



Revista Logos, Ciencia & Tecnología
ISSN: 2145-549X
revistalogoscyt@gmail.com
Policía Nacional de Colombia
Colombia

de Paiva Costa Tangerino, Davi
Culpabilidade e a responsabilidade penal da pessoa jurídica
Revista Logos, Ciencia & Tecnología, vol. 3, núm. 1, julio-diciembre, 2011, pp. 186-202
Policía Nacional de Colombia
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=517751801013>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

Davi de Paiva Costa Tangerino**

Culpabilidade e a responsabilidade penal da pessoa jurídica*

Culpabilidad y responsabilidad penal de la persona jurídica
Guilt and criminal liability of the legal

Revista LOGOS CIENCIA & TECNOLOGÍA ISSN 2145-549X,
Vol 3. No. 1, Junio – Diciembre, 2011, pp. 186-202

Resumo

A recepção da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil, embora tenha contado com forte oposição doutrinária, é uma realidade e encontra forte respaldo jurisprudencial. Tal como está, porém, representa, para a pessoa jurídica, responsabilidade penal objetiva, repelida pelos ordenamentos jurídicos penais ocidentais há muitos séculos. Cuida-se, assim, de explorar outros modelos de responsabilidade penal da pessoa jurídica, sobretudo daqueles que buscam um conceito próprio de culpabilidade de pessoa jurídica, com especial ênfase nos modelos de compliance. O objetivo final é apontar caminhos para que a responsabilidade penal da pessoa

jurídica não implique o esvaziamento do nullum crimen sine culpa.

Palavras chave

Responsabilidade penal da pessoa jurídica – culpabilidade – responsabilidade objetiva – ambiental

Resumen

La recepción de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Brasil, aunque tenga una fuerte oposición doctrinal, es una realidad y está fuertemente respaldada por la jurisprudencia. Tal como está, sin embargo, representa para la persona jurídica la responsabilidad penal objetiva, repelida por los sistemas legales occidentales durante siglos. Por lo tanto, se trata de abordar y de explorar otros modelos de la responsabilidad penal de las empresas, especialmente aquellos que buscan un concepto adecuado de la culpabilidad de una persona jurídica, con especial énfasis en modelos de cumplimiento. El objetivo final es mostrar los caminos para que la responsabilidad penal de la persona jurídica no implique la pérdida del nullum crimen sine culpa.

Fecha de recepción: 25 de julio de 2011.

Fecha de aceptación: 29 de agosto de 2011.

* Esse artigo foi publicado, no Brasil, pela Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.º 86 (2010).

** Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Mestre e Doutor em Direito penal e Criminologia pela Universidade de São Paulo, com estágio doutoral na Humboldt Universität zu Berlin. Autor de *Culpabilidade* (Rio de Janeiro, Campus Elsevier, 2010).

Palabras clave

Responsabilidad penal de la persona jurídica, culpabilidad, responsabilidad objetiva, ambiental

Abstract

Common Law countries are familiar to the notion of criminal liability of moral entities within Criminal Law. However, this is not the Brazilian model, a Civil Law State. Nevertheless, since 1998 it is possible for legal entities to commit crimes, and more specifically, crimes against the environment, and to be held responsible for them, alongside with the agent who did in fact commit the crime on the moral entity's behalf. The Brazilian model is a strict liability one and to convict moral entities of crimes is a clear violation of the Constitution, which contains the culpability principle *nullum crimen sine culpa*. In this article, we present other models of culpability, with special emphasis on the compliance programs, so that the strict liability – unconstitutional for that matter – can be removed from the Brazilian Criminal Law.

Key words

Criminal liability of moral entities – culpability – strict liability – crimes against the environment

1. INTRODUÇÃO

A Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, instituiu a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos seguintes termos: "as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade".

A referida lei atendeu a uma alegada necessidade político-criminal de criar critérios de responsabilização de empresas em razão da prática de atos delitivos, sobretudo em face da constatada dificuldade de se imputá-las, no seio das pessoas jurídicas, às pessoas físicas que efetivamente agiram, haja vista a descentralização e compartimentalização das organizações empresariais.¹ Com efeito, em acórdão

paradigma para a matéria, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Gilson Dipp, fez constar ser "sabido, (...), que os maiores responsáveis por danos ao meio-ambiente são empresas, entes coletivos, através de suas atividades de exploração industrial e comercial" e que, prossegue, "a incriminação dos verdadeiros responsáveis pelos eventos danosos, no entanto, nem sempre é possível, diante da dificuldade de se apurar, no âmbito das pessoas jurídicas, a responsabilidade dos sujeitos ativos dessas infrações"².

O temor de que impere irresponsabilidade das pessoas jurídicas é tema que perpassa o debate da responsabilidade penal dos entes morais, mas que se faz sentir em outras formas de expansão do poder punitivo, a exemplo da flexibilização jurisprudencial contra legem do artigo 41 do Código de Processo Penal, bem como na incontida permissão de limitação das garantias individuais em prol de investigações de fatos definidos como crime.

Outro argumento comumente expedito é o de que as sanções civil e administrativa são insuficientes para a proteção do meio ambiente. Citado em acórdão da lavra do Ministro Gilson Dipp, Luis Paulo Sirvinkas afirma que apenas uma pequena porcentagem das multas aplicadas pelo IBAMA foram efetivamente recolhidas aos cofres públicos: "por isso, a necessidade da tutela penal, tendo-se em vista seu efeito intimidativo e educativo e não só represivo" (Recurso especial n.º 610.114/RN, 5ª Turma, j. 17.11.2005)³.

Sua recepção na doutrina brasileira, no entanto, foi bastante conturbada, havendo expressiva corrente doutrinária a sustentar a constitucionalidade do instituto⁴.

¹ aqueles fundamentados em argumentos dogmáticos (2002, p. 10).

² Recurso especial n.º 610.114/RN, 5ª Turma, j. 17.11.2005.

³ Em sentido contrário, fundamentadamente, COSTA, 2010, 161 e ss.).

⁴ REALE JÚNIOR (2001); DOTTI (2010); BITENCOURT (2001); CERNICHIARO e COSTA JÚNIOR (1990). Para maiores referências, SHECAIRA (2010).

