



DIREITO PENAL INTERNACIONAL NO MERCOSUL: POR UMA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA CONTRA O TRABALHO ESCRAVO

INTERNATIONAL CRIMINAL LAW IN MERCOSUR: THE CRIMINAL LIABILITY OF THE LEGAL PERSON AGAINST THE SLAVE LABOR

¹Cláudio Macedo de Souza

RESUMO

Este artigo objetiva discutir o desenvolvimento do Direito Penal Internacional no MERCOSUL sob a perspectiva da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Motivado pelo ideário da proteção da liberdade individual previsto na Convenção n. 29 sobre o trabalho forçado da OIT, este texto acena com a possibilidade de uma harmonização legislativa em matéria penal que vise ao ente coletivo, como forma de coibir adequadamente o trabalho análogo à escravidão no MERCOSUL.

PALAVRAS-CHAVE: Cooperação internacional; Harmonização Legislativa; Trabalho análogo à escravidão; Responsabilidade penal; MERCOSUL

ABSTRACT

This article aims to discuss the development of international criminal law in MERCOSUR from the perspective of criminal liability of legal entities. Motivated by the ideal of protection of individual freedom about the forced labor at the Convention 29 of the OIT, this text beckons with the possibility of a legislative harmonization in criminal matters aimed to the legal entities, in order to properly restrain slave labor in MERCOSUR.

KEYWORDS: International cooperation; Harmonization of criminal law; Slave labor; Criminal liability; MERCOSUR

¹ Doutor em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas - UFMG, Minas Gerais, (Brasil). Professor Adjunto de Direito Penal pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Santa Catarina, SC, (Brasil). Pesquisador do CNPq; E-mail: clauruas@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Este artigo objetiva debater o desenvolvimento do Direito Penal Internacional no MERCOSUL sob a perspectiva da responsabilidade penal da pessoa jurídica em relação aos crimes de trabalho análogo à escravidão. A internacionalização do Direito Penal no MERCOSUL é imperativa, pois decorre tanto do *princípio da cooperação internacional* previsto na Convenção n. 29 sobre o trabalho forçado da OIT² quanto do artigo 1º do Tratado de Assunção que prevê *a harmonização legislativa entre os Estados-membros*. Dentre os assuntos penais que merecem ser considerados para a repressão à criminalidade na esfera comunitária, está o tema relacionado ao trabalho escravo previsto na referida Convenção. A proibição do crime visa a proteger a liberdade individual no que se refere, sobretudo, ao direito de locomoção e de escolha das vítimas envolvidas³.

O crime consiste na submissão ou na sujeição de pessoas ao domínio ou à vontade de outra, forçando-as à sua prestação. Portanto, a conduta ofende direito fundamental, o que equivale a suprimir o direito individual de liberdade, deixando alguém completamente submisso aos caprichos de outrem. A essência do crime reside na sujeição de uma pessoa a outra, estabelecendo uma relação entre sujeito ativo e sujeito passivo análoga à do antigo cativo. Essa relação se refere à condição semelhante ou equivalente à de escravo, pois o *status libertatis*, como direito, permanece íntegro, sendo suprimido apenas de fato.

Percebe-se, que não se trata de uma mera relação de trabalho entre sujeito ativo e sujeito passivo, realizada na zona rural ou urbana das grandes cidades. Pelo contrário, está-se diante de uma relação de submissão e de alienação da vontade e do livre arbítrio

² A obrigação prevista na Convenção n. 29 da OIT- Genebra/1930 deriva do princípio da cooperação. Art. 1 — 1. Todos os Membros da Organização Internacional do Trabalho que ratificam a presente convenção se obrigam a suprimir o emprego do trabalho forçado ou obrigatório sob todas as suas formas no mais curto prazo possível. Essa obrigação está prevista, também, na Convenção da OIT sobre a Abolição do Trabalho Forçado n. 105 de 1957.

³ A Convenção n. 29 da OIT reza: “Art. 25 — O fato de exigir ilegalmente o trabalho forçado ou obrigatório será passível de sanções penais, e todo Membro que ratificar a presente convenção terá a obrigação de assegurar que as sanções impostas pela lei são realmente eficazes e estritamente aplicadas.”



de uma pessoa. A submissão abrange, sobretudo, a forma como a conduta é realizada. A conduta, por exemplo, de criar obstáculos para a saída do empregado dos limites da propriedade em razão de dívida contraída com o empregador ou com o preposto consiste num sórdido expediente fraudulento. Na prática do crime não se cogita de redução à escravidão, tendo em vista que não há a possibilidade legal do domínio de um homem sobre o outro. Entretanto, a proibição visa a reprimir uma modalidade de crime em que o sujeito ativo subjuga a vítima com a finalidade de obter lucro na realização de sua atividade econômica e/ou financeira.

Trata-se, portanto, de criminalidade que envolve empresas. Essa constatação empresta-lhe o perfil econômico-financeiro. Ademais, as empresas podem estar estabelecidas em vários lugares; e, por isso, o crime pode ocorrer simultaneamente em diversas partes do mesmo país e/ou entre países. Eis aí o seu caráter dinâmico. Além do perfil econômico-financeiro, o caráter dinâmico também revela sua transnacionalidade⁴. Não resta dúvida de que o crime transnacional propicia e estimula a abertura da dogmática jurídico-penal à normação internacional, pois só assim será possível coibir adequadamente as condutas ofensivas à liberdade individual. E mesmo diante das situações expostas acima, a responsabilidade penal recai apenas sobre a pessoa física de modo que a prevenção e a repressão tornam-se insuficientes e, conseqüentemente, a proteção à liberdade individual mostra-se precária.

