



Da finalidade preventiva das penas de natureza pecuniária para a responsabilização da pessoa jurídica na esfera ambiental: uma abordagem a partir da Teoria Econômica do Crime

The preventive purpose of pecuniary penalties to the legal entities in the environmental sphere: an approach based on the Economic Theory of Crime

CLÁUDIO MACEDO DE SOUZA^{1,*} 

¹ Universidade Federal de Santa Catarina (Florianópolis, SC, Brasil)
macedopenal@gmail.com

MARCOS POERSCH ZANOVELLO^{1,**} 

¹ Universidade Federal de Santa Catarina (Florianópolis, SC, Brasil)
marcos.zanovello.direito@gmail.com

* Professor dos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação no Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina (Florianópolis, SC, Brasil). Doutor em Ciências Penais pela UFMG – Universidade Federal de Minas Gerais. Coordenador do GDPI – Grupo de Pesquisa de Direito Penal Internacional (CNPq – UFSC) e advogado na área criminal.

** Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (Florianópolis, SC, Brasil). Bolsista CAPES/PROEX. Pós-Graduando em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Pós-Graduado em Compliance pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em convênio com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IDPÉE/IBCCRIM). Advogado criminalista.

Como citar: MACEDO DE SOUZA, Cláudio; POERSCH ZANOVELLO, Marcos. Da finalidade preventiva das penas de natureza pecuniária para a responsabilização da pessoa jurídica na esfera ambiental: uma abordagem a partir da Teoria Econômica do Crime. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 16, n. 1, e 298, jan./abr. 2025. DOI: <https://doi.org/10.7213/revdireconsoc.v16i1.31960>

Recebido/Received: 24.07.2024 / 07.24.2024

Aprovado/Approved: 05.11.2024 / 11.05.2024

Resumo

O artigo objetiva estudar a compatibilidade dos pressupostos da Análise Econômica do Direito com os fins da pena aplicada à pessoa jurídica, enquanto instrumento de sustentabilidade ambiental a partir de uma noção de Ciência conjunta do Direito Penal. A responsabilidade penal da pessoa jurídica, a par de todas as polêmicas doutrinárias que ainda hoje suscita no Direito Penal positivo brasileiro, é uma realidade reconhecida pelo ordenamento jurídico-constitucional e, para além disso, um compromisso político-criminal assumido pelo Brasil no cenário internacional, especialmente como uma medida de promoção da sustentabilidade ambiental que faz da prevenção delitiva um norte de atuação. Neste contexto, supõe-se que, sob a influência da Teoria Econômica do Crime, as penas aplicadas às pessoas jurídicas na esfera ambiental devem incorporar fins preventivos de natureza pecuniária. A pesquisa se utiliza do método dedutivo e aplica a técnica de revisão bibliográfica com ênfase nas doutrinas nacional e estrangeira, para afirmar que a utilização dos postulados da Análise Econômica do Direito, enquanto instrumento teórico destinado à prevenção delitiva no âmbito do Direito Penal ambiental, pode ser uma possibilidade de enfrentamento ao problema do déficit de imputação em face da criminalidade corporativa. Na verdade, as tentativas de prevenção desta espécie de criminalidade revelam-se como oportunas e necessárias, tendo em vista o alto potencial de dano social que acarreta. Este debate, entretanto, deve ser essencialmente crítico, ponderando eventuais pontos positivos e, também, negativos da experiência comparada nas tradições europeia continental, latino-americana e norte americana.

Palavras-chave: Pena pecuniária. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Prevenção geral negativa e prevenção geral positiva. Análise Econômica do Direito. Crimes ambientais.

Abstract

The article aims to study the compatibility of the assumptions of the Economic Analysis of Law with the purposes of the penalty applied to legal entities, as an instrument of environmental sustainability, from the point of view of the joint science of criminal law. The criminal liability of legal entities, despite all the doctrinal controversies it still raises in Brazilian positive criminal law, is a reality recognized by the legal-constitutional order and, furthermore, a political-criminal commitment made by Brazil on the international stage, especially as a measure to promote environmental sustainability that makes crime prevention a guiding principle. In this context, it is assumed that, under the influence of the Economic Theory of Crime, the penalties applied to legal entities in the environmental sphere should incorporate preventive purposes of a pecuniary nature. The research uses the deductive method and applies the bibliographical review technique with an emphasis on national and foreign doctrines, in order to affirm that the use of the postulates of the Economic Analysis of Law, as a theoretical instrument aimed at crime prevention within the scope of environmental criminal law, may be a possibility for tackling the problem of the imputation deficit in the face of corporate crime. In fact, attempts to prevent this type of crime are timely and necessary, given the high potential for social damage it entails. This debate, however, must be essentially critical, weighing up the possible positive and negative points of comparative experience in the continental European, Latin American and North American traditions.

Keywords: *Pecuniary penalty. Criminal liability of legal entities. Negative general prevention and positive general prevention. Economic Analysis of Law. Environmental crimes.*

Sumário

1. Introdução; 2. A Análise Econômica do Direito e sua influência nas Ciências Criminais; 3. As funções da pena nas tradições europeia continental e latino-americana; 4. As funções da pena na tradição da *common law* norte-americana: compatibilidade dos postulados da Teoria Econômica do Crime com o Direito Penal brasileiro? 5. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

Há relativo consenso entre juristas dos limites para responsabilizar pessoas jurídicas tendo em vista que o Direito Penal tem como foco a responsabilidade subjetiva, vinculada à prova da culpabilidade pelo crime. A culpabilidade nutre-se de características eminentemente pessoais entre o autor do crime e a ação, porque se compõe do potencial conhecimento da ilicitude, da imputabilidade e da inexistência de causa de exculpação. Neste sentido, não se pode negar que a culpabilidade, nos moldes tradicionais, isto é, atrelada a um paradigma individual, é questão árida para a responsabilização penal de pessoas jurídicas¹.

Entretanto, é fato que a sua responsabilização está expressa no bojo da Magna Carta e latente na doutrina penal. No direito brasileiro, essa responsabilidade suscitou muitos debates desde a sua instituição, no artigo 225, § 3º, da Constituição de 1988 e sua posterior regulamentação, através da Lei 9.605/98, para os crimes ambientais, por força de compromisso assumido internacionalmente pelo Brasil.

Ademais, no âmbito internacional, várias iniciativas foram criadas com o objetivo de permitir aos países signatários de tratados e convenções o estabelecimento de diretrizes para a proteção e a conservação dos seus recursos biológicos. Sendo o Brasil signatário de importantes acordos e convenções internacionais², tanto no que diz respeito à conservação de espécies quanto de *habitats* ameaçados, a imposição de sanções às pessoas jurídicas já não é mais mero anseio político-criminal, mas trata-se de uma realidade que se mostra verificável no cenário internacional³.

Este panorama revela-se ainda mais complexo no Brasil, pois em que pese já possuímos a responsabilização penal dos entes coletivos há considerável tempo, a prática jurisprudencial mostra-se ainda escassa em relação a ações

¹ Talvez a culpabilidade seja, ainda hoje, o maior empecilho dogmático para a responsabilização penal de pessoas jurídicas, uma vez que na atual quadra da evolução do debate, as discussões já não se concentram tanto na possibilidade ou não de se responsabilizar as pessoas jurídicas na esfera penal, e sim, em como fazê-lo sob o marco de um Direito Penal da culpabilidade. A maior evidência desta afirmação é a progressiva incorporação de tal instituto, nas últimas décadas, nos ordenamentos jurídicos europeus-continentais.

² O Brasil é signatário de praticamente todos os mais relevantes acordos internacionais firmados no âmbito das Nações Unidas desde o pioneiro marco de Estocolmo (1972). De lá para cá, apenas para se citar os exemplos mais importantes, o Brasil se fez presente na Rio 92 (1992), no Protocolo de Kyoto (1997), no Acordo de Copenhague (2009), no Acordo de Paris (2015), dentre outros.