¹ SCHÜNEMANN (1994). 267 e ss. Paulo José da Costa denomina o posicionamento de pragmático, em oposição

O Supremo Tribunal Federal, em que pese nunca ter enfrentado diretamente o tema, proferiu decisões, em suas turmas, sem que se aventasse qualquer óbice constitucional ao instituto: (HC n. 92921, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 19 de agosto de 2008, e HC n. 83554/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 16 de agosto de 2008).

Já no plano propriamente jurídico-penal, Sergio Salomão Shecaira, em obra que se tornou referência central no assunto,⁵ aglutina as principais críticas: (i) não há responsabilidade sem culpa e não tendo as pessoas jurídicas inteligência e vontade, não há falar-se em culpa das pessoas jurídicas;⁶ (ii) na medida em que a pessoa jurídica não poderia ser apenada, qualquer sanção que se lhe impusesse alcancaria alguma pessoa física inocente (a exemplo dos sócios minoritários), em violação ao princípio da personalidade das penas; (iii) às pessoas jurídicas não se pode aplicar pena privativa de liberdade, a sanção por excelência do Direito penal; (iv) a pessoa jurídica não pode se arrepender, já que não tem vontade, não tendo a pena, nesse caso, qualquer função preventiva ou de intimidação⁷.

Todas elas, porém, foram superadas pelo Superior Tribunal de Justiça quem, em verdade, em face do laconismo legal, avançou consideravelmente no desenho da responsabilidade penal da pessoa jurídica, reunindo requisitos que já se encontravam na obra de Shecaira⁸.

O primeiro deles diz respeito à dupla imputação: só se admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica quando houver imputação simultânea entre o ente moral e da pessoa física (Recurso Especial

n. 989.089/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 18.8.2009), haja vista que apenas esta age com elemento subjetivo próprio.

O segundo está relacionado ao escopo dessa ação individual: ela deve se dar no interesse ou no benefício da pessoa jurídica (“que a infração praticada se dê no interesse ou no benefício da pessoa jurídica”) e deve ter sido perpetrada “no amparo da pessoa jurídica”; de mais a mais, deve ocorrer dentro da “esfera de atividades” do ente moral (Recurso Especial n. 564.960/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 2.6.2005).

Por fim, a relação entre o agir individual e a pessoa jurídica: o delito deve decorrer de uma decisão da pessoa jurídica (“que a violação decorra de deliberação do ente coletivo”), “direito privado”, e a pessoa física deve ter um determinado vínculo com a jurídica (“que o autor material da infração seja vinculado à pessoa jurídica”) (Recurso Especial n. 564.960/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 2.6.2005).

Tem-se, portanto, claro que a responsabilidade penal da pessoa jurídica é uma realidade no ordenamento jurídico brasileiro, cabendo à dogmática limitar o poder punitivo estatal impondo ao novo instituto os limites incontornáveis das garantias constitucionais.

Tal como está desenhada, a responsabilidade penal da pessoa jurídica é verdadeiro veículo de responsabilidade penal objetiva,⁹ banida¹⁰ do Direito penal ocidental desde o século XII e incompatível com o texto constitucional. O próprio Superior Tribunal de Justiça fê-lo consignar em acórdãos tidos como paradigmáticos: “a responsabilidade penal objetiva aplicada nos crimes ambientais decorre da proteção deferida ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Consiste na responsabilização pelo risco criado, não exigindo, para tanto, a culpa, e sim, o dano e o nexo de

⁵ SHECAIRA (2010).

⁶ Em sentido contrário: TIEDEMANN (1995).

⁷ Na formulação de Jescheck e Weigend: “em relação a elas não tem, ademais, nenhum sentido a reprovação ético-social subjacente à pena, na medida em que um reproche de culpabilidade só pode ser feito em face de pessoas físicas responsáveis, e nunca em face de membros não envolvidos ou de uma Vermögensmasse. JESCHECK e WEIGEND (1996, 227).

⁸ SHECAIRA (2010).

⁹ PRADO, Luiz (2005, 181); MARQUES (1998); JOSÉ DA COSTA (2002). Em sentido contrário: FREITAS e FREITAS (2001, 67).

¹⁰ O vocábulo é empregado por JOSÉ DA COSTA (2002, 7).

causalidade" (Recurso Especial n. 969.160/RJ, 5^a Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 6.8.2009). Também assim o magistério de Valdir Sznick, citado pelo Ministro Gilson Dipp (Recurso Especial n. 610.114/RN, 5^a Turma, j. 17.11.2005): "tratando-se de pessoas jurídicas, estamos diante de uma culpa social, diferenciada mas que atinge interesses coletivos; em um campo teórico, trata-se de uma culpa diferenciada, diversa da culpa tradicional, dentro do interesse público, fundamento da 'strict liability', do direito americano, que prescinde da 'mens rea', ou seja, do dolo".

O princípio da culpabilidade, porém, tem, no Brasil, dimensão constitucional, de sorte que não se pode adibir da responsabilidade penal individual e subjetiva. Suscrevem-as as palavras de Nilo Batista, para quem "o princípio da culpabilidade deve ser entendido, em primeiro lugar, como repúdio a qualquer espécie de responsabilidade pelo resultado, ou responsabilidade objetiva"; "mas deve igualmente ser entendido como exigência de que a pena não seja inflingida senão quando a conduta do sujeito, mesmo associada causalmente a um resultado, lhe seja reprovável"¹¹.

Foca-se, assim, no presente trabalho, dentre as elencadas oposições à responsabilidade penal da pessoa jurídica, naquela dirigida à culpabilidade, buscando reconstruir, brevemente, a evolução do conceito de culpabilidade e, posteriormente, explicitar alguns modelos de responsabilidade de entes morais que, escapando da responsabilidade objetiva, reintrojetam algumas garantias penais fundamentais.

2. SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST E A CULPABILIDADE

Em que pese o nullum crimen sine pena, primeira versão do princípio da culpabilidade, já poder ser localizado nos Fueros Juzgos, na Espanha, e no Sachsenpiegel, na Baviera, ainda no século XII, "aos direitos germânico, italiano medieval e comum era bem conhecida a punibilidade das associações

(Personenverbände)"¹². Em 1801, porém, no Tratado de direito penal comum vigente na Alemanha, Anselm von Feuerbach, já se encontrava formulação explícita do *societas delinquere non potest*: "apenas o indivíduo pode ser sujeito de um crime, no podendo sé-lo jamais uma pessoa moral (sociedade, universitas o collegium)"¹³.