Respaldo e atento a tais situações, indaga-se: “Como o Direito Penal Internacional deveria desenvolver-se no âmbito do MERCOSUL a fim de que a repressão e a prevenção aos crimes relacionados ao trabalho escravo pudessem ser incrementadas entre os Estados-membros de modo a produzir maior efetividade à proteção da liberdade individual?” Supôs-se, então, que na esfera comunitária, o incremento da repressão e da prevenção ao trabalho escravo e a conseqüente proteção da liberdade individual demandam a ampliação do princípio da responsabilidade penal a fim de que a pessoa jurídica seja incluída como sujeito ativo do crime.

A ampliação da responsabilidade penal para alcançar a pessoa jurídica justifica a presente investigação, porque apresenta condições dogmáticas e teóricas para a

⁴ Crimes transnacionais são aqueles previstos em Tratados e Convenções Internacionais. E por qual motivo estão previstos em instrumentos internacionais? A previsão se justifica por causa da dinâmica quanto à realização desses crimes e, também, por causa do seu perfil econômico e/ou financeiro.



construção de uma ordem jurídico-penal no MERCOSUL de valor cada vez mais preconizadora dos direitos e garantias individuais. Em outros termos, a responsabilidade penal da pessoa jurídica na esfera comunitária está justificada na busca pela efetividade da liberdade individual, direito fundamental protegido não apenas pela Convenção n. 29 da OIT; mas também, pela Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) ⁵.

Intitulado de trabalho forçado ou obrigatório⁶ pela Convenção, a responsabilidade penal da pessoa jurídica para a repressão e a prevenção na esfera comunitária é um imperativo, pois o lucro buscado pelos sujeitos ativos se fundamenta em novas formas de condutas que se modernizam a cada dia⁷. No mundo atual, o trabalho forçado assume várias formas e a ordem jurídico-penal que o combate, deve incorporar essa realidade. Novas formas de trabalho forçado demandam novas formas de repressão e de prevenção contrárias a essa modalidade de violência que atenta contra a dignidade do ser humano. No entanto, o MERCOSUL enquanto espaço comunitário ainda não recepcionou integralmente a opção política internacional da proteção da liberdade individual previsto em Convenções, pois não harmonizou esse ideário sob a perspectiva da responsabilização das empresas que cometem o crime por meio de suas atividades de exploração industrial, comercial e agropecuária.

Atualmente, a técnica legislativa e o clássico instrumental dogmático-penal ideologicamente condicionado e pautado pelos princípios da responsabilidade pessoal e da responsabilidade subjetiva têm sido considerados obstáculos à responsabilização da pessoa jurídica. Entretanto, afirma-se que o debate a respeito desse tema não pode ter início pela dogmática penal clássica, porque a atual prática – interpretação e aplicação – do Direito Penal baseia-se na tradicional Teoria do Crime. Com isso, o debate deve

⁵ Convenção de 1969. Artigo 6º - Proibição da escravidão e da servidão 1. Ninguém poderá ser submetido a escravidão ou servidão e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas.

⁶ Segundo a Convenção 29: Art. 2 — 1. Para os fins da presente convenção, a expressão ‘trabalho forçado ou obrigatório’ designará todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade.

⁷ A Conferência da Organização Internacional do Trabalho (OIT) aprovou em 2014, em Genebra, dois novos instrumentos legais que atualizam a Convenção 29, aprovada na OIT em 1930, que trata sobre trabalho forçado. Um deles, o Protocolo, dispõe sobre as práticas de trabalho forçado mais modernas, como o tráfico humano.



gravitar em torno dos ajustes na Teoria do Crime os quais deverão modificar a dogmática penal clássica. A justificativa para os ajustes na Teoria do Crime decorre de uma opção eminentemente política. Diante desse fato, a responsabilidade penal não poderá ser entendida na forma tradicional. Pelo contrário, deve ser entendida à luz de uma nova responsabilidade, classificada como social.

Superadas as fases causalista e finalista, a responsabilidade penal se fundamenta em outra concepção de ação, que apresenta perspectiva na teoria da adequação social. Essa idéia acrescenta a esse conceito de ação sua relevância social, porque parte do pressuposto de que o dolo e a culpa se inserem dentro do contexto do tipo legal. Afirma-se, portanto, que relevante socialmente é a conduta sobre a qual se possa promover um juízo de valor. Vê-se, pois, praticamente que toda conduta ajustável materialmente ao tipo legal pode ser considerada como socialmente relevante.

Portanto, a dinâmica da Teoria do Crime está no seu caráter normativo e não naturalístico. A tipicidade penal é a realização de uma conduta juridicamente relevante. Desse conceito evidencia-se, claramente, que não se justifica mais discutir se a adequação social está na tipicidade, na ilicitude ou na culpabilidade. Na verdade, o tipo é o ponto de partida para a discussão de qualquer questão penal. Sem o seu preenchimento material, a conduta será sempre irrelevante penalmente. Enfim, a conduta socialmente adequada está dentro da ação penalmente (materialmente) típica.