³ Em Direito Ambiental, cresce exponencialmente a importância da solidariedade entre os povos, a fim de formularem políticas públicas universais para o desenvolvimento sustentável, especialmente através do Direito Internacional, a ponto de se falar em um Direito Internacional Ambiental como o conjunto de normas jurídicas e consuetudinárias, as quais são instituídas pelos Estados e organizações internacionais, a fim de regular a intervenção humana sobre o meio ambiente a partir de uma perspectiva supranacional, objetivando a cooperação entre as nações para a consecução de um equilíbrio ambiental para o presente e o futuro.

penais que os envolvam⁴. Sendo assim, muitas são as discussões, de caráter material e processual, que esta espécie de responsabilização acarreta, sobretudo a partir dos fins da pena criminal⁵.

Ademais, ao afetar todas as sociedades e economias, o fenômeno que envolve o crime contra o meio ambiente tornou-se objeto de atenção compartilhada pela comunidade internacional. Neste contexto, o fenômeno se converteu em problema planetário; embora a solução tenha passado a requerer decisões locais. Disto resulta que, a pesquisa gravita em torno da necessidade de considerar os fins da pena no processo de adequação legislativa às medidas internacionais ocorrido no Brasil com a publicação da Lei 9.605/98.

Neste sentido, indaga-se: “Quais devem ser os fins da pena almejados no processo de adequação da legislação brasileira às medidas internacionais de combate à criminalidade ambiental para a responsabilização penal da pessoa jurídica?” Supõe-se que, sob a influência da teoria econômica do crime, as penas aplicadas às pessoas jurídicas na esfera ambiental devem incorporar fins preventivos de natureza pecuniária

Para tanto, a investigação se utiliza do método dedutivo, aliado à técnica de revisão bibliográfica, sobretudo de doutrina nacional e estrangeira. De caráter exploratório e descritivo, o texto que se oferece à leitura está estruturado em três partes. Na primeira parte, busca-se traçar os conceitos centrais acerca da Análise Econômica do Direito e suas vertentes, bem como estudar a sua aproximação com as Ciências Criminais. Por sua vez, a segunda e terceira partes buscam, respectivamente, realizar a retomada do debate sobre os fins da pena tanto na tradição romano-germânica quanto na tradição de *common law*. E, por derradeiro, conclui-se o escrito buscando fomentar o debate acerca da (im) possibilidade de compatibilização da noção de *deterrence*- isto é, de dissuasão, própria do direito norte-americano- à função preventiva da pena criminal aplicada às pessoas jurídicas por meio da metodologia da Análise Econômica do Direito.

2. A Análise Econômica do Direito e sua influência nas Ciências Criminais

O pensamento criminológico tem se dedicado a compreender o fenômeno do desvio no ambiente corporativo há considerável tempo⁶. Entretanto, a etiologia do crime corporativo revela-se como sendo uma tarefa complexa, a qual advém da própria complexidade da criminalidade empresarial. Por sua vez, os esforços de Edwin H. Sutherland em estudar o desvio no ambiente corporativo são famosos e já bastante documentados.

Em síntese, a teoria da associação diferencial, proposta pelo mesmo, defende a hipótese de que o comportamento criminoso nas empresas é, em verdade, um comportamento resultante de um processo de

⁴ Um referenciado estudo empírico promovido por pesquisadores da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP), a pedidos do Ministério da Justiça (Machado *et al*, 2009) verificou que, no cenário brasileiro, desde a vigência da Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998), a responsabilização penal de pessoas jurídicas passaria por alguns entraves práticos, dentre eles: (i) uma grande discrepância entre os Tribunais no que tocava ao número de casos; (ii) haveria indícios de que se estaria diante de um instituto de aplicação muito heterogênea e não pacificada; (iii) sem prejuízo da hipótese de que muitos processos possam ter sido extintos nas instâncias inferiores por razões de natureza processual, haveria indícios de que o oferecimento de denúncias contra as pessoas jurídicas seria bastante reduzido; e, por fim, (iv) do universo de casos analisados pelo referido estudo à época (48), 75% das justificativas para trancamento das ações penais contra as pessoas jurídicas versavam sobre a inexistência de co-réu pessoa física e a falta de provas acerca da conduta individual concreta, indicando para a extrema dificuldade em se individualizar condutas em ambientes organizacionais altamente complexos, como tendem a ser as empresas.

⁵ Em termos dogmáticos, ressalta-se que a previsão legislativa brasileira para a responsabilização penal de pessoas jurídicas, contida no artigo 3º da Lei dos Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998), é demasiadamente insuficiente. A redação deste dispositivo, em uma técnica legislativa contestável, limitou-se a dispor que a pessoa jurídica seria responsabilizada, administrativa, civil e penalmente, nos casos em que a infração fosse cometida por decisão de seu representante legal (ou contratual), ou mesmo de seu órgão colegiado, no interesse ou em benefício da empresa. Sendo assim, o legislador brasileiro tão somente indicou quais pessoas estariam aptas a desencadear a responsabilidade penal da empresa, e em quais situações, sem, no entanto, prever aspectos procedimentais de inegável importância para a eficácia prática do instituto.

⁶ Nesse sentido, Souza e Coelho (2020, p. 95) citam as obras seminais de BONGER, Williem Adriaan. **Criminalité et conditions économiques**. Amsterdam: Mass & Van Suchtelen, 1905; SUTHERLAND, Edwin H. **White Collar Crime**. New York: Dryden, 1949; no Brasil, citam a obra pioneira de LYRA, Roberto. **Economia e crime**. Rio de Janeiro: Rodrigues & Cia., 1933.

aprendizagem⁷. Nesse sentido, Adán Nieto Martín (2018, p. 48) ressalta o grande potencial explicativo da teoria da associação diferencial para a criminalidade empresarial. Considerando-se que “a conduta desviada é fruto da aprendizagem, as pessoas que integram uma organização aprendem como cometer determinadas infrações e como justificá-las” (Souza; Coelho, 2020, p. 103).

Além das teses de Sutherland, pode-se citar outras que tiveram por objeto o estudo da etiologia do crime corporativo, como é o caso da teoria da neutralização da culpa, proposta por Gresham M. Sykes e David Matza (1957). Em síntese, tais autores defendiam que o crime, na empresa, ocorreria devido às tentativas de neutralização do sentimento de culpa.

No mesmo sentido, também se destacam os estudos desenvolvidos por Clinard e Yeager, em sua obra “*Corporate Crime*” (1980), a qual lançaria importantes referenciais para o estudo da violação da lei no âmbito corporativo. A contribuição destes autores, como relembra Prata (2019, p. 166), estaria, dentre outros aspectos, na divisão do crime em três categorias diferentes: (i) o *crime convencional*, que incluiria a parcela da criminalidade violenta, que teria por objeto os crimes contra a vida e o patrimônio; (ii) o *crime ocupacional*, que diria respeito à violação da lei por um indivíduo no exercício legítimo de sua profissão (empresários, políticos, médicos, advogados, profissionais liberais em geral); (iii) o *crime organizacional*, como sendo aquele cometido por grandes entidades, as quais utilizam de métodos ilícitos para atingirem seus fins (seus agentes seriam, normalmente, as grandes corporações)⁸.

De tal modo, percebe-se que a criminalidade corporativa foi diversamente definida pela Criminologia, sendo possível compreendê-la como uma espécie de criminalidade de colarinho-branco, sendo o crime corporativo uma forma particular de *white collar*, uma vez que o mesmo, por ser organizacional e ocorrer no contexto da divisão funcional do trabalho, diferencia-se da criminalidade tradicional justamente por seu caráter organizacional/ocupacional (Prata, 2019).

Entretanto, foi com as teorias diretamente ligadas à Análise Econômica do Direito, especialmente com as construções de Gary Stanley Becker, e sua “teoria das escolhas racionais” (*rational choyce theory*), que os conceitos teóricos se aplicariam à experiência prática de responsabilização penal dos entes coletivos no direito norte-americano.