Princípio da culpabilidade, porém, tem, no Brasil, dimensão constitucional, de sorte que não se pode adibir da responsabilidade penal individual e subjetiva. Suscrevem-as as palavras de Nilo Batista, para quem "o princípio da culpabilidade deve ser entendido, em primeiro lugar, como repúdio a qualquer espécie de responsabilidade pelo resultado, ou responsabilidade objetiva"; "mas deve igualmente ser entendido como exigência de que a pena não seja inflingida senão quando a conduta do sujeito, mesmo associada causalmente a um resultado, lhe seja reprovável.

¹² JESCHECK e WEIGEND (1996, 227).

¹³ FEUERBACH (2007, 58).

¹⁴ VON LISZT (1927, 384-385).

¹¹ BATISTA (2002, 103).

mera relação causal e, em sua dimensão subjetiva, uma causalidade psicológica, conteúdo da culpabilidade, cindida em dolo e culpa¹⁵.

Tal concepção de culpabilidade, de matriz psicológica, revela-se evidentemente incompatível com a própria natureza jurídica dos entes morais, obstáculo que permanecerá, ainda que por outras razões nas concepções normativas que lhe sucederão.

Com efeito, não tardou a se constatar, por exemplo, que uma definição de culpabilidade tão atrelada à vontade teria de expurgar a inimputabilidade e o erro de proibição, afinal de contas, "o menor de idade, o doente mental, o sujeito que incorre em erro exculta", em que pese considerados inculpáveis desde muito antes de von Liszt, querem o "resultado voluntariamente produzido"¹⁶.

Também quer o resultado aquele que age em estado de necessidade, apontou Reinhard Frank, pai da teoria normativa da culpabilidade, de modo que na culpabilidade haver-se-ia de, ao lado do dolo e da culpa, inserir-se dimensão extra-sujeito, a que ele batizou de "circunstâncias concomitantes", isto é, circunstâncias que autorizam a diminuição ou mesmo a exclusão da culpabilidade do agente.¹⁷ Reunidos, resumem-se à idéia de reprovabilidade: "um comportamento proibido pode ser imputado à culpabilidade de alguém quando a ele pode-se fazer uma reprovação por tê-lo posto em curso".¹⁸

A idéia de reprovabilidade permanecerá em outras reações à culpabilidade psicologizante: para os normativistas (Hegler, Frank, Goldschmidt) jaz na contrariedade ao dever (*Pflichtwidrigkeit*);¹⁹ para os eticistas (Nayer e Graf zu Dohna), na própria vontade, ou seja, em "uma atuação da vontade de forma contrária ao dever, que tem por efeito um resultado antijurídico".²⁰

Berthold Freudenthal, em 1922, buscou uma formulação a superar os matizes recém-apontados:²¹ pouco importaria se a culpabilidade fosse identificada como reprovabilidade (Frank e Beling), como contrariedade evitável ao dever jurídico (Mittermaier) ou como comportamento culpável meramente contrário ao dever (M. E. Mayer): "de toda forma afirma-se com isso a desaprovação, de que o autor se comportou de determinada maneira, ao passo que ele poderia e deveria ter se comportado de maneira diversa". "Com a falta do poder do autor", sintetiza, "falta-lhe culpabilidade".²² Com essa definição insere com maior precisão o estado de necessidade, por exemplo. Na medida em que o agente poderia ter agido de outra maneira, mas não deveria tê-lo feito, não se trata de uma causa de exclusão de culpabilidade.

A teoria normativa da culpabilidade encontrou formulação dita pura na obra de Hans Welzel, para quem o objeto de conhecimento próprio de cada ciência ser sempre o mesmo e não variar segundo o método de observá-lo. Assim, o que varia entre as ciências seria o aspecto da realidade a interessar ao observador: os cientistas da natureza preocupam-se fundamentalmente com a causalidade; já o Direito "se refere a ações humanas enquanto caracterizadas não pela causalidade, porém pela intencionalidade, ou, como diria mais adiante, pela finalidade", razão pela qual era mister cindir duas ordens do mundo real: a ordem do acontecer (*Ordnung des Geschehens*) daquela do pensar (*Ordnung des Meinen*).²³

O agir final, aliás, é uma das estruturas lógico-objetivas, por cujo intermédio se concretiza o Direito natural como limite imanente ao direito positivo.²⁴ Finalidade que, em Welzel, é definida conforme o sentido, pela "consciência de sentido" (*Sinnbewusstheit*), sob pena de equiparar-se ao agir de outros

¹⁵ TANGERINO (2010).

¹⁶ FERNANDEZ (1995, 201).

¹⁷ ACHENBACH (1974, 97).

¹⁸ FRANK (1907, 579).

¹⁹ ACHENBACH (1974, 57).

²⁰ *Ibidem*, p. 75.

²¹ FREUDENTHAL (1922, 2).

²² *Ibidem*, pp. 6-7.

²³ MIR PUIG (2002, 231-232).

²⁴ WELZEL (1975, 286).

²⁵ *Ibidem*, p. 283.

animais, também eles finais, porém sem consciência dessa finalidade²⁶⁻²⁷.

É no plano do sentido que o Direito é mais do que mera coerção, traduzindo antes valores. Do contrário, o homem seria instrumentalizado, reificado, situação inadmissível dentro do marco kantiano: "enquanto a coação torna o homem mero objeto da ação causal do poder, coisa entre as coisas, a obrigação lhe impõe a responsabilidade pelo ordenamento dotado de sentido da sua vida, tornando-o com isso sujeito da organização da sua existência". Há que supor, como corolário, que o indivíduo seja dotado de responsabilidade.²⁸

Eis, portanto, outra estrutura lógico-objetiva: o ser humano dotado de autodeterminação.: "o fato de que as ações não sejam um produto causal-mecânico, porém respondam à compreensão pelo sujeito do significado das possíveis metas, constitui, como a ação final em que se baseia, um conceito prejurídico, uma estrutura lógico-objetiva que condiciona a possibilidade da culpabilidade"²⁹.

O método welzeliano impôs uma reorganização no seio da teoria do delito. Agindo o homem finalistamente, inviável que o Direito aprecie uma determinada ação humana, de início, como um mero processo causal para, só depois, aferir a vontade daquela ação. Outro caminho não restaria senão deslocar o dolo e negligência para aquele momento analítico da ação humana ante o ordenamento, nomeadamente, para a tipicidade.