Mas, de que forma a pessoa jurídica seria capaz de realizar uma ação com relevância penal conforme o ideário de proteção da liberdade individual prevista em Convenções Internacionais? Resta a hipótese de que a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e que pratica atos no meio social. Em outros termos, a autoria das empresas deriva da sua capacidade jurídica de ter produzido um resultado jurídico ao violar seu papel social imposto pelo sistema normativo vigente. Esta seria a ação penalmente relevante, passível de responsabilização.

Neste artigo, a metodologia desenvolvida consistirá na avaliação da própria Resolução da OIT, bem como da teoria da responsabilidade penal. Esta análise ocorrerá em três etapas. Na primeira etapa, o texto empreende uma abordagem que problematiza a incriminação da pessoa jurídica com foco na Convenção da OIT e com base no caráter de *ultima ratio* para a construção do Direito Penal Internacional no MERCOSUL. O discurso da *ultima ratio* é preservado porque a negatividade social da conduta criminosa



existe; e, ela decorre de uma relação de dominação e sujeição do sujeito passivo ao sujeito ativo, produzida pela *violência; pela grave ameaça; pela fraude, ou; por qualquer outro modo que reduza ou que impossibilite a sua liberdade individual*. Ademais, a presença do Direito Penal como *ultima ratio* é também justificada, diante da previsão internacional da liberdade de escolha e da liberdade de locomoção enquanto direitos fundamentais do cidadão.

Em uma segunda etapa, o injusto penal no que se refere ao trabalho análogo à escravidão na esfera comunitária é analisado como categoria dogmática relevante para a identificação da responsabilidade penal, porque é traduzido como um conjunto de circunstâncias fáticas do tipo penal que diretamente se ligam à fundamentação da ilicitude. A harmonização do ideário da proteção da liberdade individual sob a perspectiva da responsabilidade penal do ente coletivo vai requerer duas observações.

Em primeiro lugar, será preciso ressaltar que cabe aos Estados, nas democracias maduras, garantir os direitos fundamentais aos seus cidadãos; entre os quais o direito à liberdade de escolha e de locomoção positivados em suas Constituições. Em segundo lugar, será preciso assumir que o centro de gravidade do Direito Penal está relacionado à consequência jurídica do crime, isto é, à sanção penal. Esse alerta reside no fato de que a aplicação da sanção penal é uma manifestação da responsabilidade penal. Portanto, no desenvolvimento de um Direito Penal Internacional no MERCOSUL, não se pode separar a função de Direito Penal do conceito de responsabilidade penal.

Finalmente, a terceira etapa conclui que a ampliação da responsabilidade penal para alcançar a pessoa jurídica não tem o sentido de expandir ou de maximizar o Direito Penal. Pelo contrário, busca concretizar o princípio da cooperação internacional; ou seja, compreender e desenvolver o Direito Penal no MERCOSUL pela via da harmonização do ideário da proteção da liberdade individual, já existente em Convenções Internacionais.

1 O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL COMO *ULTIMA RATIO*

Atualmente, sob o ponto de vista da técnica legislativa, é impossível responsabilizar penalmente a pessoa jurídica pela prática do crime de “redução à



condição análoga à de escravo”, pois o sujeito ativo só pode ser a pessoa física. Entretanto, mesmo diante da impossibilidade técnica apontada, não se pode transferir, automaticamente, a autoria pela prática do crime para as pessoas físicas que representam a pessoa jurídica, sem a demonstração inequívoca de uma *atuação personalíssima e voluntária* do dirigente no contexto criminoso, ainda que indiciariamente, por força dos princípios da responsabilidade pessoal e da responsabilidade subjetiva. Neste caso, há também obstáculos de ordem dogmática para responsabilizar penalmente as empresas, pois a atual prática – interpretação e aplicação – do Direito Penal se baseia na tradicional Teoria do Crime.

A crescente globalização, impulsionada pelas novas tecnologias, contribui com o surgimento da criminalidade econômica e/ou financeira. A empresa é o eixo de onde a criminalidade econômica e/ou financeira pode advir, o que justificaria sua responsabilidade penal. Embora o assunto ainda não tenha sido regulamentado; no Brasil, por exemplo, a Constituição Federal cuidou da responsabilidade penal da pessoa jurídica em relação aos crimes econômicos e/ou financeiros, conforme artigo 173, § 5^o.

A referência à pessoa jurídica, portanto, não ocorreu de maneira aleatória, mas como uma escolha política, diante da pequena eficácia das sanções de natureza administrativa e trabalhista aplicadas aos entes morais no que se refere aos crimes com motivação econômica. Não é incomum ouvir-se a afirmação de que bastariam sanções extrapenais para coibir atos ilícitos das pessoas jurídicas. Não parece razoável a tese, pois o trabalho escravo possui uma carga de negatividade social muito alta, tendo em vista a escravização, de fato, do ser humano.

