorandos dos órgãos de persecução penal – modelos intermediários que se valem de aspectos dos dois anteriores.³

É nesse espectro de discussão e proposições que vem a baila a instigante obra *Manual de Compliance Penal en España*, escrita por Rafael Aguilera Gordillo. Sobretudo, porque se propõe – de forma original, creio eu – a discorrer sobre o que se denomina de *modelo antrópico de responsabilidade penal corporativa*, em contraposição ao conhecido *modelo antropomórfico* (ou construtivista) difundido, no Direito Penal Econômico, por Carlos Gomez-Jara Díez, Günther Heine e outros doutrinadores.⁴

A ideia central da obra resenhada é a assertiva de que são as pessoas físicas as únicas com capacidade para a realização de comportamentos típicos e antijurídicos, ainda que o juízo de culpabilidade possa ser feito não somente contra elas, como também contra os entes morais.

2. Morfologia da obra resenhada

O *Manual de Compliance Penal* está estruturado em quatro partes, contendo, no total, cinco capítulos: (1) Correntes doutrinárias de atribuição de responsabilidade penal ao ente corporativo; (2) Noções preliminares e fundamentos do compliance; (3) Propostas para a fundamentação e análise científica da responsabilidade corporativa e do compliance; (4) Regime de responsabilidade penal das pessoas jurídicas no Código Penal espanhol; e (5) Os modelos de organização e gestão ou programas de compliance.

Da perspectiva topográfica, constata-se que o Autor inicia suas reflexões criticando os fundamentos sociológicos que deram sustentação à construção do modelo de autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica. Depois disso, socorre-se não somente do atual estágio evolutivo da Sociologia, mas, igualmente, de outros saberes científicos. Na sequência, elabora-se proposta para a responsabilidade penal corporativa, por intermédio daquilo que se denomina de “novo institucionalismo” (teoria dos jogos, modernas tecnologias, inteligência

³ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Direito Penal Empresarial...*, cit., p. 210.

⁴ Cf. GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial*. In Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas. _____. (Dir.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. Do mesmo: *La culpabilidad penal (propia) de la persona jurídica: reto para la teoría necesidad para la práctica*. In La teoría del delito en la práctica penal económica. SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María; MIRÓ LLINARES, Fernando (Dir.). Madrid: La Ley, 2013. HEINE, Günther. *Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originaria de la empresa*. In Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas. GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Dir.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

artificial e *big data*), no escopo de dar sustentação ao citado modelo antrópico. Na parte propriamente normativa, procede-se à interpretação dos chamados “atos de conexão” (*hechos de conexión*) existentes entre a conduta do agente individual e a punição da pessoa jurídica. Por fim, por intermédio de uma abordagem prática, discorre-se sobre a identificação das atividades que podem gerar delitos a serem prevenidos, o processo de formação de vontade e tomada de decisões no ente moral, a gestão dos recursos financeiros destinados a fiscalização por parte do compliance, o funcionamento dos canais de denúncia, a proteção dos *whistleblowers*, investigações corporativas e o sistema interno de aplicação de sanções disciplinares.

Com relação às fontes bibliográficas, há, naturalmente, a forte presença da doutrina espanhola – seguramente uma das mais consistentes, nos dias de hoje, a respeito do Direito Penal Econômico e do *criminal compliance*. Contudo, pode-se também observar a influência de autores do âmbito científico anglo-saxão. Cite-se, por ex., os trabalhos de Colin Mayer: (1) *Firm Commitment: Why the corporation is failing us and how to restore trust in it*; e (2) *Prosperity: Better business makes the greater good* – ambos editados pela *Oxford University Press*.

