

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÚCLEO DE ESTUDOS SISTEMA CRIMINAL E CONTROLE SOCIAL - SCCS
COORD: PROF. DR. PAULO CESAR BUSATO

**FUNDAMENTO E LIMITES DA POTESTADE PUNITIVA SANCIONATÓRIA
PECUNIÁRIA NA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA**

Síntese do Projeto de Investigação inserido no marco do projeto de tese doutoral do Programa de Doutorado de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Pablo de Olavide/Espanha, ora apresentado para fins de **Requerimento de Inscrição** no projeto “Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas” – IV Eixo de Pertinência Temática (Sanções penais a pessoas jurídicas) – do Núcleo de Estudos Sistema Criminal e Controle Social (SCCS) do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná

Alexey Choi Caruncho

CURITIBA
2017

LINHAS GERAIS DO PROJETO DE PESQUISA

I. Eixo de pertinência temática

Sanções penais e pessoas jurídicas

II. Delimitação do tema

Investigação voltada a uma releitura do fundamento e dos limites no uso da potestade punitiva sancionatória pecuniária no âmbito da responsabilidade penal da pessoa jurídica, tomando por referência, essencialmente, uma perspectiva sociológica que observe o atual modelo gerencial-atuarial de penalidade.

III. Justificativa

No final da década de 80 do século passado, Zygmunt Bauman denunciava o equívoco em considerar-se evidente o que estava longe de sê-lo. Referia-se o autor, particularmente, ao frequente uso que se persistia fazendo da expressão *liberdade*, gerando uma familiaridade e não se detendo nem se raciocinando sobre seu efetivo significado dentro da conjuntura social de um certo momento histórico¹.

Nos anos imediatamente seguintes, Viviana Zelizer faria igual análise em relação ao *dinheiro*, ressaltando como ele devia deixar de ser percebido como um agente impessoal e imune a qualquer influência social, para notá-lo como algo que é constantemente afetado pelas condições culturais e estruturais de uma sociedade².

Partindo-se da premissa de que os atuais sistemas ocidentais de atribuição de responsabilidade têm por pressupostos, justamente, a *liberdade* e o *dinheiro*, estes alertas nos levam a indagar se suas políticas sancionatórias compreendem estas expressões com base na conjuntura histórica e social na qual estão envolvidas. Se, sob uma perspectiva sociológica, se aceita que tanto a *pessoa livre* quanto o *dinheiro* estão, inevitavelmente, vinculados à conjuntura social de momento³, parece previsível que devesse existir uma significação distinta da relação entre *pessoa*, *liberdade* e *dinheiro* quando comparados os modelos societários do passado com o atual.

¹ BAUMAN, Zygmunt. *A liberdade*. Trad. M. F. Gonçalves de Azevedo. Lisboa: Editorial Estampa, 1989.

² ZELIZER, Viviana. A. R. *The social meaning of money*. New York: BasicBooks, 1994.

³ BAUMAN, Z. *A liberdade...*, p. 16-17.

É que, uma análise do cenário das políticas criminais sancionatórias da atualidade tende a concluir que tais políticas estariam tomando por base concepções muito aquém da potencialidade das referidas expressões.

De fato, se é certo que a *restrição da liberdade ambulatorial*, desde os albores da sanção moderna, tomou por base o *indivíduo* e o *trabalho* como eixos centrais e estruturantes de toda a sociedade⁴ – uma circunstância que conduziria a uma forma de castigo em que a *restrição do tempo de trabalho da pessoa física* fomentaria sua disciplina e emancipação para poder alcançar o máximo grau de desenvolvimento de suas capacidades⁵ –, no cenário atual, o eixo passou a ser o *consumo*, ladeado por um protagonismo diferenciado entregue aos *entes coletivos*.

E, com base nestes novos eixos, a *restrição do tempo* passou a implicar, inevitavelmente, em novas consequências, merecendo uma imediata releitura vinculada, em especial, à *limitação da liberdade de participar do mercado de consumo*.

Com efeito, da mesma forma que na sociedade moderna a norma imposta a seus membros era a de adquirir a capacidade e a vontade de produzir e trabalhar, a sociedade atual impõe a seus integrantes a norma de “*ter capacidade e vontade de consumir*”⁶. E diante desta demanda, é evidente o rol assumido pelos *entes coletivos*, já que estruturantes de todo e qualquer *mercado de consumo*.

Quando se refere a uma sociedade de consumo, portanto, do que se trata é de enfatizar a existência, de um lado, de uma *obrigação de ser consumidor*, em um âmbito regulado por um princípio de prazer e de desejos imediatos que não admitem demora⁷. De outro, enfatiza-se a existência de um ambiente social, no qual interessa às pessoas jurídicas fomentar um contínuo e cada vez mais intenso *mercado de consumo*. A *liberdade* que adquire interesse, a partir daí, já não será mais a de produzir e trabalhar, senão necessariamente àquela voltada a consumir.