A negatividade social existe porque o crime se relaciona com a exploração ilegal e abusiva do trabalho humano. A vítima é privada da liberdade de escolha e a execução do trabalho decorre de uma relação de dominação e sujeição produzida pela *violência; pela grave ameaça; pela fraude, ou; por qualquer outro modo que reduza ou que impossibilite o exercício livre da opção de não se submeter ao trabalho*. Embora o trabalho possa ser executado em decorrência de uma relação trabalhista, e, em princípio

⁸ Constituição Federal do Brasil. Art. 173 § 5. ° - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a as punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.



com o livre consentimento da vítima, há abuso ou exploração diante da comprovação dos atos executórios do crime (o modo de execução fraudulento, por exemplo) realizados pelo sujeito ativo.

Portanto, para sua configuração, não basta a mera violação das normas tutelares das relações trabalhistas. Exige-se, para o resultado jurídico-penal, que haja lesão à liberdade de escolha da vítima, ou seja, que a submissão ou sujeição decorra da violência; da grave ameaça; da fraude, ou; de que qualquer outro modo que tenha reduzido ou impossibilitado a vítima de escolher livremente.

Outra prática socialmente intolerável é aquela em que consiste na privação da liberdade de locomoção da vítima em razão de dívida, muitas vezes criada ou incentivada artificialmente. Os atos executórios praticados para a privação da liberdade podem ocorrer pela violência (confinamento, por exemplo), pela fraude, pela grave ameaça ou qualquer outro modo que impeça a vítima de ir e vir. Enfim, o consentimento da vítima não possui valor jurídico-penal, tendo em vista a prática da *violência* ou da *grave ameaça* as quais viciam (anulam ou reduzem) sua vontade livre. Ademais, a inconsciência da vítima quanto a sua condição semelhante a de escrava não elide o crime, porque este foi praticado mediante *fraude*; e sendo assim, seu estado de consciência tornou-se alterado pelo *ardil* ou pelo *artifício* empregado pelo sujeito ativo.

Pois bem, a carga social negativa, demonstrada pelos diversos modos de execução do crime, revela que as esferas, trabalhista e administrativa, não conseguem evitar a lesão à liberdade individual no aspecto do exercício da escolha livre e do exercício da locomoção. Na verdade, a sociedade valoriza a liberdade de escolha e de locomoção, ao mesmo tempo em que, esta liberdade individual é direito fundamental previsto em Convenções Internacionais. Ou seja, a proteção da liberdade individual na esfera penal possui respaldo social e dignidade internacional. Assim sendo, a ampliação dessa proteção mediante a responsabilização da pessoa jurídica está justificada no caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal.

A proteção internacional da liberdade individual, a carga da negatividade social do crime, além da insuficiência das esferas trabalhista e administrativa justifica a responsabilidade penal da pessoa jurídica para o desenvolvimento do Direito Penal internacional no MERCOSUL como *ultima ratio*. Neste caso, não há por que omitir-se na regulação da responsabilidade da penal da pessoa jurídica, sobretudo, quando se



constata o conteúdo econômico e/ou financeiro do crime. Acresce a esses argumentos o fato de que os maiores responsáveis pelos crimes são empresas, entes coletivos, de exploração industrial, comercial e agropecuária.

No entanto, a incriminação dos verdadeiros responsáveis pelos eventos lesivos à liberdade individual nem sempre é possível, diante das dificuldades de se apurar, no âmbito das pessoas jurídicas, a responsabilidade dos sujeitos ativos. Em razão de serem cometidos no âmbito das empresas, surge extrema dificuldade na apuração dos sujeitos ativos de tais crimes. Ademais, pode ocorrer que, na estrita imputação à pessoa física, a responsabilidade recaia sobre funcionários subalternos que, na maioria das vezes, temendo represálias, não incriminam seus superiores. Ou porque, punindo-se apenas o funcionário, pouco importaria à empresa desde que pudesse continuar desfrutando dos efeitos da sua atividade econômica.

A responsabilização penal da pessoa jurídica pelo abuso e pela exploração ilegal do trabalho humano surge, assim, como forma não apenas de punição das condutas lesivas à liberdade individual, mas como meio para a prevenção da prática desse crime, função essencial da sanção penal. Ademais, a incriminação da pessoa jurídica como forma de prevenção da conduta lesiva à liberdade individual nas relações do trabalho deve ser examinada pela ótica capitalista. Ou seja, a sanção penal deve trabalhar em harmonia com a lógica do mercado capitalista se quiser oferecer um contra estímulo muito mais eficiente na proteção da liberdade individual nas relações do trabalho. Para a pessoa física, a pena tem efeito estigmatizante.

No caso da pessoa jurídica, a marca da responsabilidade penal dificulta os seus negócios. Na lógica do mercado, a boa reputação da pessoa jurídica, abre caminho para bons negócios. Já a denúncia criminal possui efeito contrário, porque descredencia e, em alguns casos inviabiliza a transação comercial. Portanto, se a empresa quiser continuar lucrando, seus dirigentes deverão evitar o processo penal. A opção pela responsabilidade penal desenvolve estratégia muito eficiente na preservação das relações do trabalho contra a violência, a grave ameaça e a fraude ofensivas à liberdade de escolha e de locomoção da vítima, pois trabalha intervindo na lógica capitalista do lucro.