E o que resta na culpabilidade? A apreciação da responsabilidade do autor por seu comportamento antijurídico³⁰. Não se trata mais daquela "relação entre uma não adequação fática entre o comportamento e o ordenamento jurídico, porém fundamenta uma reprovação pessoal contra o autor, uma vez que ele não omitiu o comportamento antijurídico, embo-

ra tenha podido omiti-lo", ou seja, "ele poderia ter se motivado de acordo com a norma"³¹. O que se reprova, em princípio, não é o autor, porém a formação de sua vontade, de sorte que toda "toda culpabilidade é, assim, culpabilidade da vontade"³².

Por tudo quanto explanado, também no finalismo não sobra espaço para a responsabilidade penal da pessoa jurídica que, fundamentalmente, não pode agir finalisticamente, perecendo, assim, análise de capacidade de autodeterminação.

É o funcionalismo, em especial o alinhamento da culpabilidade às necessidades preventivas da pena, de que nasce, com Claus Roxin, nova categoria do delito denominada responsabilidade, que abre portas para um novo locus da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Dentre todas as formas de explicar a ruptura metodológica do funcionalismo para com o finalismo, emprega-se como fio condutor precisamente a culpabilidade. No finalismo, a culpabilidade fundamenta o poder de punir; no funcionalismo esse fundamento se desloca para a função preventiva da pena, de modo que ao paradigma da pena justa se seguiu um de pena útil. A culpabilidade serviria como limite à referida função preventiva.³³

De maneira sintética: "o injusto (tipicidade e antijuridicidade) decide de quanto ao problema de um comportamento ser "adequado" ou não, à luz do Direito penal; a categoria da responsabilidade, por sua vez, responde à pergunta, do ponto de vista político-cri-

Por tudo quanto explanado, também no finalismo não sobra espaço para a responsabilidade penal da pessoa jurídica que, fundamentalmente, não pode agir finalisticamente, perecendo, assim, análise de capacidade de autodeterminação.

²⁶ MIR PUIG (2002, 232).

²⁷ WELZEL (1969, 30-31).

²⁸ WELZEL (1963, 9).

²⁹ MIR PUIG (2002, 233).

³⁰ WELZEL, 1969, p. 138.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*, p. 139.

³³ Dentro do funcionalismo, em sentido contrário, a posição de Günther Jakobs (1992).

minal, da necessidade de sanção penal nos casos individuais"³⁴.

A proteção a bens jurídicos seria alcançada, no finalismo, por meio da imposição de uma pena proporcional ao mal causado, a partir do que novas infrações seriam desencorajadas, tanto individual quanto coletivamente; no funcionalismo, por sua vez, por meio da imposição de uma pena fixada em intensidade tal a difundir no corpo social o reavivamento de validade do bem jurídico lesionado pela conduta delitiva, observados os parâmetros punitivos contidos no próprio tipo penal, limitada pela culpabilidade³⁵.

Como a reprovabilidade do agente pela conduta antijurídica deixa de fundamentar a pena, para ser apenas um dos ingredientes da responsabilidade, ao lado da função preventiva da pena, abre-se campo para uma culpabilidade menos referenciada no sujeito. Com efeito, nunca demais enfatizar que divisor de águas entre os pensamentos finalista e funcionalista jaz na aceitação (ou não) do livre-arbítrio: para os funcionalistas, na medida em que indemonstrável, não pode estar no centro da teoria do delito, mais especificamente, na fundamentação da pena e, no limite, do próprio Direito penal, já que orientado completamente pela pena.

Todas as referidas teorias, porém, compartilham dois vícios de origem que, no que interessa à presente análise, transformam a culpabilidade em obstáculo à responsabilidade da pessoa jurídica: primeiramente, sua ligação umbilical com a pena em sentido forte; em segundo lugar, e como desdobramento da segunda, sua ligação umbilical com um agir humano

maldoso, reprovável, que precisamente fundamenta a pena em sentido forte.³⁶ Não à toa a objeção, embora minoritária, que se faz à responsabilidade penal da pessoa jurídica, no sentido de que elas não podem receber sanções aflictivas, típicas do Direito penal.

Mister, assim, para que se possa descobrir algo melhor que o Direito penal, como já o preconizava Radbruch, que, conforme sustentado alhures³⁷, se possa romper o trinômio culpa-reprovação-pena em nome de outro, culpa-responsabilização-reparação.

Se, com Dirk Fabricius, comprehende-se a culpabilidade como uma relação que, por meio da ação (delitiva) do indivíduo perdeu seu reequilíbrio e que reclama um contra-balânco por parte desse agente³⁸, abre-se espaço, por exemplo, para responsabilizar criminalmente as pessoas jurídicas por atos delitivos. Não porque se lhe possa reprovar qualquer ação, mas, fundamentalmente, porque a prática delitiva desbalanceou uma relação, sendo preciso responsabilizar-se por ele.

3. MODELOS DE CULPABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA³⁹⁻⁴⁰

A aceitação dessa nova semântica da culpabilidade, ainda que não redunde necessariamente (aliás, só

³⁶ No que toca à idéia de reprovabilidade como elemento comum às teorias da culpabilidade: SANTOS (2005, 120).

³⁷ TANGERINO (2010).

³⁸ FABRICIUS (2006, 39).

³⁹ Remeta-se o leitor, no que toca ao presente capítulo, a pesquisa realizada pela Escola de Direito de São Paulo (FGV) sob a coordenação das professoras Marta Machado e Flávio Püschel, com patrocínio da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, de que participou o autor (MACHADO, M. 2009). A pesquisa foi publicada com o nome de "Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica" e encontra-se disponível para download gratuito no sítio institucional da SAL (www.mj.gov.br/sal). O presente tópico, com alterações e inserções, foi em boa parte extraído da referida obra.

⁴⁰ Muitos autores buscaram fórmulas alternativas à culpabilidade. SCHÜNEMANN (1979), por exemplo, apresenta um modelo de incriminação das pessoas jurídicas satisfeita com a prática de um ato delitivo e de falhas nas medidas de direção e de vigilância, abdicando, assim, do vínculo entre o órgão direito e a ação delituosa, como o fez Tiedemann. No mesmo sentido: SANTOS (2005, 123).