Assim, pela perspectiva da pessoa física, a única condição para que alguém se *sinta livre* passa a ser a de figurar como consumidor⁸. Afinal, já não sobra opção à

⁴ ROLDÁN BARBERO, Horacio. *El dinero, objeto fundamental de la sanción penal: un estudio histórico de la moderna pena de multa*. Madrid: Akal, 1983.

⁵ BERLIN, Isaiah. *Dos conceptos de libertad y otros escritos*. Trad. Ángel Rivero. Madrid: Alianza Editorial, 2001, pp. 47-49. No mesmo sentido, SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio. *Estudios sobre las libertades*. Valencia: Tirant lo blanch, 1995, p. 44.

⁶ BAUMAN, Z., *Trabajo, consumismo y nuevos pobres...*, p. 44. Em igual sentido, SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O método do Direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 5; BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, pp. 71 e segs., ressaltando que esta ‘sociedade de consumidores por vocação’ representa “o tipo de sociedade que promove, encoraja ou reforça a escolha de um estilo de vida e uma estratégia existencial consumistas, e rejeita todas as opções culturais alternativas”.

⁷ ENRIQUE ALONSO, Luis. “Cultura y desigualdad: el concepto de consumismo en Zygmunt Bauman, en *Revista Anthropos*, n.º 206. Barcelona: Anthropos Editorial, 2005, pp. 36-51 (p. 39).

⁸ BAUMAN, Z., *Libertad...*, p. 137.

liberdade de consumir e outros tipos de liberdade, senão entre aquela e a falta de liberdade⁹. Não se trata, observe-se, de um consumo relacionado à mera compra e posse de bens, nem tampouco à capacidade de aumentar riqueza. Na realidade, do que se trata é de um consumo de bens com capacidade de distinguir, ou seja, bens com potencial de servir como “*insignia de pertencer ao lado correto*”, implicando numa constante luta por símbolos e por indícios visuais que possibilitem a distinção entre as pessoas¹⁰. Se trata, por assim dizer, de adquirir bens para conseguir uma aprovação social e uma diferenciação da posição social conforme o estilo de vida¹¹.

De outra banda, pela perspectiva dos entes coletivos, abre-se caminho para a necessária presença de uma “soberania dos mercados”¹², na qual o poder centralizado estatal de outrora, enfraquecido, se inclina a entregar muitas de suas funções e prerrogativas para “poderes impessoais dos mercados”¹³, o que explica o protagonismo assumido por certas pessoas jurídicas desde, ao menos, o último quarto do anterior século.

Pois é, precisamente, dentro desta nova conjuntura que a expressão *liberdade* deixa de poder estar vinculada, exclusivamente, à *pessoa física* e seu sentido *ambulatorial*. Com efeito, ao assumirem importância os *entes coletivos* dentro desta lógica de *liberdade* e de *mercado de consumo*, todos os instrumentos de controle social passam a demandar a referida reanálise.

Afinal, se a *liberdade* passou a significar mais do que a mera ausência de restrições ambulatoriais, estando diretamente afeta à própria eficácia das atuações individuais e sua possibilidade de possuir bens e recursos, é natural que, como é próprio de uma ética de consumo, a realização pessoal, a autonomia e a liberdade só consigam ser supridas por meio de compensações materiais¹⁴. E, dentro desta perspectiva, a *restrição do dinheiro* passa a significar a *restrição da liberdade*, seja para o consumidor, seja para os responsáveis pelo consumo.

Este é um pano de fundo que leva a revisitar os institutos pecuniários sancionatórios, especialmente diante da potencialidade que passam a assumir para servir

⁹ *Ibid.*, p. 226.

¹⁰ Dos mais variados tipos, estes indícios incluem desde a forma do próprio corpo até os lugares frequentados e os gostos de uma pessoa (BAUMAN, Z. *A liberdade...*, p. 123).

¹¹ BOURDIEU, Pierre. *La distinción: criterios y bases sociales del gusto*. Madrid: Taurus, 2000.

¹² BAUMAN, Z., *Vida para consumo...*, p. 87.

¹³ BAUMAN, Z., *Vida para consumo...*, p. 87.

¹⁴ Não se ignora que em qualquer modelo de sociedade se encontram características próprias de consumo, pois ninguém pode sobreviver sem consumir. Quando se refere a uma *sociedade de consumo*, portanto, do que se trata é de enfatizar algo mais. Ou seja, de enfatizar a existência de uma obrigação de ser consumidor, em um âmbito regulado por um princípio de prazer e de desejos imediatos que não admitem demora (ENRIQUE ALONSO, Luis. “Cultura y desigualdad: el concepto de consumismo en Zygmunt Bauman, en *Revista Anthropos*, n.º 206. Barcelona: Anthropos Editorial, 2005, pp. 36-51).

como instrumento de controle social dos entes coletivos. Afinal, dentro deste contexto sociológico, as sanções de natureza pecuniária tendem a desempenhar um papel mais importante. Até porque, não há dúvidas de que elas são capazes de impactar nas possibilidades financeiras de uma pessoa jurídica, diminuir e inclusive anular sua capacidade mercantil e, por conseguinte, influir diretamente no protagonismo social que ocupam.