Entendemos, pois, que a efetividade da proteção da liberdade individual na esfera comunitária consiste em admitir a responsabilidade penal da pessoa jurídica. A



recusa ao princípio *societas delinquere non potest* surge da necessidade de revisar e de adotar um novo sistema de imputação no cenário empresarial, diferente daquele manejado pelos operadores jurídicos tradicionais. Este novo sistema consiste em estabelecer uma nova teoria a respeito da responsabilidade penal, quando o crime ocorrer no seio de uma empresa ou por meio desta. Não se trata, portanto, de iniciar o debate pela dogmática penal, porque dentre as sanções cominadas para a pessoa jurídica, obviamente, a privação da liberdade não poderá ser utilizada. A pena de prisão é um obstáculo, dentre vários outros, no que se refere à aplicação prática do Direito Penal.

É da tradição do Direito Penal a exigência do dolo ou da culpa para a existência da ação criminosa; e, da consciência da ilicitude, da exigibilidade de conduta conforme o direito e da imputabilidade para a culpabilidade. Esse clássico Direito Penal é incompatível com a responsabilidade penal da pessoa jurídica que se busca desenvolver no MERCOSUL porque a empresa não tem capacidade de ação, não tem capacidade de culpabilidade e não tem capacidade de pena. A imputação penal às pessoas jurídicas encontra obstáculos na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades. É incabível, de fato, a harmonização do ideário da proteção da liberdade individual pela via da responsabilidade da pessoa jurídica na esfera comunitária com base na tradicional Teoria do Crime. Entretanto, essa constatação não pode ser impedimento à sua responsabilização. Manter a controvérsia em torno da dogmática clássica seria afastar o Direito Penal Internacional da teia armada pelas empresas para realizar seus fins criminosos.

Não obstante alguns obstáculos de ordem prática, a responsabilização penal da pessoa jurídica é imperativa diante da gravidade do crime, de modo que não pode ser ignorada. Percebe-se, que obstáculos para sua aplicabilidade prática não se confundem com possíveis dificuldades teóricas, na medida em que o Direito Penal é uma ciência, cujas adaptações e ajustes devem ser realizados com o fim de dar sustentação à opção política das Convenções Internacionais em proteger a liberdade individual nas relações do trabalho. A Teoria do Crime é dinâmica e seus conceitos jurídicos variam de acordo com um critério normativo e não naturalístico. Sendo decorrente de uma opção



eminentemente política, a responsabilização depende, logicamente, de uma modificação da dogmática penal clássica para sua interpretação e aplicação.

Afirma-se a suposta incapacidade das empresas de praticarem uma ação penalmente relevante. Entretanto, o injusto penal deverá ser entendido com base na responsabilidade social. Sendo assim, a ação com relevância penal será aquela capaz de violar o papel social imposto pela norma penal. Com isso, a empresa torna-se capaz de realizar uma ação penalmente relevante, porque sua autoria decorrerá da capacidade jurídica de ter causado um resultado, mediante violação do seu papel social imposto pelo sistema normativo vigente. Assim, se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social, poderá vir a praticar condutas típicas.

Todavia, essa capacidade de realizar condutas típicas depende, logicamente, da atuação voluntária de seus administradores quando realizada em nome e em proveito da empresa. Na verdade, a capacidade da pessoa jurídica de realizar uma ação penalmente relevante depende do modo de agir dos seus representantes legais ou empregados em determinadas circunstâncias. Neste caso, o modo de agir em determinadas circunstâncias realizado pelas pessoas físicas de forma contrária à liberdade de escolha e/ou à liberdade de locomoção, emerge como o fundamento da capacidade de ação das empresas. Essa racionalização decorre do princípio da culpabilidade pelo fato. Por tudo isso, a concepção de uma culpabilidade pelo fato não pode dissociar-se da ação penalmente relevante realizada pelas empresas.

Nessa mesma linha, a capacidade de culpabilidade é possível porque ela nada mais é do que a responsabilidade social. Neste contexto, a culpabilidade da empresa limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito. Tratando-se de pessoas jurídicas, estamos diante de uma culpabilidade social. No campo teórico, trata-se de uma culpabilidade diversa da tradicional, pois prescinde do dolo. Não se pode compreender a responsabilização da pessoa jurídica dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio, isto é, com dolo ou culpa.

Em regra, quando houver a responsabilização criminal da empresa, estará também presente a reprovação do administrador que emitiu o comando para a conduta. Do mesmo modo, o preposto que obedece à ordem ilegal, como também o empregado que colabora para o resultado do crime. Tendo participado do crime, todos serão



responsabilizados na medida da sua culpabilidade. Disso decorre que a pessoa jurídica, repita-se só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício dela. Ou seja, quando a pessoa física houver praticado um injusto penal.

2 O INJUSTO PENAL NO CONTEXTO DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL

Do ponto de vista da dogmática jurídico-penal para o desenvolvimento do Direito Penal Internacional no MERCOSUL, o maior problema reside em definir as relações entre tipicidade e ilicitude para a constituição do injusto penal na esfera comunitária. Em outros termos, o essencial reside em determinar se a construção da harmonização há de pertencer ao tipo, ou antes, ao ilícito. Dominante na escola clássica, na neoclássica, na finalista e também no sistema teleológico-funcional, está a idéia de que o tipo constitui o primeiro degrau valorativo da doutrina do crime, para só depois verificar a ocorrência de ilicitude em segundo grau; e, da culpabilidade.