³⁴ ROXIN (1974, 181-182). Tal posição permaneceu intocada até recentemente, mas o conceito de reprovabilidade abrange apenas de maneira incompleta a forma de valoração em curso, uma vez que se orienta apenas pela culpa. A avaliação não diz respeito apenas à pergunta se se pode exercer uma reprovação (de culpa) contra um autor, mas é, antes, um juízo acerca da possibilidade de responsabilizá-lo, do ponto de vista penal, por seu comportamento. A reprovabilidade é uma condição necessária, porém não suficiente, da responsabilidade; a necessidade preventiva da sanção deve ser adicionada" (ROXIN, 2006, vol. I, p. 858).

³⁵ TANGERINO (2010).

redundará excepcionalmente) em penas em sentido forte, não dispensará, em absoluto, a verificação rigorosa das garantias penais⁴¹.

E, como apontado acima, o modelo brasileiro de responsabilização da pessoa jurídica, além de fortemente atrelado ao binômio culpa-pena, o faz por meio de um modelo de responsabilização objetiva, derivada da responsabilidade de uma pessoa física (ou um colegiado).

Vige, assim, no Brasil modelo a que Carlos Díez denominaria de heteroresponsabilidade, eis que buscam no indivíduo concreto, elementos da teoria tradicional do delito e, posteriormente, atribui a ação à pessoa jurídica⁴².

Aderiu-se, portanto, a uma das duas escolhas possíveis, na dicção de Jean Pradel: a tornar a pessoa jurídica responsável por reflexo ou por ricochete do agir criminoso da pessoa física. Aponta, porém, haver alternativa: considerar-se “que a pessoa jurídica, tendo vida própria, pode cometer um crime mediante culpa ou dolo distintos do elemento subjetivo das pessoas físicas”⁴³.

Há, porém, modelos que buscam critérios de culpabilidade a partir da própria pessoa jurídica, abdicando, portanto, da responsabilidade derivada, objetiva.

Klaus Tiedemann, por exemplo, desenvolveu o conceito de culpabilidade por defeito de organização, por ocasião da introdução no ordenamento alemão de uma sanção pecuniária aos entes coletivos na Lei Alemã para Luta Contra a Criminalidade Econômica⁴⁴, de 1986, que reformou o § 30 da Lei de

Infrações Administrativas (*Ordnungswidrigkeitsgesetz*).

Sustentou que a culpabilidade necessária para a incriminação das pessoas jurídicas seria menos intensa do que a que o Direito penal clássico exige, na medida em que redunda em multa e não em pena em sentido forte. Para ele, a culpabilidade clássica estaria vinculada a uma reprevação ética frente ao agir individual contra a norma, ao passo que a culpabilidade das pessoas jurídicas deveria se orientar por categorias sociais e jurídicas⁴⁵, ou seja, seria mister interpretar a culpabilidade no sentido de responsabilidade social⁴⁶.

Assim, a pessoa jurídica seria responsável pelos fatos realizados por seus membros sempre que ela e seus órgãos não tenham tomado as medidas de cuidado ou vigilância necessárias à garantia de uma atividade não-delitiva⁴⁷. Faria Costa, admitindo que a pessoa jurídica “está, por definição ou natureza, em plúrimas relações de alteridade”, impõe, porém, um requisito para tê-la como “centro de imputação jurídico-penalmente relevante”, vale dizer, que ela atue necessariamente por meio de seus órgãos ou representantes.

No modelo de Tiedemann, a responsabilidade penal da pessoa jurídico atende a uma fórmula de responsabilidade por omissão⁴⁸ imprópria, isto é, de responsabilização aquele que, embora podendo e devendo evitar um resultado, se omitiu. Juarez Círino dos Santos reúne como elementos constitutivos da omissão imprópria: (i) a situação de perigo para o bem jurídico; (ii) o poder concreto de agir; (iii) a

⁴¹ Fugiria ao escopo da obra esmiuçar todos os outros níveis de filtros ao poder punitivo prévios à análise da responsabilidade da pessoa jurídica. Subscreve-se, assim, por todos, aos princípios enumerados por BATISTA (2002).

⁴² DÍEZ (2005, 51).

⁴³ PRADEL (1998, 53).

⁴⁴ “2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (1986)”.

⁴⁵ TIEDEMAN (1988, 1172).

⁴⁶ TIEDEMAN (1993, 233). Chegando a conclusão diversa da TIEDEMAN, no tocante ao modelo de responsabilização penal da pessoa jurídica, o Ministro Gilson Dipp compartilha, porém, a noção de que a culpabilidade, nos entes morais, “nada mais é do que a responsabilidade social” (Recurso especial n. 610.114/RN, 5ª Turma, j. 17.11.2005).

⁴⁷ TIEDEMAN (1988).

⁴⁸ SANTOS (2005, 122).

omissão da ação mandada; (iv) o resultado típico; (v) a posição de garantidor⁴⁹.

Embora ainda dependa de um agir humano, a responsabilidade só nascerá quando se detectar um defeito de organização da empresa a que se possa imputar o ato delitivo mesmo. Tanto assim que, na proposta de Tiedemann, agindo a pessoa física com "excesso de representação"⁵⁰, responderá sozinho pelo delito, coerente, nesse particular, com a fórmula encontrada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Não tardou, porém, a se sustentar que adaptações da culpabilidade clássica para a responsabilidade penal da pessoa jurídica sempre encontraria inconsistências internas. Buscando um conceito realmente novo, Ernst Lampe propôs uma culpabilidade referente ao injusto de sistema. De maneira sintética, Lampe sustenta que o Direito penal é incapaz de reagir frente à delinqüência sistemática a partir de um instrumentário baseado sobre um padrão de autor individual⁵¹. Mais, portanto do que ações injustas (*Unrechtshandlungen*) a dogmática precisaria também manejá sistemas de injusto sistemas de injusto (*Unrechtssysteme*), isto é, relações de pessoas organizadas com fins ilícitos, que devem ser vistos como sistemas sociais compostos de indivíduos relacionados comunicativamente entre si⁵². Tal comunicação interna e tal interação são baseadas em modelos relativamente interativos que estruturam uma dada organização.