Como é de conhecimento geral, a Análise Econômica do Direito surge nos Estados Unidos da América da segunda metade do século XX, sobretudo através dos esforços pelos quais se buscava dar uma resposta ao realismo jurídico enquanto corrente de pensamento dominante no direito norte-americano⁹. O primeiro trabalho a inaugurar o

⁷ Souza e Coelho (2020, p. 102-103) comentam que: “Em sua extensa obra, Edwin Sutherland defendeu que o motivo pelo qual se infringe as leis seria o processo de associação diferencial. Segundo sua hipótese, o comportamento criminal, como qualquer outro, é consequência de um processo que se desenvolve no meio do grupo social, ou seja, é algo que se produz por intermédio da interação com indivíduos que, no caso, violam determinadas normas. Vale dizer, trata-se de um processo de aprendizado, em que o ato antissocial vai acontecer quando o peso das definições favoráveis ao crime exceder o peso das definições desfavoráveis, o que demanda uma série de pressupostos apresentados pelo Autor: (...) São eles: (1) o comportamento criminoso é apreendido. Isso significa que o comportamento criminal não é inato, mas sim adquirido. E, assim, uma pessoa que não é treinada no crime não inventa o comportamento criminal. (2) O comportamento criminoso é aprendido em interação com outras pessoas num processo de comunicação. Esse processo de comunicação é geralmente verbal, mas pode também ser gestual. (3) A parte principal da aprendizagem do comportamento criminoso ocorre em grupos próximos e íntimos. (4) Quando o comportamento criminal é aprendido, a aprendizagem inclui (4.a) técnicas para cometer o crime que podem ser simples ou complexas; (4.b) a direção específica dos motivos, racionalização e atitudes. (5) A direção específica dos motivos e objetivos é aprendida a partir das definições de códigos legais favoráveis à violação da lei. (6) Uma pessoa se torna delinquente devido a um excesso de definições favoráveis à violação da lei em relação a definições desfavoráveis a violação da lei. Na visão de Sutherland, esse é o princípio base da sua teoria, pois ressalta as forças que se contrabalançam. (7) As associações diferenciais podem variar em frequência, duração, prioridade e intensidade. Dá-se ênfase a forma como as associações variam, visto não serem estanques. (8) O processo de aprendizagem do comportamento criminal por associação com padrões criminais e anticriminais envolve todos os mecanismos envolvidos em qualquer outro tipo de aprendizado. Isso significa que o aprendizado do comportamento criminoso não se restringe ao processo de imitação. (9) Embora o comportamento criminoso seja uma expressão de necessidades e valores gerais, não é explicado por essas necessidades e valores gerais, uma vez que o comportamento não criminal também é uma expressão das mesmas necessidades e valores. Por exemplo, ladrões geralmente roubam para a finalidade de obter dinheiro, mas da mesma forma trabalhadores honestos trabalham para a mesma finalidade de ganhar dinheiro. (Cf. SUTHERLAND, Edwin H; CRESSEY, Donald R.; LUCKENBILL, David F. *Principles of Criminology*. 11th Ed. New York: General Hall, 1992, p. 88-90)”.

⁸ A definição de “crime corporativo” adotada por Clinard e Yeager (1980) é uma definição ampla, de forma a abranger, também, os atos ilícitos de caráter cível e administrativo. Este conceito, na linha de Prata (2019), expande a definição de crime para a lei penal. Apesar de ser um conceito criminológico, deve-se ressaltar, em termos técnicos, que o conceito de crime, para fins dogmáticos, é necessariamente restritivo em atenção ao princípio da legalidade estrita e subordinado, pois, à sistemática analítica do fato punível.

⁹ Apesar desta assunção, Heinen (2012, p. 41) salienta que o próprio Posner “rejeita que a AED seja herdeira do realismo jurídico”. Diz que suas principais fontes de orientação não eram realistas: Holmes, Coase, Stigler, Becker e Director”.

movimento deveu-se à autoria de Ronald Coase, intitulado “*The problem of the social cost*”, de 1960. Entretanto, o nome “Análise Econômica do Direito” (do inglês *Economic Analysis of Law* ou, simplesmente, *Law and Economics*) decorre, sobretudo, da célebre e homônima obra de Richard Posner, “*Economic analysis of law*”, de 1973 (Figueiredo, 2014).

Entretanto, apesar de ter surgido como uma resposta ao realismo jurídico, a *Law and Economics* acabaria por adotar algumas das premissas teóricas daquele movimento, especialmente a noção de que o Direito não se resumiria à validade da norma jurídica¹⁰. Sendo, pois, a norma um fato inserido em um contexto social, a metodologia jurídica deveria receber contribuições interdisciplinares de outras ciências- especialmente, da teoria econômica-, revelando-se uma crítica às perspectivas realista e formalista.

Nesse sentido, a Análise Econômica do Direito é reflexo da tentativa de se estudar o fenômeno jurídico a partir da interconexão deste com a Economia. A teoria econômica, especialmente a microeconomia e seus mecanismos próprios de atuação (a concepção de *homo economicus*, os *trade-offs*, a teoria da oferta e da demanda, a teoria dos jogos), são então chamados a, progressivamente, se “não a revolucionar, ao menos a proporcionar uma real evolução do pensamento jurídico” (Figueiredo, 2014, p. 191).

A teoria econômica, portanto, passa a ser um referencial analítico para o Direito, a partir da simbiose entre ambos os conhecimentos, de tal forma que a avaliação da norma jurídica em sua aplicação ao caso concreto passa a ser realizada a partir dos pressupostos da teoria econômica, especialmente da noção de eficiência¹¹; e, por sua vez, em relação aos destinatários das normas, passa-se a considerá-los a partir da assunção de uma perspectiva racional¹² (Cardoso, 2018).

Heinen (2016) esclarece que a Análise Econômica do Direito opera através da influência da teoria da firma, de Ronald Coase, e, portanto, a partir de uma perspectiva microeconômica. O que significa dizer, em outras palavras, que a metodologia de análise do Direito, para esta corrente, toma como pressuposto os agentes microeconômicos- os indivíduos, os consumidores, as empresas, os acionistas das empresas listadas em bolsas de valores, demais *stakeholders*-, sendo que, dentro desta metodologia, a teoria da escolha racional (*rational choice theory*) assume um papel de relevo (Figueiredo, 2014). Por sua vez, a teoria da escolha racional assume o indivíduo como um ser racional, o qual, a partir de tal racionalidade humana, busca maximizar os seus desejos e preferências.

Obviamente, apesar de altamente relevante, Figueiredo (2014, p. 192) destaca que “a teoria econômica não oferece uma forma de explicação total do fenômeno jurídico, sendo ela uma entre uma multiplicidade de formas de se analisar as maneiras pelas quais o Direito se manifesta”. Isso, tendo em vista a estrutura normativa (dever-ser), através da qual o Direito se estrutura e, daí o porquê de comumente se dividir a *Law & Economics* em dois planos relativamente independentes: um primeiro, “que releva a positividade e um outro que considera a normatividade do Direito” (Figueiredo, 2014, p. 192). Em resumo, a Análise Econômica do Direito, em sua vertente normativa, visa solucionar questões econômicas- como a maximização da riqueza, por exemplo- através do Direito. Ela o faz mediante a vinculação dos atores jurídicos- o juiz, o Ministério Público ou equivalente, os advogados, o legislador *etc.* - às diretrizes axiológicas da teoria econômica, através da hermenêutica jurídica.

¹⁰ Cardoso (2018) comenta que, ainda que a AED e o realismo jurídico partam de uma premissa em comum, ambos acabam por tomar rumos distintos. Enquanto o realismo jurídico, sobretudo encabeçado por Oliver Wendell Holmes, acabaria por adotar premissas muito próximas àquelas do positivismo jurídico - como a negação da existência de elementos estranhos à pura normatividade jurídica, bem como do fundamento do Direito no poder da autoridade competente para emanar normas jurídicas, a AED abandona tal hermetismo, adotando, sobretudo a partir da obra de Posner, “*Economic Analysis of Law*”, de 1973, um fundamento de caráter economista: a eficiência, entendida neste primeiro momento como a maximização da riqueza. Em síntese, Gonçalves e Stelzer (2014) aduzem que, de modo geral, a AED diz respeito às tendências críticas do realismo jurídico norte-americano, as quais se valem da teoria econômica como forma de fundamentação.