3. Crítica à teoria dos sistemas de Luhmann

De acordo com o livro, o substrato ideológico do sistema da autorresponsabilidade da pessoa jurídica (responsabilidade da própria organização), proviria da corrente sociológica que toma as organizações como entes com plena autonomia decisória e concreta aptidão para se auto-organizar. Por essa vertente, faz-se possível atribuir à pessoa coletiva a punição por um fato emanado da própria organização. Importaria dizer que, caso venha a ocorrer um ilícito no seu interior, derivado de um *defeito organizativo*, a imposição de sanção penal à empresa se legitimaria plenamente.⁵

Como se sabe, essa construção é fruto da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, que objetivou incorporar, na Sociologia, os postulados da teoria da autopoieses, desenvolvida, na Biologia, por Maturana e Varela. Como escrito alhures, *autopoieses* significa a autonomia e a constância de uma dada organização das relações entre as unidades constitutivas de um sistema, organização esta que é autorreferencial, autorreprodutiva e reflexiva. Luhmann valeu-se do modelo autopoietico para afirmar que autorreferência e clausura sistêmica seriam princípios

⁵ AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Manual de Compliance Penal em España*. Navarra: Thomson Reuters, 2020, p. 49.

aplicáveis não somente à Biologia, mas também aos sistemas sociais, como, p. ex., ao Direito, desvinculando-o do ontologismo e fixando seu “ponto arquimédico” no funcionalismo.⁶

Todavia, o Autor da presente obra ressalta que a teoria dos sistemas não foi a única destinada a explicar o comportamento organizacional, mencionando-se, dentre outras, a *teoria do individualismo metodológico* de Max Weber. Segundo ele, analisa-se a relação sujeito e sociedade por uma perspectiva antrópica que, diferentemente do postulado sistêmico, toma o indivíduo como o único com capacidade de tomar decisões dentro ou fora do contexto coletivo. Consequentemente – na linha expositiva de Weber – o papel das pessoas naturais se apresentaria como fundamental no momento de estudar os fenômenos que ocorrem no ambiente organizativo. Nesse aspecto, parte-se da constatação de que é a “ação social” individual que cria os sistemas sociais (família, empresa, Estado, Mercado etc.), não tendo o sistema organizado capacidade explicativa por si mesmo, isto é, sem levar em conta que se trata do produto da interação de diversos atores individuais. Sendo assim, o modelo weberiano parte da premissa de que é a pessoa física, como um ser estratégico, que possui a aptidão para dar as “cartas” e de tomar as “decisões” no ambiente coletivo, no escopo de se atingir certos fins sociais.⁷

Além dessa, o livro apresenta outras teorias destinadas a também analisar o ente corporativo e o processo decisório que se dá no seu interior, sendo certo que – segundo o Autor – existiriam mais de *vinte* correntes sociológicas sobre o assunto. É certo que boa parte dessas diversas teorias foram elaboradas em um contexto de superação do funcionalismo sistêmico de Luhmann, de sorte que ele não seria mais utilizado pela Sociologia contemporânea. São mencionadas, dentre outras, as teorias desenvolvidas pelos seguintes autores: Talcott Parsons, Pierre Bourdieu, Jürgen Habermas, Charles Wright Mills, Harold Garfinkel, Friedrich Hayek, Daniel Kahneman e Gary Becker.⁸

Diante dessa leitura holística, o Autor considera “falaz” e “pouco realista” a concepção da organização como um sistema autopoietico, isto é, um modelo que nega relevância ao

⁶ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. *Direito Penal. Volume Único*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 122. Nessa linha: “O Direito determina, ele próprio, quais os pressupostos da relevância jurídica de um fato, da validade jurídica de uma norma etc. O sistema jurídico apenas se torna autorreprodutivo *stricto sensu* quando os seus componentes autorreferencialmente constituídos se encontram de tal modo interligados e articulados que atos e normas jurídicas se produzem reciprocamente entre si.” (TEUBNER, Günther. *O direito como sistema autopoietico*. Trad. Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993, p. 71).

⁷ AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Op. cit.*, p. 50 e segs.