No campo da responsabilidade penal da pessoa jurídica interessam os sistemas que Lampe batizou de "injusto constituídos", ou seja, sistemas constituídos

por relações entre indivíduos destinada à realização de delitos, sem contudo serem relações propriamente pessoais,⁵³ porém antes de pertencimento a uma determinada organização⁵⁴. Diferencia, assim, o injusto que tem lugar dentro do âmbito empresarial contra a empresa mesma (*Betriebsbereich*) daquele que tem lugar no âmbito da própria organização empresarial (*Organizationsbereich*). Ao passo que os primeiros constituem – a partir do ponto de vista da empresa – delitos especiais, imputáveis ao indivíduo autor⁵⁵, os segundos são delitos que ocorrem devido a uma organização deficiente da empresa; neste sentido, estes últimos são injustos que apresentam, ademais de uma dimensão individual, também uma dimensão sistêmica, e, portanto, devem poder ser imputados à própria empresa.⁵⁶ Vale notar que, no Brasil, percorrendo outras searas, Heloísa Estellita também oferece esquema tripartido de classificação

⁵³ O exemplo principal deste sistema simples são as associações fundadas sobre os fenômenos de participação e de co-autoria, em que se verifica uma relação relativamente forte de conhecimento pessoal entre os envolvidos na prática delituosa.

⁵⁴ Por exigirem um baixo grau de conhecimento entre seus componentes, os chamado "sistemas constituídos" admitem um maior grau de complexidade e são dotados, assim, de uma comunicação e de uma interação organizadas em termos de distribuição funcional hierarquizada (*"Kommunikationen und Interaktionen, die meistens hierarchisch, selektiert sind"*). *Op. cit.*, p. 694. Por não dependerem de um profundo conhecimento recíproco entre seus membros, afirma-se que estes são, em certa medida, fungíveis, na medida em que, por exemplo, empregados de uma empresa podem ser substituídos sem que esta altere significativamente sua existência social.

⁵⁵ O exemplo dado é do empregado que causa um grande dano ambiental, sem que este fato seja desejável ou possivelmente valorizado e incentivado pela empresa em que trabalha. O fato de que ele tenha se utilizado do instrumental técnico da empresa não altera nada em sua responsabilidade individual, pois, neste caso, o delito não é dotado de qualquer "dimensão sistêmica". *Op. cit.*, p. 708.

⁵⁶ Este seria o caso quando alguém realiza ações que, normalmente, ocorrem sem qualquer risco de dano, mas que, na combinação com outras ações, ligadas àquelas com base em uma determinada organização ou em um plano empresarial, acabam por trazer consigo consequências ilícitas; verificar-se-ia, nestes casos, um patente déficit organizatório (*eine organisatorische Defizite*), imputável à empresa responsável pelo planejamento e combinação das interações internas a ela. *Op. cit.*, p. 708.

⁴⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez (2008, 210 e ss.).

⁵⁰ Com este termo se designa todo ato ou conjunto de atos que, embora tomado dentro do âmbito da pessoa jurídica, constitua abuso funcional por parte da pessoa natural que dela faz parte. Neste caso, logicamente, a pessoa jurídica não deveria arcar com a responsabilidade pelo delito cometido, pois a ela não pode ser imputado um dever de evitar comportamentos que excedam as funções internamente distribuídas para persecução de sua atividade. Apontamentos críticos sobre os limites estabelecidos pela idéia de "excesso de representação" podem ser encontrados em SCHÜNEMANN (1994, 284-285).

⁵¹ LAMPE, 1994, p. 684.

⁵² *Idem*, p. 687.

(e de compreensão) da criminalidade dentro da empresa, em oposição à empresa criminosa⁵⁷.

Neste sentido, injustos de dimensão sistêmica seriam todos aqueles comportamentos que lesionam bens jurídicos com base em certa filosofia da empresa ou com uma dada forma de sua organização.⁵⁸ A responsabilidade penal com base na filosofia da empresa dar-se-ia quando seu caráter delitivo encontra expressão no comportamento lesivo de um de seus membros. A responsabilidade com base na estrutura de organização da empresa, por sua vez, seria um injusto sistêmico quando favorecesse seus membros no cometimento de delitos⁵⁹. Concretamente, existiriam quatro causas fundamentais que constituiriam um injusto de sistema de responsabilidade da empresa: a) o potencial perigo utilizado pela empresa para realizar uma dada prestação; b) a estrutura deficitária de sua organização (deficiente Organisationsstruktur), que neutralizaria erroneamente a periculosidade deste potencial; c) uma filosofia empresarial criminosa, que ofereceria aos membros da organização a tentação de levar a cabo ações delitivas; d) a erosão de responsabilidade interna à empresa, nos casos em que esta não possui regras claras e eficientes de responsabilização de seus membros em caso de desvios funcionais⁶⁰.

A partir disto, fica claro que para Lampe, também a uma empresa – enquanto sistema social – pode-se formular uma reprovação ético-social⁶¹. Em con-

creto, pode-se afirmar que “a culpabilidade de uma empresa – de seu management – consiste no fato de esta ter criado ou mantido uma filosofia criminógena e/ou certas deficiências organizativas”.⁶² A culpabilidade da empresa seria expressão de um caráter empresarial defeituoso, na medida em que esta, na hora de fixar seus objetivos e organizar seu instrumental para a perseguição dos mesmos, o faz de tal modo reprovável que passe a ser visto como um sistema que não está à altura de suas responsabilidades⁶³.

A formulação de Lampe, porém, não dá margem apenas a uma culpabilidade de empresa. Dentro do marco do sistema de injusto, também determinadas pessoas físicas – precisamente as que engendraram os defeitos de organização que a tornaram criminógena – responderão pelos delitos cometidos. Em termos concretos, poderiam ser responsabilizados “aqueles membros obrigados a determinar o espírito da empresa ou, em última instância, que deveriam - com base numa posição de garante - ter impedido infiltrações de mentalidade criminógena”⁶⁴; este seria o caso, por exemplo, dos membros responsáveis

⁵⁷ ESTELLITA (2009).

⁵⁸ *Op. cit.*, p. 708.