¹¹ É exatamente na noção de eficiência que a AED tomaria um de seus alicerces basilares e, a partir da qual, seriam tecidas as principais críticas. Nos Estados Unidos da América, o movimento seria criticado por teóricos como Ronald Dworkin (1980), para quem esta forma de conceber o Direito, ao eleger a eficiência econômica enquanto critério de justiça, deixaria de fazer uma análise crítica sobre aquilo que os juízes deveriam decidir.

¹² A verdade é que a relação entre Direito e Economia é bastante antiga, remontando aos séculos XVIII e XIX, através das contribuições de Adam Smith, o qual, segundo Becker e Landes (1974), teria abordado os efeitos econômicos da legislação mercantilista, buscando compreender os efeitos das leis e dos arranjos legais no sistema econômico (Cardoso, 2018, p. 34). Destaca-se, também, que outros teóricos igualmente contribuíram para esta intersecção, como foram John Stuart Mill, Jeremy Bentham, Marx, Weber, dentre outros.

Para os fins deste trabalho, entretanto, não nos interessa a evolução histórica da Análise Econômica do Direito, tendo em vista que os fins que aqui se almejam são fins voltados ao estudo das influências deste movimento nas Ciências Criminais, especialmente na aplicação da pena pecuniária às pessoas jurídicas. Por certo, o que nos interessa aqui, são as contribuições específicas de uma corrente deste movimento, a Teoria Econômica do Crime, cujo principal expoente foi Gary Stanley Becker.

Nesse sentido, especificamente no que tange à Teoria Econômica do Crime, seu principal expoente, como dito anteriormente, foi Gary Becker, que em 1968, lançou seu ensaio denominado “*Crime and punishment: an economic approach*”, o qual partiria da análise específica da teoria da escolha racional para fazer a interface entre a teoria econômica e o sistema de Justiça Criminal. Entretanto, na esteira de Figueiredo (2018, p. 194), deve-se fazer uma ressalva quanto à teoria de Becker: a grande inovação trazida pela Teoria Econômica do Crime, de Gary Becker, diferentemente do objeto do presente estudo, dizia respeito à utilização de seu modelo teórico às condutas criminalizadas em sentido amplo, não guardando necessariamente restrição às “condutas mercantis”, ou seja, à criminalidade empresarial.

Portanto, sendo a racionalidade dos agentes uma das premissas mais elementares da escola da Análise Econômica do Direito, esse pressuposto assume uma especial relevância para a Teoria Econômica do Crime (Cardoso, 2018, p. 128). Assim, segundo Becker, algumas pessoas tornam-se “criminosas” não porque suas motivações diferem das motivações de outras pessoas, mas porque seus custos e benefícios diferem.

Consequentemente, empreende-se a análise da conduta criminosa, para a Teoria Econômica do Crime, a partir da teoria das escolhas racionais. Esta teoria, por sua vez, segundo Rosa (2016, p. 175), compreende o crime “apurando-se, em cada contexto, o conjunto de alternativas, os custos de oportunidade e os demais agregados, partindo da noção de que o tomador de decisão tomará a escolha maximizadora de seu bem-estar”.

Dizendo de forma simples, a teoria das escolhas racionais assume que os indivíduos perseguem seus interesses ou maximizam sua utilidade. Sendo assim, no caso de o custo econômico do delito ser relativamente alto, haverá uma potencial menor prática de delitos. Assume-se, portanto, que os agentes econômicos - potenciais delinquentes - conduzem suas ações, de forma consciente um inconsciente, através das expectativas (ou escolhas) que os mesmos previamente elegem, sempre de forma a maximizar o bem-estar.

A assunção do criminoso enquanto um agente racional é fundamental para o planejamento de políticas públicas voltadas ao controle da delinquência, sobretudo em se tratando da delinquência econômica (Cardoso, 2018). Isso especialmente porque, na linha de Cooter e Ulen (2012, p. 469), a teoria econômica do crime toma como base de modelo econômico um criminoso informado, que conhece os custos, benefícios e as probabilidades que se interconectam com a conduta desviante. Apesar de tais características não serem observáveis, na prática, em relação à grande parcela da criminalidade, deve-se considerar que as mesmas são características incontestáveis da criminalidade de empresa.

Assim, a abordagem proposta por Becker, implica na existência de uma função matemática, cujo objetivo é o de relacionar o número de delitos efetivamente cometidos por um sujeito (uma pessoa jurídica, no exemplo de nosso objeto de estudo), com a possibilidade real de sua apreensão e condenação, além de sua punição e da aplicação de variáveis outras, como o lucro econômico decorrente de sua atuação antijurídica (Cardoso, 2018).

Assim, fala-se em uma equação *custo x benefício do crime*, representada pela seguinte fórmula matemática simplificada:

$$S \times P > L$$

Na qual: *S*, representa a severidade da sanção penal abstratamente cominada; *P*, representa a probabilidade da detecção, apreensão e condenação; e, por sua vez, *L*, representa os lucros auferidos pelo criminoso com a sua conduta desviante. Sendo assim, sempre que a multiplicação das variáveis *S* e *P* for superior ao valor do lucro (*L*), o

criminoso tenderá à conduta lícita, ou seja, ao não cometimento do delito. Por outro lado, se o valor do lucro (L) for maior que o das variáveis $S \times P$ multiplicadas, o criminoso tenderá à conduta antijurídica, isto é, ao cometimento do delito.

Se $L > S \times P$, haverá um estímulo à conduta desviante;

Se, no entanto, $L < S \times P$, haverá um estímulo à conduta em conformidade com o Direito;

Constata-se, portanto, que segundo a Teoria Econômica do Crime, o criminoso pondera este *trade-off* entre a possibilidade de punição (P) e a severidade da sanção penal a ele aplicável (S) em relação ao possível lucro da conduta antijurídica (L). De tal forma, considerando-se o objeto da presente pesquisa, isto é, a criminalidade de empresa, “os economistas tipicamente têm duas recomendações: a utilização de multas tanto quanto possível, bem como a combinação de uma pequena certeza de punição com uma alta severidade da punição” (Cardoso, 2018, p. 153-154).

Em termos sistêmicos, ao comparar o custo das multas e das prisões, a manutenção de um sistema de sanções pecuniárias tende a requerer recursos significativamente menores que aqueles exigidos para a manutenção do sistema prisional, podendo-se dizer, em termos econômicos, que a sanção pecuniária representaria, do ponto de vista dos custos do *enforcement*, uma sanção praticamente ótima em termos de eficiência. Por sua vez, em termos técnicos, “a demanda de crimes é elástica em relação à punição”, sendo que, “de acordo com a teoria econômica quanto à decisão de cometer- ou não- um crime, um aumento na punição esperada causa uma redução no crime, *coeteris paribus*” (Cooter; Ulen, 2012, p. 491-492).

3. As funções da pena nas tradições europeia continental e latino-americana

O termo “pena” designa a espécie de sanção penal por excelência, isto é, aquela destinada à aplicação judicial quando da prática de delito. Apesar de comumente se utilizar da expressão “sanção penal”, em sentido lato, deve-se dizer que esta constitui o gênero, do qual a pena é espécie. Por sanção penal, ademais, pode-se designar, também, a medida de segurança. Essa distinção conceitual revela-se necessária, de forma preliminar, pois perguntar qual a função do Direito Penal segue sendo, pois, perguntar sobre quais são as funções da pena criminal.

Para utilizar da clássica expressão de Hugo Grotius (1625; 2004), *poena est malum passionis, quod infligitur propter malum actionis*, de tal forma que a pena é inegavelmente um mal socialmente reputado como necessário e proporcional, a ser aplicado como resposta ao delito praticado. Apesar de, conceitualmente, ser a pena um “castigo”, isso não implica que sua função última seja a retribuição¹³ (Mir Puig, 2003, p. 79).