⁸ AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Op. cit.*, p. 62 e segs.

indivíduo, seja de forma isolada ou em conjunto com outros. Seria – no seu entender – muito “criticável” supor, como o faz a teoria dos sistemas, que a conduta do indivíduo estaria totalmente submetida à função autônoma de uma organização, abstraindo-se as interações humanas, as motivações e as finalidades das pessoas, inerentes que são à tomada de decisão no interior da organização. Aguilera Gordillo ilustra seu raciocínio relatando que, em uma empresa, seria “idílico” defender que todos os indivíduos que desempenhem uma função seriam “permutáveis” ou que atuariam “plenamente submetidos” às normas e interesses da própria companhia. Na verdade, isso amputaria do processo de compreensão da tomada de decisão corporativa as faculdades imanentes à própria condição humana. É o que se verifica, por ex., com o carisma, a capacidade de liderança, a origem socioeconômica, a formação educacional, as ambições pessoais, os laços emocionais de afeto ou inimizade, ou seja, o conjunto de características e qualidades que fazem com que as decisões humanas realmente se guiem por estratégias e finalidades que não estão necessariamente submetidas às orientações ou restrições “impostas” por um sistema social organizado.⁹

Sendo assim – segundo consta no livro resenhado –, Luhmann teria se ocupado do estudo das organizações, tratando de “simplificar” e “reduzir” a evidente complexidade desse objeto. Por esse motivo, a notoriedade que, no passado, recebeu a teoria dos sistemas residiu justamente na simplificação da ideia de considerar a organização como um “ser vivo” que se auto-organiza; que se desenvolve e, eventualmente, se expande, de maneira apartada das ações dos indivíduos. Essa simplicidade da teoria dos sistemas teria “cativado” setores de outras ciências – inclusive parcela dos doutrinadores do Direito Penal –, que assimilaram rapidamente, sem maiores questionamentos, as suas premissas. No entanto – para o Autor –, a realidade do que ocorre no interior das pessoas jurídicas é muito mais “complexa”, exigindo, assim, a elaboração de teorias menos “simplistas” e “pitorescas” para a sua compreensão.¹⁰

⁹ AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Op. cit.*, p. 59. Vale a pena registrar a observação de Aguilera Gordillo no sentido de que a visão sistêmica de Luhmann não seria capaz de explicar aquilo que se conhece como consequências “não intencionais” ou “não queridas” da ação. Explica-se: uma organização pode estabelecer um conjunto de normas para determinar um conjunto de ação por parte dos indivíduos que a integram, mas, na prática, a iniciativa pode gerar efeito contrário ao almejado. Assim, o Governo pode subir os impostos para aumentar a arrecadação tributária, mas isso pode causar o indesejado efeito de incrementar a evasão fiscal. Uma empresa pode estabelecer regras rigorosas de cumprimento de horário com objetivo de aumentar a produtividade, mas isso pode gerar desânimo ou desincentivo entre os empregados, causando o efeito contrário. O exemplo mais conhecido desse fenômeno – como bem lembrado pelo Autor – é a célebre metáfora da “mão invisível” de Adam Smith, por intermédio da qual as ações individuais das pessoas na interação no Mercado, na busca de seus interesses pessoais, acarretam o efeito de gerar benefícios econômicos para a coletividade. (*Idem*, p. 60).

¹⁰ AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Op. cit.*, p. 73.

4. Crítica ao modelo da autorresponsabilidade penal

Depois de apresentar objeções à teoria dos sistemas, a obra se dedica a refutar a construção dogmática da atribuição de RPPJ derivada do defeito de organização, também conhecida como teoria da autorresponsabilidade penal corporativa. Segundo ela, por intermédio do funcionalismo decorrente da teoria dos sistemas, toma-se a empresa como uma organização autopoietica que se administra e se organiza por si mesma. Para esse postulado, da mesma forma que a pessoa natural é um ser autônomo e livre, capaz de conhecer e dirigir seus próprios atos – condição necessária para o juízo de responsabilidade penal individual –, as empresas ostentariam, de modo análogo, atributos de autorreferencialidade que fundamentariam a sua responsabilidade por um defeito de organização.¹¹

De acordo com Aguilera Gordillo, a primeira crítica a essa construção é que ela seria *tautológica*. Com efeito, ainda que seja certo que as empresas dão normas a si mesmas e, nesse sentido, essas normas seriam “autorreferenciais”, isso, por si só, não explica “como” elas funcionam, tampouco explica em que medida são observadas as relações entre os indivíduos e essas normas ou, ainda, como elas se relacionam com outras normas (legais, sociais ou morais). Ademais, não é correto dizer que uma organização (empresa) imponha a si própria todas as normas, pois, em sua maioria, elas provêm do exterior, como ocorre com as normas legais imperativas que as empresas têm que acatar (*compliance requirements*), em contraposição às normas voluntárias de conformidade adotadas pelo ente moral (*compliance commitments*).¹²