⁵⁹ Exemplos disso seriam casos em que a organização da empresa não se preocupa com a criação de normas de internas de controle, ou mesmo quando não desenvolve regras de responsabilização individual por atos de seus empregados. Nesses casos, quando surge uma lesão de bem-jurídico praticada com base nesta organização deficitária da empresa, produz-se um injusto sistêmico, cuja responsabilidade deve ser arcada pelo ente coletivo, e não pelos seus membros. Neste sentido: *Op. cit.*, p. 727 e seguintes.

⁶⁰ *Op. cit.*, p. 709.

⁶¹ Lampe afirma que a responsabilidade penal se pode atribuir a toda unidade que participa da vida social, seja ela uma pessoa natural, seja ela uma pessoa jurídica. “A esta, ainda que possa ser tomada como uma ficção, não podem ser negados sua relevância e sua existência social”. A

reprovação que se faz aos entes coletivos não é, de forma alguma, ético-individual, mas sim ético-social, referente, por exemplo, ao não cumprimento de seus deveres para com o contexto no qual a pessoa jurídica atua. *Op. cit.*, p. 723.

⁶² *Op. cit.*, p. 732.

⁶³ *Op. cit.*, p. 724. Por partir da idéia de que se está, nestes casos, frente a um “caráter defeituoso da empresa”, Lampe sugere, em uma de suas obras recentes, que a própria sanção que se aplica às pessoas jurídicas deve ter como objetivo combater e alterar estas características deficitárias do “caráter empresarial criminógeno”. Neste sentido, afirma que somente se pode atingir justiça se a sanção penal contra a pessoa jurídica trouxer consigo uma modificação de tal existência: “a filosofia criminógena ou a estrutura organizativa deficitária da empresa deve ser modificada de modo a que esta deixe de fomentar lesões a bens-jurídicos. Para tanto, são necessários outros meios de sanção, para além das penas privativas de liberdade e das multas.” E completa: “a intervenção no caso das empresas econômicas pode, inclusive, conduzir para sua liquidação e seu desmantelamento”. LAMPE, 1999, p. 74 e 183.

⁶⁴ LAMPE (1994, 733).

pelo controle e pela estruturação da organização empresarial⁶⁵.

Também Günter Heine esposta um modelo de culpabilidade empresarial a partir de uma organização deficiente; a empresa, sendo uma “garante de supervisão”, se torna responsável pelos atos delitivos,

Para o autor, a culpabilidade da empresa se daria sob a base da condução da atividade empresarial, em termos bastante semelhantes com a culpabilidade pela condução de vida de Jorge de Figueiredo Dias.

na medida em que cria perigos empresariais em razão de sua estrutura deficitária ou de déficits existentes em sua organização⁶⁶.

Ao contrário, porém, do quanto sustentado por Lampe, Heine advoga que a imputação do delito à empresa deveria ocorrer de maneira independente

daquela feita à pessoa física. Mais do que isso, aliás, deveria se dar em um sistema paralelo ao aplicado aos indivíduos. Assim, Heine fala na “transposição” para as empresas das “categorias de imputação do direito penal individual - desde a ação, o domínio do fato e a causalidade até os elementos subjetivos e a culpabilidade”⁶⁷.

Para o autor, a culpabilidade da empresa se daria sob a base da condução da atividade empresarial, em termos bastante semelhantes com a culpabilidade pela condução de vida de Jorge de Figueiredo Dias. Assim, mais do que apurar a culpabilidade da empresa por um determinado ato, ter-se-ia uma análise

global de como a empresa conduziu suas atividades em relação à prevenção dos riscos empresariais potencialmente engendradores de delitos.

Em que pese adotar o nomen juris de culpabilidade, entende que essa categoria, quando se analisa a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, serviria como uma categoria análoga à da culpabilidade na teoria do delito clássica. De igual modo, a ação seria substituída pelo “domínio da organização”, que ocorreria quando, por exemplo, a empresa opta por não realizar as medidas preventivas mais adequadas no tempo oportuno⁶⁸.

3.1. Os programas de compliance

Percorrendo searas diversas e com algumas divergências internas, todas as teorias apresentadas mostram-se consistentes com os programas de compliance, definidos por Pampel como um conjunto amplo de mecanismos aplicados no seio das empresas que visem ao estabelecimento de objetivos e a afirmação de valores, bem como dos meios tendentes à concretização deles, quando da condução da atividade empresarial.⁶⁹ Trata-se de instituto de difícil definição, também referido como ética nos negócios (business ethics) e de governança corporativa (corporate governance). Etimologicamente, compliance quer dizer o ato de se conformar a alguma coisa, de aquiescer.

Os Estados Unidos da América, nesse particular, desenvolveram um acurado diploma legal – o U.S. Sentencing Guidelines – que criou parâmetros de fixação e de quantificação da culpabilidade das pessoas jurídicas. Não se ignora que o sistema de Common Law é bastante diverso da tradição romano-germânica, sendo mesmo difícil encontrar um correspondente à culpabilidade no direito penal estadunidense. Com efeito, Thomas Gardner e Terry Anderson ensinam aos neófitos que para se condenar alguém, o Governo deve provar – acima de qualquer suspeita – a existência de um ato físico externo, isto é, que a conduta ou ato proibido pela lei da jurisdição foi de fato cometido pelo acusa-

⁶⁵ Como exemplos significativos Lampe cita, por um lado, aqueles que, como órgão responsável ou como representante, têm como tarefa fixar os objetivos e as tarefas da empresa e, por outro, aquele grupo de personalidades que conformam o *management* empresarial, pertencendo à chamada “brain área” da pessoa jurídica e que devam, portanto, se preocupar com a adaptação desta frente a seus ambientes social, econômico e ecológico. Nestes casos, afirma Lampe, todos os membros *responderiam em co-autoria* por eventuais delitos. *Idem, ibidem* e ss.

⁶⁶ HEINE (2006, 37).

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ *Idem*, p. 51.

⁶⁹ PAMPEL (2007, 1636).

do -, e o elemento mental interno, vale dizer, que o ato ou omissão foi acompanhado de um estado de consciência requerido pela lei penal. Ao primeiro, prosseguem, denomina-se *actus reus*; ao segundo, *mens rea*,⁷⁰ que inclui: a má intenção, o propósito criminoso e o conhecimento da injustiça (*wrongfulness*) da ação.⁷¹ Como se vê, funde elementos que na tradição continental estariam alocados no dolo e na culpabilidade.