Atualmente, a concepção de Direito Penal está “intimamente relacionada com os efeitos que ele deve produzir”, sendo praticamente unânime a opinião, dentre os penalistas, de que “a pena justifica-se por sua necessidade” (Bitencourt, 2017, p. 141). Pelo contrário, como se verá, as tendências modernas acerca dos fins da pena buscam conciliar a retribuição com a prevenção, isto é, com a defesa de bens jurídicos. Em outras palavras, a retribuição importa tão somente na medida em que serve ela à prevenção de novos delitos. Esclarecido, pois, o conteúdo da terminologia “pena”, deve-se registrar que modelos europeus continentais e latino-americanos tradicionalmente assumem as funções da pena criminal a partir de três noções: teses absolutas, teses relativas e teses mistas (ou unitárias).

Em relação às funções absolutas, da qual se ocupam estas primeiras linhas, deve-se dizer que as mesmas tendem a ver a pena enquanto um fim em si mesma, estando a sanção penal normalmente fundamentada na noção de realização da justiça através da expiação de um mal. Desta forma, considerando que tais teses levam em conta a

¹³ Nesse sentido, também Bitencourt (2017, p. 116).

pena enquanto fim em si mesma, a questão a que se submetem diz respeito não à indagação “para que” punir, mas sim, “qual a essência da punição” (Queiroz, 2001, p. 18-19).

Como expoentes das teorias absolutas, destacam-se autores como Immanuel Kant e Georg Wilhelm Friedrich Hegel, sendo que, em ambos, a justificação da pena revela-se como sendo uma justificação idealista, cuja preocupação não está em estabelecer a pena- e, conseqüentemente, o Direito Penal- como ele é na realidade histórica, mas sim como ele *deveria ser*, posto o ideal de justiça que cada um dos autores assume.

Em relação a Kant, a pena assume uma necessidade absoluta de justiça, a qual deriva de um imperativo categórico, isto é, de uma norma moral. Como dito anteriormente, nesta concepção a pena basta por si, assumindo nela mesma um fim (Queiroz, 2001). Por sua vez, Hegel subordina a pena não a um imperativo categórico- entendido por Kant como um mandamento moral de justiça-, mas sim à razão inerente a um processo dialético no qual o delito e sua repressão encontram-se interligados. Assume, assim, a concepção de que o delito é uma violação (ou negação) ao direito vigente, de tal forma que a pena serviria para anular esta negação. A pena é, pois, para Hegel, a restauração positiva do direito mediante a imposição de um mal contraposto a outro mal (o delito).

Revela-se fácil perceber, hodiernamente, o porquê da obsolescência das teses absolutas da pena, especialmente considerando-se que estas teses assumem tão somente um ideal de reprovação moral do delito, em nada dizendo respeito às modernas orientações político-criminais oriundas das noções de prevenção ou das noções que buscam dialogar entre teses absolutas e relativas, como se verá adiante. Entretanto, fazendo-se jus às mesmas, deve-se registrar que o mérito destas teses (absolutas) está justamente no fato de que a imposição de pena deverá se dar exclusivamente enquanto resposta a um mal previamente praticado (o delito), devendo este mal “contraposto” ser, necessariamente, proporcional ao injusto que fundamenta a reprovação, isto é, a aplicação da pena¹⁴.

Ou seja, as teses retributivas comportam uma limitação prática- ainda que embrionária- do poder de punir do Estado, evidenciada na proporcionalidade da pena a ser imposta, “não podendo a pena ser de maior gravidade que a que corresponde à gravidade da culpabilidade do autor” (Queiroz, 2001, p. 24).

Em oposição às teses absolutas da pena, encontram-se as teses relativas, as quais caracterizam-se pelo seu caráter utilitário, isto é, diferentemente das concepções absolutas, compreende-se (nas teorias relativas) a pena não enquanto um fim em si mesmo, mas a partir da utilidade da pena no controle da criminalidade. A partir deste caráter utilitário quanto aos fins da pena, em suas várias versões, a prevenção de delitos- seja em caráter geral, atuando sobre a generalidade das pessoas, seja em caráter especial, visando atuar sobre o sujeito desviante concreto- assume um caráter radicalmente oposto às teorias absolutas da pena. Busca-se, ao invés de meramente sancionar, prevenir a ocorrência de novos delitos.

Para a prevenção geral negativa¹⁵, da qual Paul Johann Anselm Ritter Von Feuerbach foi um dos expoentes, a função da pena é a prevenção de novos delitos, atuando sobre a totalidade dos indivíduos por meio de uma “coação psicológica” exercida sobre os mesmos, de modo a intimidar, desmotivando-os da prática de crimes e, pois, incentivando o agir juridicamente lícito (Queiroz, 2001).

A grande crítica às teorias da prevenção geral negativa, entretanto, está no argumento de que a mesma não limita o poder do Estado ao “intimidar” seus cidadãos, de modo que tais teses compartilham com as teses absolutas uma debilidade atinente à falta de delimitação clara quanto ao “criminalmente punível”. Sendo assim, a função crítica das teses de prevenção geral negativa é altamente limitada, a qual tende, claramente, para uma maximização da

¹⁴ Mir Puig (2003, p. 50-51, tradução livre) comenta que: “Por detrás da formulação de KANT e HEGEL, como de seus seguidores no século XIX, havia uma filosofia política liberal, que via na proporção com o delito um limite de garantia ao cidadão. Não se podia castigar para além da gravidade do delito cometido. (...) Esta era provavelmente a função principal que as teorias retributivas queriam assegurar ao Direito Penal: trazer um limite à prevenção, como garantia do cidadão”. No original, em espanhol: “(...) Tras la formulación de KANT y HEGEL, como de sus seguidores en el siglo XIX, se halla por lo general una filosofía política liberal, que ve en la proporción con el delito a que obliga la concepción absoluta de la pena un límite de garantía del ciudadano. No se podía castigar más allá de la gravedad del delito cometido (...) Ésta era probablemente la función principal que las teorías retributivas querían asegurar al derecho penal: traer un límite a la prevención, como garantía del ciudadano”.

¹⁵ Ao longo da história, como ensina Cezar Bitencourt (2018, p. 153), também defenderam as teses de prevenção geral negativa pensadores como Bentham, Beccaria, Filangieri e outros.

intervenção penal em detrimento das garantias fundamentais, concepção abertamente inadmissível em um Estado Democrático de Direito.

Em outra linha, segue a noção de prevenção geral positiva (ou integradora), a qual busca “infundir, na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito; promovendo, em última análise, a integração social” (Queiroz, 2001, p. 40). Tal tese, em verdade, remonta à noção sociológica durkheimiana de que a pena não serve, ou só serve de maneira muito secundária, para o intuito de correção do sujeito desviante. Em última análise, portanto, para a prevenção geral positiva, a pena serviria antes como um instrumento de coesão social, através da “restauração- simbólica- da integridade dos sentimentos coletivos lesados pelo delinquente” (Queiroz, 2001, p. 40).

É conhecida a concepção de Hans Welzel, para quem a missão do Direito Penal seria a proteção dos valores elementares da sociedade, de forte caráter ético-social, de tal forma que aquele autor relega a proteção de bens jurídicos- contemporaneamente dominante- a um segundo plano. Nesse sentido, Welzel apresenta-se como um defensor da noção de prevenção geral positiva, pois a intervenção penal teria a missão precípua de “assegurar a real vigência (observância) dos valores de ato da consciência jurídica; isso constitui o fundamento mais sólido que sustenta o Estado e a sociedade” (Queiroz, 2001, p. 40).

Entretanto, o fim da norma jurídico-penal é proteger bens jurídicos, de modo a adequar a conduta externa dos cidadãos às diretrizes normativas. Fora desta concepção está, portanto, a assunção de que a norma penal pura e simplesmente deva regular valores sociais. Sendo assim, o cerne do injusto penal encontra-se no desvalor de seu resultado- isto é, na violação ou colocação em perigo do bem jurídico-, de tal forma que a proteção dos valores elementares da sociedade, enquanto fundamento do Direito Penal, somente faz sentido se conjugada com a noção de bem jurídico, especialmente através de sua função crítica de limitação do poder punitivo estatal.