Seja como for, a corrente jurídico-penal derivada do postulado sistêmico defende que a pessoa jurídica deve ser penalmente responsável diante da constatação da inexistência de uma “atmosfera” proclive a impedir a comissão de condutas delitivas. Diversamente, quando uma empresa, por si mesma, orienta suas políticas e decisões a fim de estabelecer uma cultura organizativa tendente ao respeito pelas normas, à prevenção e controle dos riscos – quer dizer, promove uma cultura de conformidade –, ela estaria atuando de maneira não reprovável do ponto de vista penal. Contra esse argumento, Aguilera Gordillo observa ser insustentável a construção de tal “atmosfera respeitosa” ignorando-se as ações individuais. As empresas não têm as qualidades das pessoas naturais, razão pela qual seria muito difícil sustentar que elas possuiriam os atributos da culpabilidade por fato próprio. Nesse sentido, seria “insólito”

¹¹ AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Op. cit.*, p. 74.

¹² AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Op. cit.*, p. 75.

pretender analisar o grau de discernimento ou maturidade do ente moral, para determinar a sua imputabilidade, através de critérios como tamanho, número de trabalhadores, setor onde atua ou o organograma da firma.¹³

Segundo o Autor, com o objetivo de superar esses obstáculos, fez-se necessário que o modelo de autorresponsabilidade de base sistêmica efetuassem uma “maquiagem” teórica, valendo-se da categoria da *equivalência funcional* (antropomorfologia). Nessa senda, elaborasse um “paralelo” entre a culpabilidade individual e uma (hipotética) culpabilidade empresarial. Assim, a reprovabilidade da pessoa jurídica se assentaria em três pressupostos: (1) o paradigma da organização empresarial como um ente que deve desempenhar o papel de boa cidadã, demonstrando respeito às normas; (2) o paradigma da relação igualitária entre as empresas, devendo, como denominador comum, todas demonstrarem respeito às leis, vale dizer, elas devem atuar no contexto da livre concorrência dentro dos parâmetros da legalidade (*neminem laedere* empresarial); e (3) o paradigma da aptidão empresarial para influir nos assuntos da ágora, tais como políticas públicas, processo de elaboração legislativa, realização de campanhas publicitárias de responsabilidade social corporativa (*corporate free speech*).¹⁴

Consoante o livro, a verdade é que esses paradigmas são desempenhados pelos *indivíduos* que integram as corporações. Para Aguilera Gordillo, são as pessoas que decidem – individualmente ou de maneira colegiada – sobre a implementação de modelos de governança corporativa ou de programas de compliance. Ou seja, são as pessoas físicas que têm capacidade real de executar ou evitar o conteúdo abstrato dos discursos societários, pois são elas que decidem, votam e executam as pautas e procedimentos da empresa – que poderão ter ou não relevância penal – e, acima de tudo, são os indivíduos que ostentam e fazem valer os seus direitos políticos fundamentais na condição de cidadãos.¹⁵

Seguindo-se nessa direção, o “último prego no caixão” da inadequação da teoria da autorresponsabilidade penal empresarial residiria, justamente, na figura do oficial de compliance (*compliance officer*). Dito de outra forma, se um indivíduo detém papel tão relevante na organização – e se lhe é conferida a real capacidade para intervir e influir em matéria de cumprimento normativo –, fomentando, o poder público, que as pessoas jurídicas incorporem tal figura, Aguilera Gordillo considera que isso evidenciaria a própria concepção

¹³ AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Op. cit.*, p. 77.

¹⁴ AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Op. cit.*, p. 77-80.