Todavia, esta construção tripartida do conceito de crime não é suficiente. Para a efetivação do processo de harmonização, é preciso dar especial atenção à categoria material do ilícito, concebido como ilícito-típico ou como tipo de ilícito. Nem toda ilicitude é ilicitude material. Em um Estado Social e Democrático de Direito, a ilicitude material pressupõe a tipicidade penal (princípio da legalidade estrita). Já os tipos legais partem das descrições de lesões ou colocações em perigo concreto de bens jurídicos relevantes. Nesta acepção, sem ilícito não há tipo; ou, de outro modo, todo o tipo é tipo de ilícito.

O tipo surge assim como o portador da valoração de um comportamento considerado ilícito. Trata-se de um ilícito cunhado tipicamente. Ou seja, o injusto penal na esfera comunitária deve traduzir um conjunto de circunstâncias fáticas do tipo que diretamente se ligam à fundamentação da ilicitude e onde, por isso, assume primeiro papel a configuração do bem jurídico protegido e as condições especiais a ele ligadas, capazes de ofendê-lo, sob as quais o comportamento pode ser materialmente ilícito.

A fragmentariedade do Direito Penal Internacional tem como consequência uma construção tipológica e individual do comportamento proibido. Ao definir crimes, a lei descreve um comportamento proibido no qual está previsto implicitamente um



juízo de valor por meio dos elementos constitutivos do tipo legal. Cada tipo possui características e elementos próprios que os distinguem uns dos outros, tornando-os todos especiais, no sentido de serem inconfundíveis. Como o tipo legal abrange todos os elementos que fundamentam o injusto, na descrição da ação típica está implícito um juízo de valor. Assim, o tipo legal, contrariamente ao que imaginou Beling em sua concepção inicial, compõe-se de elementos valorativos. Estes elementos podem ser identificados por expressões especiais como “indevidamente”; “sem justa causa”; “decoro”; “coisa alheia”; “para si ou para outrem”; “com o fim de obter vantagem indevida”, dentre outras.

O tipo é representado também por “ação ou omissão”. O legislador utiliza-se de especiais modalidades de ação/omissão. As modalidades são elementos axiológicos que integram determinadas figuras típicas, como por exemplo, “grave ameaça”; “mediante fraude” as quais diferencia um tipo do outro. Por isso, ao exercerem uma função especializante no quadro das tipificações dos crimes, as modalidades poderão ser úteis à harmonização.

Ademais, há crimes em que o autor recebe uma individualização especial, exigindo-lhe determinada qualidade ou condição pessoal. Pode ser condição jurídica, profissional ou social, natural (gestante), de parentesco. Esta condição especial do autor do crime é indispensável para a harmonização legislativa, pois serve de base para a valoração da ilicitude e, sobretudo para a valoração do bem jurídico. Esta valoração ocorre no contexto da norma e no contexto do caso concreto.

O tipo legal é objetivo, não no sentido de alheio ao subjetivo, mas no sentido de objetivado. Ou seja, cada tipo legal incorpora elementos especiais que precisam estar objetivados no mundo exterior. Seus elementos precisam ser realizados e valorados no mundo exterior, isto é, a partir das circunstâncias fáticas do caso concreto; e, não apenas a partir das circunstâncias fáticas da norma penal. Caso contrário, haveria apenas uma valoração formal.

Atribui-se, assim, ao tipo a função constitutiva de uma tipicidade material construída a partir de elementos especiais contextualizados. E neste particular, a tipicidade material coincide com a ilicitude, não no sentido de fusão; mas, no sentido de implicação para a constituição do injusto penal. Em outros termos, a tipicidade meramente formal de determinada conduta não é constitutiva do injusto penal; mas,



apenas da ilicitude geral. Assim, a ilicitude constituída pelo tipo legal, quando da criminalização de determinada conduta pelo legislador, não é diferente da ilicitude geral. A ilicitude é uma só para o ordenamento jurídico; logo, essa conclusão é possível.

A tipicidade material é o modo pelo qual se manifesta o juízo de desvalor do injusto para que este tenha relevância jurídico-penal. Diante deste raciocínio, o conteúdo do injusto penal é parte do desvalor do resultado: da tipicidade material. Entretanto, busca-se o desvalor do resultado relevante por meio de condutas voluntárias que apareçam *ex ante* como capazes de produzi-lo (desvalor objetivo da conduta), e segundo sejam imputáveis a título de dolo ou culpa (desvalor subjetivo da conduta). Assim ocorrendo, o respeito ao princípio da culpabilidade permanecerá.

Sem tipicidade material não há injusto penal e, conseqüentemente a idéia de liberdade individual ofendida pela conduta do agente na esfera comunitária fica comprometida. Daí se deduz que a tipicidade não se encontra desvinculada da ilicitude. Com isso se quer dizer que, no desenvolvimento do Direito Penal Internacional a idéia de ilicitude deve surgir com relevância jurídico-penal quando da realização do tipo legal. Pois bem, a interação entre tipicidade e ilicitude será indispensável e necessária para a configuração do injusto na esfera comunitária. Por isso, vinculou-se à harmonização do ideário da proteção da liberdade individual nas relações do trabalho, a definição de crime o qual deve ser tratado como ação tipicamente antijurídica e culpável.