Sob a perspectiva sancionatória, ademais, não se pode ignorar o contexto de *sociedade de risco* que há muito deve ser interpretado além daquela inicial proposta de transformação de um sistema jurídico em que cobram especial importância novos interesses coletivos. Com efeito, é necessário reconhecer que, sob a perspectiva de uma política criminal sancionatória atual, a concepção de risco deve partir do reconhecimento da existência de uma *racionalidade gerencial* em matéria de políticas criminais, bem como do *desenvolvimento de lógicas e instrumentos de risco* na tomada de decisões em matéria punitiva, dando lugar à *perspectiva atuarial penal* que cada vez assume maior destaque também no entorno dos sistemas continentais.

Só dentro de um tal modelo *gerencial-atuarial de penalidade* é que pode ser bem compreendida a política criminal sancionatória das pessoas jurídicas. Afinal, se pela *perspectiva gerencial* esta discussão vai implicar no enfrentamento das técnicas organizacionais da intitulada *nova gestão pública*¹⁵, sob a *perspectiva atuarial*, as transformações produzidas levam à conformação de estruturas normativas que exigem um ambiente social dotado de sujeitos prudenciais, isto é, de sujeitos responsáveis pela gestão de seus próprios riscos criminais.

O marco referencial evidente, aqui, será aquele de natureza preventiva, que vai estabelecer uma lógica que conduz ao emprego, cada vez mais presente, de instrumentos de predição de riscos para a tomada de decisões por parte das agências de controle.

Dentro deste modelo gerencial atuarial, ganha destaque a *racionalidade econômica de organização da potestade punitiva*, levando em conta os custos e a eficiência do sistema e, desta forma, pensando e estruturando a penalidade a partir da concepção da escassez de recursos¹⁶.

Um tal cenário reforça, ainda, mais, a inevitável importância e protagonismo que devem assumir as políticas sancionatórias pecuniárias, que haverão de ser enfrentadas, portanto, sob os vieses de sua *fundamentação e limites* na utilização.

¹⁵ BRANDARIZ GARCÍA, J. Á. *El modelo gerencial-actuarial de penalidad: Eficiencia, riesgo y sistema penal*. Madrid: Dykinson, 2016, em especial, Cap. V.

¹⁶ BRANDARIZ GARCÍA, J. Á. *El modelo gerencial-actuarial de penalidad: Eficiencia, riesgo y sistema penal*. Madrid: Dykinson, 2016, p. 27.

Tem-se por hipótese que, referido enfrentamento, tende a descortinar um cenário de grande complexidade e de absoluta falta de coerência e proporcionalidade no âmbito da *elaboração das políticas legislativas nesta seara*, o que contribui para uma percepção de ineficácia do sistema sancionador de cunho pecuniário e aparta, ainda mais, a relação entre *liberdade e dinheiro* de uma significação que pudesse estar vinculada à conjuntura social atual.

Isto só reforça a importância da proposta de *evidenciar os fundamentos e os limites no uso da potestade punitiva sancionatória pecuniária*. Afinal, dentro de um contexto em que se tem como certa a vinculação do poder público à proporcionalidade no uso dos meios voltados à restrição de direitos fundamentais¹⁷, o que se deve pontuar é que, também no que diz respeito ao uso do poder sancionador pecuniário, deve-se *pretender* a existência de instrumentos estatais proporcionais¹⁸, entendendo-se por tal, no que aqui irá interessar, aquele instrumento que se apresente como *adequado e necessário* para o atingimento de uma legítima finalidade punitiva e afliativa pela via pecuniária.

IV. Objetivo geral

Evidenciar os fundamentos e os limites no uso da potestade punitiva sancionatória pecuniária, no âmbito da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

V. Objetivos específicos

Tendo por premissa a justificativa apresentada, verifica-se que o presente projeto de investigação objetiva, especificamente, a formulação de uma proposta de política criminal que delimite o espaço de tutela que deve estar reservado à sanção pecuniária das pessoas jurídicas.

¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007 (ed. orig. 1986); do mesmo, *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004.