¹⁵ AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Op. cit.*, p. 80.

do indivíduo (no caso, o oficial de conformidade) com autêntica capacidade decisória ou, em todo caso, com influência real e correccional sobre o ente moral.¹⁶

5. O modelo antrópico de responsabilidade penal

Como examinado até aqui, a obra sob comento sustenta que a responsabilidade penal por fato próprio da pessoa jurídica não seria dogmaticamente convincente, tampouco ajustada à complexa realidade do que ocorre no interior das corporações. Rechaça-se, pois, o modelo da autorresponsabilidade. Em seu lugar, partindo da perspectiva da heterorresponsabilidade, erige-se a proposta eclética do *modelo antrópico*. Para tal desiderato, respeita-se o fato de que somente as pessoas físicas é que possuem a real capacidade de decidir e de realizar uma conduta penalmente relevante. Com esse fundamento, considera-se que só o indivíduo realiza a conduta típica e antijurídica, sendo que somente haverá que falar de culpabilidade da pessoa jurídica quando verificado o requisito normativo do “ato de conexão”. Como se pode observar, defende-se que a RPPJ depende do atuar do indivíduo no interior da companhia, ainda quando este não venha a ser identificado no caso concreto.

E o que seria esse ato de conexão? Segundo o livro, a *raison d'être* dessa categoria está em que a punição de uma empresa decorre das ações feitas no mundo real pelas pessoas físicas a ela vinculadas. A conduta do indivíduo e a responsabilidade da pessoa jurídica estão indissolúvelmente vinculadas, pois esta não pode se dar sem aquela. Depreende-se, assim, que o ato de conexão vem a ser o comportamento delitivo da pessoa física praticado em nome e benefício da pessoa jurídica.¹⁷

Nesse particular, reitera-se que apesar da proximidade com a heterorresponsabilização, o modelo proposto por Aguilera Gordillo é de natureza *híbrida*, tendo em vista que a análise do processo de tomada de decisão no âmbito corporativo não se dá mesma forma verificada no puro (automático) modelo vicarial. Nesse sentido, alude-se a existência das “influências” e “constrições” existentes no interior da pessoa jurídica como destinatária das normas penais. Por outras palavras, cuida-se de modelo eclético de responsabilidade penal porque procura dar respostas eficazes à toda a problemática inerentes às organizações, mas que não ignora que o fato delitivo é materialmente protagonizado pelas pessoas físicas.¹⁸

¹⁶ AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Op. cit.*, p. 81.

¹⁷ AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Op. cit.*, p. 94.

¹⁸ AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Op. cit.*, p. 95.

A referência a influências e constrações se conecta aos programas de compliance, pois estes lhes dão o tom e a intensidade. No postulado antrópico de Aguilera Gordillo, apesar de não gozar de autonomia própria – não é autopoietica! –, a pessoa jurídica é composta por um “emaranhado” de constrações e influências surgidas, decididas e aplicadas pelos indivíduos que estão no seu seio. Sendo assim, não obstante somente existir conduta típica e antijurídica por parte dos indivíduos, a reprovabilidade penal do ente moral ocorre em virtude do seu *vínculo* com as pessoas que a integram; como resultado de uma análise das constrações e procedimentos que estruturam o ente corporativo.¹⁹

Em termos práticos, diante da comissão delitiva por parte de um indivíduo, caso se observe a ausência (ou insuficiência) de constrações e influências tendentes a impedir a ocorrência de infrações corporativas (por ex., a deficiência de um programas de compliance para a prevenção de ilícitos ou a existência de atitudes permissivas com condutas ilícitas), se detecta um déficit organizativo, aspecto implícito ao ato de conexão – ou ao “ato vinculante” nas palavras de Tiedemann²⁰ –, o que conduz a atribuição de responsabilidade penal do ente moral, desde que presentes os demais pressupostos legais.²¹

Por esse viés, se incorporam conceitos que permitem analisar a lógica do processo de tomada de decisão no contexto corporativo, aferindo de que forma ela é afetada pelas influências e constrações. Isso auxilia não apenas à fundamentação da RPPJ, como também à elaboração de melhores estratégias de prevenção dos delitos empresariais (desenvolvimento do compliance). De toda sorte, considera-se relevante a proposição antrópica contida na obra resenhada, não só pelos seus pressupostos teóricos – e pela qualidade da elaboração científica por parte do Autor –, mas, igualmente, pelo fomento ao estabelecimento e aprimoramento de uma cultura de compliance empresarial.