Por sua vez, ainda no que diz respeito às concepções de proteção geral positiva, é comum citar-se o nome de Günther Jakobs, o qual, inspirado na teoria dos sistemas sociais autopoieticos, de Niklas Luhmann, toma como ponto de partida de sua análise quanto à fundamentação do Direito Penal, a percepção do papel desempenhado pela pena na funcionalidade do sistema social. A pena, assim como a norma social, aparece como uma necessidade funcional, de caráter sistêmico, decorrente da necessidade de estabilização das relações sociais. Assim, deve, a pena, proteger as condições de vigência do sistema jurídico-positivo. Deve-se dizer, entretanto, que as teses de Jakobs foram extremamente criticadas, tendo em vista a proximidade delas com as concepções puramente retributivas da pena.

Ainda diante dos esforços de prevenção, sobressaem-se as teorias da prevenção especial, as quais ostentam caráter individual. Para os teóricos desta corrente, a pena possui uma função individualizadora, a fim de atuar sobre aqueles que já incorreram na prática de crimes, com o objetivo de impedi-los da reincidência. Pode-se dizer, grosso modo, que o fim da pena, para a prevenção especial, é “evitar a reincidência”. Esta tese fora desenvolvida por inúmeros estudiosos, dentre eles aqueles ligados ao correccionalismo espanhol, como Dorado Montero, Concepción Arenal e outros; ou então, aqueles ligados às escolas do positivismo italiano, como Ferri e Lombroso; passando pelo movimento de defesa social de Filippo Gramatica e Marc Ancel, dentre outros. Todavia, foi com a moderna escola alemã, de Franz Von Liszt, que esta tese teve seu maior expoente¹⁶.

Contemporaneamente, há a predominância de uma direção eclética quanto aos fins da pena, admitindo-se a retribuição, mas esta apenas e tão somente considerada quando a serviço da sociedade (Mir Puig, 2003, p. 59). Em outras palavras, a prevenção deve se realizar mediante a retribuição, sendo esta o limite máximo daquela¹⁷.

¹⁶ Von Liszt, em seu tradicional “Programa de Marburgo”, partia da ideia de “fim” enquanto um conceito fundante da ciência jurídica, pois como comenta Mir Puig (2003, p. 56-57), o mesmo seguiria às concepções de Ihering, cujas teses foram precursoras da jurisprudência dos interesses de Heck, de tal forma que a pena somente poderia se justificar enquanto pena “final”, isto é, dirigida a algum fim.

¹⁷ A partir da noção contemporânea de que se deve combinar as funções absolutas com as relativas - isto é, retribuição com prevenção -, as opiniões quanto aos fins da pena se separam. Basicamente, há uma direção conservadora que considera a prevenção como um mero papel complementar da pena, dentro do marco da retribuição quase que absoluta. Por outro lado, há outra posição, progressista, que considera ao fundamento da pena a defesa social, isto é, a proteção de bens jurídicos, de tal forma a limitar, por meio da retribuição, às exigências sociais de prevenção. A primeira, teve seu expoente com

4. As funções da pena na tradição da *common law* norte-americana: compatibilidade dos postulados da Teoria Econômica do Crime com o Direito Penal brasileiro?

Na tradição da *common law* norte-americana, como observa Gómez-Jara Díez (2010), em que pese a responsabilidade penal da pessoa jurídica constituir uma realidade presente de longa data (Japiassú; Lucas, 2018, p. 664), o fato é que, muito por conta do próprio funcionamento das instituições jurídicas, a fundamentação teórica para a imposição de penas a tais entes revela-se carente de construções sedimentadas.

Este cenário, todavia, não impossibilita o estudo comparado, a fim de que se investiguem as modalidades de sanções aplicadas às empresas, naquele sistema, para fins de enriquecimento do debate crítico no direito brasileiro, tendo em vista, dentre outros fatores, o fato de carecerem, no Brasil, maiores disposições de caráter sancionatório (material e processual) em matéria de responsabilização penal das pessoas jurídicas.

Ainda na linha de Gómez-Jara Díez (2010), os fins da sanção penal aplicada à pessoa jurídica, na tradição norte-americana, revelam-se através de uma simbiose entre quatro objetivos: almeja-se, portanto, a aplicação de um castigo adequado (*just punishment*), entendido normalmente como retribuição ao cometimento do delito; mas a esta retribuição, somam-se objetivos dissuasórios (*deterrence*), incapacitatórios (*incapacitation*) e, também, objetivos ligados à reabilitação das empresas (*rehabilitation*).

Em primeiro lugar, descarta-se a aplicação da pena com fins de retribuição, levando-se em consideração o fato de não se observarem quaisquer elementos retributivos na aplicação de sanções penais pelo Estado. Este argumento justifica-se, sobretudo, pela conveniência da aplicação de sanções penais na contemporaneidade - quer sejam os destinatários pessoas físicas ou jurídicas -, a qual não pode estar atrelada a fins puramente retributivos, o que se revelaria incompatível com a noção de Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, mas ainda na mesma toada, igualmente rejeitam-se os fins incapacitatórios, os quais, na aplicação prática das penas, consistiram na imposição, pelo Estado, de penas de caráter perpétuo - como o fechamento da empresa, por exemplo -, pois, como se sabe, o ordenamento jurídico brasileiro veda a aplicação de penas perpétuas. Ademais, em relação a estas, é flagrante a desproporcionalidade. Considerando-se a proposta deste estudo, entretanto, os fins dissuasórios (*deterrence*) e reabilitadores (*rehabilitation*) revelam-se como sendo de todo interessantes para o debate quanto à aplicação das sanções às pessoas jurídicas, no direito brasileiro. Nas linhas que se seguem, buscar-se-á comentar acerca de ambos.

A finalidade principal da sanção penal aplicada às pessoas jurídicas, naquele sistema, tem sido a de dissuadir as empresas a fim de que estas se abstenham do cometimento de crimes. Isso, aliás, se dá tanto na esfera penal, quanto nas esferas sancionatórias adjacentes, como é o caso do direito de danos (*punitive damages*) (Gómez-Jara Díez, 2010).

Considerando-se a influência do pensamento utilitarista naquela tradição, o qual emprega relevantes influências na discussão quanto aos fins da pena, a finalidade dissuasória mostra-se como hegemônica, tendo-se em vista dois motivos principais: de um lado, o fato de a concepção utilitarista quanto aos fins da pena não distinguir prevenção geral de prevenção especial, haja vista a dificuldade que esta distinção acarreta quando considerada em termos de responsabilidade penal das pessoas jurídicas; e, por outro lado, a influência notável da Análise Econômica do Direito, para quem a finalidade básica da sanção é, justamente, a de dissuasão, através da assunção da racionalidade dos agentes em sistema de custos e benefícios econômicos.

o Projeto Ministerial de Código Penal alemão de 1962; por sua vez, a segunda, teve no *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches* a concretização de suas propostas.

Levando-se em consideração que as empresas são um modelo de ator racional- o qual, deixa-se muito claro, não se aplica a toda e qualquer criminalidade, por motivos óbvios-, que avalia os custos e os benefícios de sua atuação antijurídica, a lógica dissuasória na aplicação de sanções penais revela-se, em termos político-criminais de estratégias de prevenção delitiva, como bastante adequada. Nesse sentido, destaca-se a teoria das sanções ótimas (*Optimal Penalty Theory*), a qual destaca Gómez-Jara Díez (2010, p. 43) como uma teoria que analisa o tipo e a extensão das sanções que devem ser impostas às corporações para o fim de dissuadi-las de maneira mais eficaz e, em contrapartida, se indica os “efeitos perversos” (*Perverse Effects*), oriundos desta racionalidade.

Em termos críticos, deve-se considerar sempre que a imposição de uma sanção penal, utilizando-se do termo “pena”, acarreta estigmatização ao seu destinatário. Isso, tendo em vista os fins comunicativo-simbólicos da intervenção penal. Apesar do medo da estigmatização constituir uma possibilidade a ser aliada à dissuasão, em termos práticos, também não se pode olvidar para as consequências econômicas que esta estratégia pode acarretar às empresas.