¹⁸ Enfrentando a questão das limitadas pretensões que a ciência jurídica pode possuir na atualidade, cf. SASTRE ARIZA, Santiago. "Algunas consideraciones sobre la ciencia jurídica". *Doxa*, n. 24, 2001, pp. 579-601, em especial item 4. No mesmo sentido, ATIENZA, Manuel. "Sobre la jurisprudencia como técnica social. Respuesta a Roberto J. Vernengo". *Doxa*, n. 3, 1986, pp. 297-311.

Como corolário, objetiva-se, ainda, possibilitar uma orientação ao processo de elaboração de normas sancionatórias pecuniárias nesta seara¹⁹, com a pretensão última de propor um equilibrado e proporcional formato de controle social pela via da restrição pecuniária para fins de uma mais precisa responsabilização penal das pessoas jurídicas.

VI. Marcos teóricos e referências bibliográficas provisórias

Sem qualquer pretensão de exaustividade, desde logo, restaram identificadas as seguintes referências bibliográficas que vão interessar ao projeto de pesquisa proposto:

AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999.

ALEX, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007 (ed. orig. 1986);

ALEX, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004.

ATIENZA, Manuel. "Sobre la jurisprudencia como técnica social. Respuesta a Roberto J. Vernengo". *Doxa*, n. 3, 1986, pp. 297-311.

ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997.

BAUMAN, Zygmunt. *A liberdade*. Trad. M. F. Gonçalves de Azevedo. Lisboa: Editorial Estampa, 1989.

BAUMAN, Zygmunt. *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1989.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BERLIN, Isaiah. *Dos conceptos de libertad y otros escritos*. Trad. Ángel Rivero. Madrid: Alianza Editorial, 2001.

BOURDIEU, Pierre. *La distinción: criterios y bases sociales del gusto*. Madrid: Taurus, 2000.

BRANDARIZ GARCÍA, J. Á. *El modelo gerencial-actuarial de penalidad: Eficiencia, riesgo y sistema penal*. Madrid: Dykinson, 2016.

¹⁹ Neste particular, servem como ponto de partida, ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997; ZAPATERO, V.; GARRIDO GÓMEZ, M. I.; ARCOS ROMERO, F. *El derecho como proceso normativo: lecciones de teoría del derecho*. Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá de Henares, 2010; AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999; VAN AAKEN, Anne. "How to do Constitutional Law and Economics: A Methodological Proposal". University of St. Gallen Law & Economics Working Paper, n. 2008-04. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1103815>. Acesso em: 19 mar. 2013; PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *La justificación de las leyes penales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013; MARCILLA CÓRDOBA, Gema. *Racionalidad legislativa: crisis de la ley y la nueva ciencia de la legislación*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005; NAVARRO FRÍAS, Irene. "Técnica legislativa y Derecho penal". *Estudios penales y criminológicos*, v. 30, n. Universidade de Santiago de Compostela, p. 219-268, 2010; Díez RIPOLLES, José Luis. "Un modelo dinámico de legislación penal". In: *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 291-330; do mesmo: *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003; FLETCHER, George P. "The Right and the Reasonable". *Harvard Law Review*, v. 98, p. 949, 1984.

DÍEZ RIPOLLES, José Luis. "Un modelo dinámico de legislación penal". In: *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 291–330

DÍEZ RIPOLLES, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

ENRIQUE ALONSO, Luis. "Cultura y desigualdad: el concepto de consumismo en Zygmunt Bauman, en *Revista Anthropos*, n.º 206. Barcelona: Anthropos Editorial, 2005, pp. 36-51.

FLETCHER, George P. "The Right and the Reasonable". *Harvard Law Review*, v. 98, p. 949, 1984.

MARCILLA CÓRDOBA, Gema. *Racionalidad legislativa: crisis de la ley y la nueva ciencia de la legislación*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

NAVARRO FRÍAS, Irene. "Técnica legislativa y Derecho penal". *Estudios penales y criminológicos*, v. 30, Universidade de Santiago de Compostela, p. 219–268, 2010.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *La justificación de las leyes penales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

ROLDÁN BARBERO, Horacio. *El dinero, objeto fundamental de la sanción penal: un estudio histórico de la moderna pena de multa*. Madrid: Akal, 1983.

SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio. *Estudios sobre las libertades*. Valencia: Tirant lo blanch, 1995.

SASTRE ARIZA, Santiago. "Algunas consideraciones sobre la ciencia jurídica". *Doxa*, n. 24, 2001, pp. 579-601.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O método do Direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VAN AAKEN, Anne. "How to do Constitutional Law and Economics: A Methodological Proposal". *University of St. Gallen Law & Economics Working Paper*, n. 2008-04. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1103815>. Acesso em: 19 mar. 2013.

ZAPATERO, V.; GARRIDO GÓMEZ, M. I.; ARCOS ROMERO, F. *El derecho como proceso normativo: lecciones de teoría del derecho*. Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá de Henares, 2010.

ZELIZER, Viviana. A. R. *The social meaning of money*. New York: BasicBooks, 1994.