6. Modelo antrópico e a teoria do crime da pessoa jurídica

O modelo advogado no Manual ora resenhado estabelece um modelo eclético, pois analisa o comportamento humano levando em consideração aspectos como a correlação entre os indivíduos, ou grupo de indivíduos, assim como a própria influência das organizações. Todavia, respeita-se a tradição secular da dogmática penal acerca da consideração da pessoa

¹⁹ AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Op. cit.*, p. 96.

²⁰ TIEDEMANN, Klaus. *Op. cit.*, p. 233.

²¹ AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Op. cit.*, p. 96.

natural como a única “titular” da conduta típica e antijurídica. Nesse figurino híbrido, a RPPJ se explica e se justifica ao tomar o ente moral como um contexto de influências e constrações onde os próprios indivíduos tomam decisões e adotam comportamentos no plano coletivo.²²

Por esse viés, caso ocorra um déficit organizativo, materializado no ato de conexão, fundamenta-se a RPPJ. Em sentido inverso, caso se observe que foram implementados, na organização, constrações e procedimentos claramente dirigidos a impedir a ocorrência de ilícitos – isto é, caso seja efetivamente implementado um programa de compliance –, há o bloqueio do ato vinculante, pois não teria havido o necessário defeito organizativo e, como consequência, não poderia operar a transmissão de responsabilidade penal da pessoa física para a pessoa jurídica.²³ Esta concepção reforça claramente a coesão entre a tomada de decisão dos indivíduos e da empresa em cujo contexto se desenvolve suas atividades profissionais. A análise das constrações entre indivíduos e o ente corporativo evita o risco de uma *responsabilidade penal objetiva* contra a pessoa jurídica – que vem a ser, justamente, a grande crítica ao modelo puro de heterorresponsabilização.²⁴

Vale sublinhar que os diplomas legais que adotam a RPPJ estabelecem que se evidencie, no caso concreto, a realização de um comportamento delitivo por parte de um indivíduo a ela intimamente vinculada. No caso do Brasil, o artigo 3º, *caput*, da Lei n. 9.605/1998 (Lei de Proteção Ambiental), alude a punição da pessoa jurídica nos casos de infrações cometidas por “decisão” do seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, “no seu interesse ou benefício”. A *decisão* das pessoas físicas ligadas à empresa, referida naquele dispositivo da nossa Lei de Proteção Ambiental, nada mais seria do que o multicitado ato de conexão. Ressalte-se, contudo, que para a atribuição da responsabilidade à corporação não é necessário que a pessoa física que protagonizou a conduta/decisão tenha sido identificada, investigada ou criminalmente processada.²⁵

Ainda sob a perspectiva da teoria do crime, a conduta delitiva da pessoa física vinculada ao ente moral pode se dar por ação ou omissão, devendo, ainda, ser considerada típica e antijurídica, não sendo, porém, necessária sua culpabilidade. Isto é, a RPPJ não deve ser entendida como uma responsabilidade acessória (pura), visto que isso suporia que, para poder

²² AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Op. cit.*, p. 242.

²³ AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Op. cit.*, p. 243.

²⁴ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Op. cit.*, p. 211.

²⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 548.181. 1ª Turma. Relatora Ministra Rosa Weber. Pub. DJe de 30/10/2014.

ser sancionada, teria que ser igualmente imposta pena à pessoa física que realizou o comportamento delitivo. Nesse sentido, a acessoriedade neste sistema de responsabilidade penal corporativa se circunscreve aos termos da conduta típica e antijurídica da pessoa física, vale dizer, à *teoria da acessoriedade limitada*. A exigência de que a conduta desenvolvida pela pessoa física seja antijurídica pressupõe que o agente não tenha atuado sob o manto de uma causa de justificação, pois a sua presença faria com que não houvesse o pressuposto do ato de conexão.²⁶