Como salienta Alamiro Velludo Salvador Netto (2020, p. 229), o tema das finalidades da pena está intimamente ligado à própria noção de responsabilidade penal. Sendo assim, o resultado prático da imposição da pena, ao fim e ao cabo, é o de atribuir responsabilidade criminal ao destinatário da norma. Desta responsabilidade criminal, avultam inúmeros outros efeitos secundários- de caráter penal, mas também extrapenal, como no caso das empresas, a afetação de suas atividades negociais-, sendo que o debate quanto à legitimidade da pena revela-se como imprescindível.

Em termos historiográficos, após o paradigmático caso, proferido pela Suprema Corte Norte-Americana, *New York Central & Hudson River Railroad Company vs. United States*, de 1909, a responsabilidade penal da pessoa jurídica tomaria um marco sedimentado na jurisprudência daquele país. Daí, então, a responsabilidade penal das corporações passou a estar embasada em fins de prevenção negativa, de caráter dissuasório, como se comentou acima (Salvador Netto, 2020, p. 230).

Portanto, em termos utilitários e instrumentais, como é característico das construções jurídicas da *common law*, de um lado, e levando-se em consideração a já comentada dificuldade em se distinguir a prevenção geral e especial, firmou-se um conceito unitário de prevenção, o qual se identificava com a noção própria de dissuasão (*deterrence*). Deve-se registrar que, em um mundo altamente conectado, no qual todos os atores envolvidos no processo econômico - consumidores, *stakeholders* em geral, concorrentes *etc*- possuem acesso quase que imediato à informação, a consequente estigmatização decorrente da aplicação de sanções com o rótulo “pena” acaba por constituir um fator negativo em relação à política reputacional da corporação.

E, justamente, neste aspecto de estigmatização, é que foi verificada a existência de “efeitos perversos da sanção criminal” (Salvador Netto, 2020, p. 232). Portanto, à revelia da busca pela sanção “ótima”, influenciada pela Análise Econômica do Direito, notou-se a problemática de um modelo puramente preventivo de sanção penal, o qual acabaria por desconsiderar a proporcionalidade na aplicação da pena, aumentando, por conseguinte, o caráter quantitativo da resposta estatal. Um desses efeitos, inclusive, foi o retorno, nas décadas de 1980 e 1990, das fundamentações retributivas do “castigo justo” (*just desert*), enquanto um limite objetivo à perspectiva puramente dissuasória.

Como comenta Gómez-Jara Díez (2010, p. 93-94), a Análise Econômica do Direito considera que, dentro do potencial dissuasório da sanção penal, deve-se incluir a possível estigmatização como um custo, a fim de que este opere enquanto um efeito de supradissuasão. Todavia, esta posição parece ser, no mínimo, contestável diante dos fins da sanção penal eleitos nas tradições europeia continental e latino-americana.

Isso porque, em nossa tradição, a fundamentação da pena está muito além de qualquer teoria pragmática, de caráter instrumentalista, tendo em vista a sua necessária correlação com a aplicação proporcional e adequada da pena criminal. Ademais, na linha de Jesús-María Silva Sánchez (1996), deve-se considerar que a corrente da assim denominada *Law and Economics* surge no âmbito do direito privado anglo-saxão e, especialmente, em sua vertente punitiva, através da análise dos “*case laws*” próprios da responsabilidade civil norte-americana. Nesse sentido, a razão pela qual a análise de custo-benefício oriunda da ponderação própria da racionalidade econômica é recepcionada

naquele sistema é deveras evidente. Há, ao fim, uma estreita correlação com a teorização acadêmica, a prática jurídica e a influência dela- somada a técnicas próprias da economia- na formulação de teorias jurídicas.

O contrário, entretanto, se observa no contexto europeu continental e, pois, latino-americano. Ainda na linha de Silva Sánchez (2010, p. 94), não é raro se estabelecer uma conexão estreita entre as construções do Direito Penal de *civil law*- sobretudo, em relação à dogmática da teoria do delito e da pena- e a filosofia continental, especialmente aquela de matriz kantiana. Nesse sentido, o sistema de Direito Penal tenderia a uma feição racionalista, de difícil compatibilização com concepções consequencialistas, como as da Análise Econômica do Direito.

Como se viu, essas premissas apoiam-se na ideia, própria da teoria criminológica da associação diferencial, de que o delito de empresa é um delito estrutural. A explicação da conduta desviante, portanto, é determinada pelo ambiente corporativo, naquilo que Sutherland denominaria de “espírito criminal de grupo” (Nieto Martín, 2018, p. 64). Essa perspectiva, portanto, comunica-se bem com a teoria criminológica das escolhas racionais, a qual provém da Análise Econômica do Direito. Afinal, se a finalidade da sanção penal aplicada à pessoa jurídica é a de fazer com que a corporação empregue a “devida diligência” em suas práticas, a assunção quanto ao fato de os delitos cometidos no seio das corporações obedecerem a um cálculo racional, revela-se adequada a este modelo teórico.

O problema, entretanto, revela-se em duas frentes: (i) em primeiro lugar, a aparente incompatibilidade teórica entre tais construções com os modelos europeus continentais e latino-americanos de responsabilidade penal; (ii) em segundo lugar- e, ao que tudo indica, mais preocupante- está no perigo do “efeito perverso” das sanções penais aplicadas às corporações.

Não se pode esquecer, pois, que dissuadir importa, para além de prevenir, também em desestimular. E, ao que tudo indica, os fins da sanção penal perseguidos pela noção de “*deterrence*” não são aqueles efeitos perversos de desestímulo à atividade econômica, mas, exatamente o contrário: o estímulo à atividade econômica socialmente responsável, em conformidade com o direito, ou em termos jurídico-penais, lícita.

Evidentemente, há altíssima relevância político-criminal em se pensar em estratégias institucionais de *enforcement* para a responsabilização empresarial, como é o caso da responsabilidade penal de pessoas jurídicas. Contudo, também se deve considerar os possíveis efeitos perversos, pois, na linha de Eduardo Saad-Diniz (2022, p. 60), a temática exige reflexão para além da formulação de alternativas viáveis para imputar responsabilidade penal às empresas¹⁸. Não se pode esquecer, também, do alto nível de dependência comunitária da sociedade em relação ao papel das empresas, “de sorte a inaugurar uma nova sorte de orientação normativa, determinando o que exatamente pode ser feito para restaurar o conflito e dar voz a quem foi efetivamente vitimizado” (Saad-Diniz, 2022).

Nesse sentido- e sem olvidar dos problemas acima citados-, a Análise Econômica do Direito pode servir ao debate quanto aos fins da pena criminal aplicada às pessoas jurídicas, no direito brasileiro, através da possibilidade de conjugação do referido efeito dissuasório com a possibilidade de elevação dos *standards* de *compliance*. Isso porque a noção de *compliance* está diretamente correlacionada com a de Responsabilidade Social Corporativa (RSC), a qual implica “nova visão da empresa, a empresa como cidadão responsável (*good corporate citizenship*), como um ator não só econômico, senão social e político, com obrigações frente a sua Comunidade” (Nieto Martín, 2018, p. 45).

Sendo assim, dizer que uma empresa é um “bom cidadão”, na linha de Adán Nieto Martín (2018, p. 48-49) implica em três aspectos: (i) de uma ética empírica, de caráter descritivo; (ii) de uma ética normativa, em atenção às relações da empresa com os grupos de interesse; e (iii) em uma gestão baseada em valores.