A tipicidade penal, tanto no aspecto formal quanto no aspecto material, decorre do princípio da legalidade estrita. Admite-se que a liberdade individual (bem jurídico) constitui a base da estrutura e da interpretação dos tipos legais que descrevem o trabalho escravo para a configuração da tipicidade penal. O bem jurídico, no entanto, não pode identificar-se simplesmente com a *ratio legis*, mas deve possuir um sentido cultural, anterior à norma penal, caso contrário, não serviria de parâmetro para a harmonização legislativa. O bem jurídico, em torno do qual devem girar todos os elementos objetivos e subjetivos, oferece um critério extremamente importante e seguro na elaboração e na interpretação do direito comunitário.

Esta idéia de que o tipo é um juízo de valor é levada às últimas conseqüências pela teoria dos elementos negativos do tipo ao admitir que a presença de causas de justificação exclua a tipicidade. Entretanto, a posição adotada neste texto reafirma que a



tipicidade não é um elemento independente do injusto penal; mas, precisamente um dos seus requisitos juntamente com a ausência de causas de justificação. O injusto penal requer, pois, não apenas a tipicidade; mas, a ausência de causas de justificação como parte negativa da hipótese de um fato ilícito. O tipo, como conjunto dos elementos especiais de injusto, isto é, característicos de uma determinada classe de crimes, compreende todo o típico do sentido da proibição, não alcançando as causas de justificação. O tipo reúne os elementos especiais que fundamentam o injusto de um fato jurídico-penal. Além de seu significado de pressuposto fundante do injusto, o tipo possui um significado valorativo próprio; porquanto os fatos típicos são penalmente relevantes.

O bem jurídico protegido pela norma penal carrega um valor que lhe atribui relevância. O crime é a ofensa ao valor do bem jurídico. Portanto, a relevância do fato típico está representada pela ofensa ao valor do bem jurídico. Esta relevância não está, pois, representada por qualquer ofensa a qualquer bem jurídico. Deste modo, as causas de justificação ao excluírem a ilicitude impedem uma negação da relevância ou do valor do fato típico realizado pelo agente sob seu amparo; todavia, não podem fazer desaparecer a ofensa ao bem jurídico. Neste caso, o injusto para efeitos penais não é apenas a ofensa ao bem jurídico. O injusto penal é violação do valor fundante, isto é, violação da relevância do bem jurídico. E é em razão do valor e da relevância que passa a ser necessário indagar se a ação do agente encontra alguma justificação, pois se a ação for justificável, ela continuará sendo formalmente típica, mas não haverá o injusto diante da exclusão da ilicitude.

CONCLUSÃO

Neste artigo, à luz do ideário da proteção da liberdade individual previsto na Convenção n. 29 da OIT, propôs-se compreender e desenvolver o Direito Penal Internacional no MERCOSUL sob a perspectiva da responsabilidade penal da pessoa jurídica, como forma de incrementar a prevenção e a repressão ao trabalho análogo à escravidão. A construção de um Direito Penal Internacional na esfera comunitária é um imperativo que decorre dos princípios da cooperação e da harmonização previstos em instrumentos internacionais.



Sabe-se que, no trabalho escravo, o *status libertatis* permanece inalterado como direito; entretanto, de fato, a liberdade é suprimida. Ademais, trata-se de conduta cuja finalidade é a obtenção do lucro e, regra geral, praticada por empresas estabelecidas em diversos lugares. Respaldao nessa orientação, defendeu-se que o trabalho análogo à escravidão é crime transnacional; e, por isso, propicia e estimula a abertura das ordens jurídicas internas (da dogmática penal) à Convenção n. 29 da OIT.

A idéia de ampliar a responsabilidade penal tem o mérito de conceder concretude à cooperação internacional mediante efetividade da proteção da liberdade individual na esfera comunitária. Com isso, conclui-se que, o desenvolvimento do Direito Penal Internacional no MERCOSUL voltado ao ente coletivo se mostra válido, como forma de preservar a liberdade individual reconhecida em Convenções.

Essa tomada de decisão implica na eficácia da prevenção e da repressão, porque a pessoa jurídica é incluída como sujeito ativo do crime. Portanto, se a culpabilidade é poder agir da pessoa física segundo as exigências do direito, então a pessoa jurídica é culpável. Ou seja, a exigibilidade de outra conduta só adquire significado à luz das normas penais. Com isso, o juízo de culpabilidade encontra seu substrato no princípio da legalidade, porque é somente por meio de comandos normativos que se pode fazer uma opção para se comportar contrário ou de acordo ao que determina o ordenamento jurídico.

Essa afirmação significa que, a capacidade de culpabilidade da pessoa jurídica é construída com base no princípio da legalidade. De qualquer modo, a pessoa jurídica deve ser beneficiária direta ou indireta da conduta praticada por decisão do seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado. Essa atuação, por exemplo, do colegiado em nome e proveito da empresa, é a própria atuação voluntária da pessoa jurídica.