Na hipótese em que ocorra, na pessoa física, alguma circunstância que exclua a sua culpabilidade, isso não afetaria o juízo de reprovação da pessoa jurídica. Desse modo, pode dar-se situações nas quais há atribuição de RPPJ, mas onde o indivíduo que realizou a conduta típica e antijurídica tenha sido exculpado por haver sido declarado inimputável, ou porque não lhe foi possível a adoção de comportamento diverso ou, ainda, porque ele tivesse incorrido em erro de proibição (por ex., em razão de ausência de treinamento ou a necessária formação acerca das normas de compliance).²⁷

Em resumo, considerando o esquema sequencial da teoria do delito, o livro ora resenhado assevera que é possível que se declare a RPPJ, ainda que ocorram circunstâncias que impeçam a punibilidade da pessoa física que desenvolveu o comportamento delitivo. Nesse contexto, e no concreto marco da tipicidade, é oportuno registrar que a RPPJ se dá a partir do comportamento doloso ou culposo da pessoa física. Logicamente, para se determinar se cabe punição por dolo ou culpa, deve-se analisar os delitos para os quais se contempla a punição da pessoa jurídica – no caso do Brasil, como se sabe, somente para os crimes ecológicos. Por outro lado, o comportamento delitivo por parte da pessoa física pode se dar a título de consumação ou de tentativa. Portanto, a pessoa jurídica pode ser sancionada ante o *conatus* da pessoa física. Ademais, a pessoa física pode protagonizar o delito na condição de autor, coautor ou partícipe, fazendo com que esta norma de extensão fundamente a RPPJ.²⁸

7. Síntese reflexiva

A avaliação final a ser feita ao *Manual de Compliance Penal en España* é no sentido de que se desenvolve um robusto modelo eclético de responsabilidade penal do ente moral,

²⁶ AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Op. cit.*, p. 267-268.

²⁷ AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Op. cit.*, p. 269.

²⁸ AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Op. cit.*, p. 270.

distanciando-se, pois, dos paradigmas da hetero e da autorresponsabilização penal. Naturalmente, uma resenha de poucas laudas para uma obra que conta com cerca de quinhentas páginas, não pode ir além de uma superficial abordagem com relação aos fundamentos científicos expostos pelo Autor.

Dito isto, talvez o grande mérito do modelo antrópico de responsabilidade penal empresarial é que ele vai na contramão dos esforços que muitos têm se dedicado para a elaboração das categorias da conduta, tipicidade e antijuridicidade próprias para a pessoa jurídica. Ao elaborar uma crítica demolidora ao modelo de autorresponsabilidade penal – bem assim ao construtivismo decorrente do funcionalismo penal –, não haveria o porquê de se insistir em teorizar sobre como seria a conduta típica e antijurídica do ente moral. Simplesmente, esses elementos da teoria do delito não existiriam para a pessoa jurídica, a não ser que se adentre em um excessivo abstracionismo da (superada) teoria dos sistemas e da autopoieses.

Somente as pessoas físicas praticam conduta penalmente relevante. O mesmo vale para as categorias da tipicidade, antijuridicidade, consumação/tentativa e codelinquência. Dessa maneira, não se rompe com o patrimônio histórico e evolutivo da teoria geral da infração penal, erigido sobre os seres humanos. Como exposto monograficamente em outro lugar, o único “esforço científico” que deve ser feito é com relação aos pressupostos da culpabilidade da pessoa jurídica, conforme o citado ato de conexão e a teoria da acessoriedade limitada.²⁹

Por fim, considero a leitura da obra de Rafael Aguilera Gordillo como indispensável aos estudiosos da teoria do crime da pessoa jurídica, em especial diante da firme presença – na atualidade – dos postulados da responsabilidade penal do ente moral e dos programas de compliance. Provavelmente, o Direito Penal Empresarial é o ramo das ciências penais que conta, nos dias de hoje, com o maior e mais rápido desenvolvimento científico. Não se deve, portanto, nessa marcha evolutiva, ignorar a inovação trazida pelo modelo antrópico de responsabilidade penal corporativa.

²⁹ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Op. cit.*, p. 216.