A ética empírica implica em reconhecer que toda corporação possui valores que “influem no comportamento de seus membros, ainda que necessariamente não compartilhem os mesmos valores” (Nieto Martín, 2018, p. 48). Trata-se, portanto, de uma “cultura corporativa”, a qual conecta-se muito bem com teorias criminológicas, como é o caso das teorias do consenso, especialmente a largamente difundida teoria da associação diferencial. A ética normativa, por sua vez, é aquela que diz respeito às diretrizes gerais a serem observadas pelos indivíduos, que são parte das corporações,

¹⁸ Eduardo Saad-Diniz (2022) oferece um interessante estudo criminológico a respeito da correlação entre as variáveis vitimológica corporativa, justiça restaurativa e os desastres socioambientais no Brasil.

diante de outros grupos de interesse. Ela diz respeito, sobretudo, em “estabelecer quais são as pessoas afetadas pela atividade da empresa e atender suas demandas” (Nieto Martín, 2018, p. 49). Apresenta, consoante se observa, um nítido caráter aplicado. Em relação à gestão baseada em valores, a mesma transmite a ideia de que uma empresa funciona de modo mais correto quando há coerência entre os valores das pessoas que a integram e os da corporação.

5. Considerações finais

Não se pode olvidar das necessidades político-criminais dos tempos contemporâneos. Há diversas perspectivas contemporâneas,¹⁹ com seus apoiadores e opositores, que constroem a dogmática a partir do diálogo com outros campos do conhecimento. Se a própria dogmática do Direito Penal, na contemporaneidade, tende a ser elaborada a partir de uma perspectiva interdisciplinar, a discussão acerca da possibilidade de utilização da metodologia da Análise Econômica do Direito na aplicação de sanções às pessoas jurídicas, com fins dissuasórios – embora polêmica – não está fora de lugar, e, pois, de consideração entre as pautas atuais do Direito Penal e da política criminal.

Evidentemente, a assunção das premissas da *Law & Economics* não poderá servir como um norte geral de política criminal, mas em relação à assim denominada “criminalidade de colarinho branco”, especialmente a corporativa, a Análise Econômica do Direito pode ser uma ferramenta metodológica a ser pensada a partir das funções de prevenção da pena. Afinal, é certo que, diante do déficit de imputação em face da criminalidade corporativa, as tentativas de prevenção de tal espécie de criminalidade revelam-se como oportunas e necessárias, tendo-se em vista o alto potencial delitivo e de dano social deste tipo de criminalidade.

Entretanto, este debate deve ser necessariamente crítico. Não se pode olvidar dos “efeitos perversos” que a sanção penal pecuniária às pessoas jurídicas acarreta ao sistema socioeconômico de um modo geral. Este, por certo, não é e nem pode ser um dos fins da sanção penal. Fica, no entanto, a necessidade do debate crítico acerca de tais possibilidades mencionadas neste estudo- debate este que pondere eventuais pontos positivos e, também, negativos da experiência comparada- enquanto uma possibilidade de enfrentar estas questões, tão complexas, mas ao mesmo tempo, tão necessárias. Afinal, a instituição real da responsabilidade penal da pessoa jurídica, no Brasil, após três décadas de sua previsão constitucional, ainda carece de debates. Seja para instituí-la, seja para negá-la.

Referências

BECKER, Gary Stanley. Crime and punishment: an economic approach. **Journal of Political Economy**, Chicago, v. 76, n. 2, p. 169-217, 1968.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BONGER, Willem Adriaan. **Criminalité et conditions économiques**. Amsterdam: Mass & Van Suchtelen, 1905.

BRANCO, Daniela Holler. Responsabilidade penal das corporações: lições dos sistemas jurídicos anglo-americanos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 96, n. 862, p. 463-484, ago.2007.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 11 dez. 2024.

¹⁹ Como comenta Silva Sánchez (1996, p. 95), o pensamento consequencialista, no direito penal, é representado, sobretudo, pelas correntes funcionalistas. Não precisamente pelas correntes da Análise Econômica do Direito.

BRODT, Luís Augusto Sanzo; MENEGHIN, Guilherme de Sá. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: um estudo comparado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 104, n. 961, p. 245-273, nov. 2015.

CARDOSO, Luis Eduardo Dias. **O conceito normativo de crime na teoria econômica de Gary Becker**. Florianópolis, 2018, 227f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina.

CLINARD, Marshall.; YEAGER, Peter. **Corporate crime**. Nova York: Free Press, 1980.

COASE, Ronald. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, p. 1-44, out. 1960.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6. ed. Boston: Addison-Wesley, 2016.

DWORKIN, Ronald. Is wealth a value?. **The Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 9, n. 2, p. 191-226, mar. 1980.

ESTELLITA, Heloisa. Levando a sério os pressupostos da responsabilidade penal de pessoas jurídicas no Brasil. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 18, n. 75, p. 59-79, out./nov., 2019.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. Crimes de colarinho branco, seletividade sistêmica e modelo sancionatório à luz da análise econômica do direito. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 12, n. 52, p. 187-214, jan./março de 2014.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis *et al.* Responsabilização por ilícitos praticados no âmbito de pessoas jurídicas: uma contribuição para o debate público brasileiro. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 11, n. 94, p. 1-74, jun./set. 2009.

GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz**. Trad. Ciro Mioranza. Florianópolis: Editora Unijuí-Fondazione Cassamarca, 2004.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Estados Unidos de América**. 1. ed. Lima: ARA Editores, 2010.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. **Sequência Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 35, n. 68, p. 261-290, jun. 2014.

HEINEN, Luana Renostro. **Performatividade: o direito transformado em dispositivo pela análise econômica do direito**. Florianópolis, 2016, 360f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina.

LYRA, Roberto. **Economia e crime**. Rio de Janeiro: Rodrigues & Cia., 1933.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Montevideu/Buenos Aires: B de F Editorial, 2003.

NIETO MARTÍN, Adán; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; DE LA GALANA, Beatriz García; CORDERO, Isidoro Blanco (orgs.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

NIETO MARTÍN, Adán. Introducción al derecho penal económico y de la empresa. In: DE LA MATA BARRANCO, Norberto; GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; NIETO MARTÍN, Adán. **Derecho penal económico y de la empresa**. Madrid: Editorial Dykinson, 2018, p. 39-60.

PÁDUA, Renata Rodrigues de. **O princípio da eficiência como instrumento de racionalização do poder punitivo penal na criminalidade econômica**. Belo Horizonte, 2018, 228f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais.

POSNER, Richard Allen. **A Economia da Justiça**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

POSNER, Richard Allen. **Economic analysis of law**. 4. ed. Canada: Little, Brown and Company, 1992.

POSNER, Richard Allen. Utilitarianism, Economics and Legal Theory. **Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 8, n. 1, p. 103-140, jan. 1979.

POSNER, Richard Allen. **The problems of jurisprudence**. Harvard University Press, 1990.

PRATA, Daniela Arantes. **Criminalidade corporativa e vitimização ambiental**: análise do Caso Samarco. São Paulo: LiberArs, 2019.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

OLIVEIRA, Cristina Rego de; SAAD-DINIZ, Eduardo (orgs.). **Justiça restaurativa: diálogos do Projeto USP-Restaura**. São Paulo: Editora Liber Ars, 2022.

RODRIGUES, Filipe Azevedo. **Análise econômica da expansão do direito penal**. Natal, 2013. 195f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

SAAD-DINIZ, Eduardo. **Vitimização corporativa, justiça restaurativa e desastres socioambientais no Brasil**. Justiça restaurativa em ação: diálogos do Projeto USP-Restaura. São Paulo: LiberArs, 2022.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Eficiencia y derecho penal. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 49, p. 1, p. 93-128, 1996.

SOUZA, Cláudio Macedo de. **Direito penal no Mercosul: uma metodologia de harmonização**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

SOUZA, Cláudio Macedo de. Direito Penal Internacional no Mercosul: por uma Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica Contra o Trabalho Escravo. **Revista Brasileira de Direito Internacional**, Curitiba, v. 2, n. 2, p.135-153, jul./dez. 2016.

SUTHERLAND, Edwin Hardin. White-Collar Criminality. **American Sociological Review**, Washington, v. 5, n. 1, 1940, p. 1-12.

SYKES, Gresham; MATZA, David. Techniques of neutralization: a theory of delinquency. **American Sociological Review**, Chicago, v. 22, p. 664-670, dez. 1957.