A despeito de alguns obstáculos a serem superados, a responsabilização penal da pessoa jurídica deve ser, no futuro, recepcionada pelo MERCOSUL a fim de dar efetividade à proteção da liberdade individual prevista em Convenções Internacionais. O direito à liberdade individual é parte integrante da Constituição da OIT e, assim sendo, é essencial para promover a incorporação das normas internacionais do trabalho.

E como forma de promover as normas internacionais, a responsabilidade penal da pessoa jurídica torna-se necessária e possível. A ratificação pelos Estados da



Convenção Internacional implica na obrigação de incorporação de suas normas à ordem jurídica interna. E essa obrigação deriva do princípio da cooperação. Ou seja, a obrigação de cooperar funciona como padrão de comportamento de todos os Estados, pois se trata de um princípio normativo de caráter geral e universal. A cooperação encontra apoio no artigo 1º, parágrafo 3º da Carta das Nações Unidas e na Resolução 2625 na qual está prevista a Declaração de Princípios de Direito Internacional referentes às relações de cooperação entre os Estados⁹.

O Trabalho análogo à escravidão, além de estar previsto em Convenções Internacionais, possui dinâmica própria e perfil econômico-financeiro. A repressão e a prevenção a essa criminalidade requer um Direito Penal eficaz o qual se faz com cooperação internacional. A ampliação da responsabilidade penal para alcançar a pessoa jurídica na esfera comunitária é uma maneira de trazer concretude à cooperação internacional sem abdicar-se de um Direito Penal como a última trincheira da ordem jurídica.

A opção pela cooperação com base na ampliação da responsabilidade penal da pessoa jurídica desenvolve estratégia muito eficiente na preservação das relações do trabalho contra a violência, a grave ameaça e a fraude ofensivas à liberdade de escolha e de locomoção da vítima, pois trabalha intervindo na lógica capitalista do lucro

Enfim, a responsabilização penal da pessoa jurídica é imperativa diante da gravidade do crime, de modo que não pode ser ignorada. Percebe-se, que obstáculos para sua aplicabilidade prática não se confundem com possíveis dificuldades teóricas, na medida em que o Direito Penal é uma ciência, cujas adaptações e ajustes devem ser realizados com o fim de dar sustentação à opção política das Convenções Internacionais em proteger a liberdade individual nas relações do trabalho. Desde o ponto de vista da culpabilidade, deve-se rechaçar um funcionalismo jurídico-penal radical orientado pelas necessidades punitivas da sociedade. Portanto, seja como for, uma cooperação internacional deve ocorrer em referência aos direitos humanos interculturalmente reconhecidos.

⁹ Carta da ONU. Artigo 1. Os propósitos das Nações Unidas são: 3. Para conseguir a cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBOS, Kai. A parte geral do Direito Penal internacional: bases para uma elaboração dogmática. São Paulo: RT, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – parte geral I*. São Paulo: Saraiva. 2003.

CARTA DA ONU. <https://nacoesunidas.org/carta/>. Acesso em 15/08/2016.

CLEVES, Gonzalo Ramírez. *Pobreza, globalización y derecho: âmbitos global, internacional y regional de regulación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2009.

CONVENÇÃO N. 29. <http://www.oitbrasil.org.br/node/449>. Acesso em 20/08/2016.

DECLARAÇÃO SOBRE OS PRINCÍPIOS DO DIREITO INTERNACIONAL. Resolução 2625. <http://www.un.org/documents/ga/res/25/ares25.htm>. Acesso em 15/08/2016.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón – teoría del garantismo penal*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez e outros. Madrid: Trotta, 1995. 991p.

FERNANDEZ DE MOREDA, F. Blasco. Notas en torno a la esencia de lo antijurídico y, en especial, de lo penalmente tipificado. In: *Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*. Buenos Aires: Pannedille, 1970; p. 365-383.

GÓMEZ-MULLER, Alfredo. Qué universalidad para los derechos humanos? In: *Logos – Revista de Filosofía*. México - DF: Universidad la Salle, n.º 86, mayo-agosto, 2001; p. 85-102.

KARNOUOH, Claude. Logos without ethos: on interculturalism and multiculturalism. In: *Telos*. New York: Telos Press, n. 110. Winter. 1998. p. 119-133.

KELSEN, Hans. *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Traducción de Francisco Ayala. Buenos Aires: Losada, 1946. p. 07-52.

LISCHETTI, Mirtha E. La dimensión cultural del mercosur desde la crítica del culturalismo. In: *La Dimensión Cultural del Mercosur*. Hebe Clementi (Coordinadora). Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 1997. p. 73-83.

MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal – el delito*. Traducción de José J. Ortega Torres. Bogotá: Temis. 1971. 1v.

MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*. Traducción de Jose Arturo Rodriguez Muñoz. Tomo I. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. 490p.





SHECARIA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica – de acordo com a lei 9.605/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998.

SEÑA, Jorge F. Malem. *Globalización, comercio internacional y corrupción*. Barcelona: Gedisa. 2000.

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

STIGLITZ, Joseph E. *Globalização: como dar certo*. Tradução de Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras. 2007.

TIEDEMANN, Klaus. *La armonización del derecho penal en los Estados miembros de la Unión Europea*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Cuadernos de Conferencias y Artículos n.º 17. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. 39p.