O U.S. Sentencing Guidelines (USSG), assim, ao prever regras de fixação e quantificação da culpabilidade, mescla os artigos do Código penal brasileiro dedicados ao dolo e à culpabilidade, bem como aqueles dedicados à fixação da pena. Interessa ao presente trabalho, evidentemente, o roteiro empregado para a fixação da reprimenda nos delitos cometidos pelas pessoas jurídicas. Mais do que a fórmula, porém, salta aos olhos o recurso político-criminal empregado: na medida em que a pena da pessoa jurídica será tanto menor quanto maior tiver sido seus esforços para evitá-la, isto é, de criar um ambiente não criminógeno, tanto maior será seu engajamento em desenvolver políticas eficazes de compliance. De mais a mais, o direito estadunidense prevê o deferred prosecution agreement, isto é, uma espécie de transação penal em que a empresa se submete voluntariamente a um período probatório ao longo do qual implementa reformas internas substanciais e coopera com o governo, de maneira efetiva, ajudando os promotores a construir um caso contra os empregados individualmente considerados. A empresa também arca com sanções pecuniárias e comumente se submete a monitoramento federal. Se ao final do período o promotor entender que a empresa cumpriu com suas obrigações, as acusações são retiradas.⁷² Tal instituto - e aqui não se propõe adesão a qualquer modelo, porém se problematizam outras formas que mão a brasileira - encoraja uma espécie de contraditório entre a pessoa jurídica, que buscará provar ter desenvolvido estratégias de evitar aquele delito, e a pessoa física, que, por sua vez, se engajará na demonstração de

sua ação insere-se dentro da normalidade empresarial, não cabendo falar em excesso de representação. Sob ambos os aspectos o modelo é preferível ao de responsabilidade objetiva, brasileiro.

O §8B2.1 do USSG define que (a) para ter um programa efetivo de ética e compliance a empresa deverá (1) realizar auditorias para prevenir e detectar condutas criminosas; e (2) promover de qualquer outra forma uma cultura organizacional que enconraje condutas éticas e um compromisso com a obediência à lei. Os referidos programas deverão ser razoavelmente desenhados, implementados e impostos de tal sorte que o programa seja efetivo, de maneira geral, na prevenção e detecção de condutas criminosas. A falha na prevenção/detecção não implica automaticamente que o programa não seja, em geral, efetivo. Os requisitos mínimos das referidas auditorias encontram-se no item (b). Além da determinação de evitar trazer para o núcleo gestor do programa de compliance funcionário que já tenha cometido ato criminoso ou outra conduta inconsistente com o código de ética (3), requer-se ainda que a (4) (A) a empresa tome providências para comunicar periodicamente seus padrões e procedimentos, bem como dos papéis e responsabilidades de cada um. Deve, ainda, (5) zelar para que o programa seja seguido pelos funcionários (A) e avaliar periodicamente sua efetividade (B), criando formas eficientes de os funcionários denunciarem condutas suspeitas, ou mesmo buscar ajuda e orientação, sem medo de que sofram retaliações, garantido até mesmo o anonimato ou confidencialidade. Por fim, é preciso prever medidas de incentivo (6)(A) e de punições (B), sendo dever da empresa, no caso de detecção de uma conduta criminosa tomar providências em relação a ela e modificar, no que necessário, o programa (7).

E qual o impacto concreto de um programa de compliance?

Imagine-se que uma empresa tenha cometido algum delito anti-concorrencial. O USSG atribui ao referido delito, 12 pontos como nível base de ofensa, o que corresponde a uma multa de U\$ 40 mil dólares. Esse valor será graduado conforme uma régua de culpabilidade estabelecida pelo USSG, cujo

⁷⁰ GARDNER e ANDERSON (2009, 32).

⁷¹ *Idem*, p. 34.

⁷² SPIVACK e RAMAN (2008).

ponto de partida é sempre 5 pontos. Se, porém, se constata que o delito ocorreu apesar de a corporação ter implementado, no tempo do delito, um programa efetivo de ética e compliance, 3 pontos subtraídos. Além disso, se a organização (a) antes de uma ameaça iminente de ser descoberta ou de uma investigação governamental; e (b) dentro de um marco temporal expedito após tomar consciência do delito, reportou o delito às autoridades governamentais competentes, cooperou totalmente na investigação e claramente demonstrou reconhecimento e aceitação afirmativa da responsabilidade pela conduta criminosa, novos 5 pontos serão subtraídos. Ao final – e as possibilidades de diminuição e acréscimo são fartas – ter-se-ia 0 pontos restantes. 0 pontos, na tabela de culpabilidade, corresponde a um multiplicador de 0,05 a 0,20, de modo que a multa oscilará entre U\$ 2 mil e U\$ 8 mil dólares. Se, de outro lado, um alto executivo tiver participado dolosamente do delito, 5 pontos serão adicionados, com acréscimo de mais 1 ponto, em caso de recalitrância, e novos 3 pontos caso haja obstrução de justiça. Nesse cenário, a régua de culpabilidade subirá para 14 pontos, o que fará o multiplicador da multa oscilar entre 2,00 e 4,00 com o seguinte resultado: a multa estará compreendida entre U\$ 170 mil e U\$ 340 mil dólares.

4. NOTAS ALTERNATIVAS À RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

A ruptura do trinômio culpa-reprovação-pena em nome de outro, culpa-responsabilização-reparação poderia permitir, conforme sustentado alhures,⁷³ alguns passos rumo ao que Gustav Radbruch preconizava como algo melhor do que o Direito penal.

Se, com Dirk Fabricius, comprehende-se a culpabilidade como uma relação que, por meio da ação (delitiva) do indivíduo perdeu seu reequilíbrio e que reclama um contra-balanço por parte desse agente⁷⁴, abre-se espaço, por exemplo, para responsabilizar criminalmente as pessoas jurídicas por atos delitivos. Não porque se lhe possa reprovar qualquer

ação, mas, fundamentalmente, porque a prática delitiva desbalanceou uma relação, sendo preciso responsabilizar-se por ele.

Desconectada a pena do Direito criminal, cuja importância permanece como meio de coerção tendente a preservar bens jurídicos, abre-se espaço para outros meios de resolução de situações-problema (para empregar o termo cunhado por Louk Hulsman empregado em vez de delito) que não um processo atribuidor, por meio da culpabilidade-reprovabilidade, de sanção afrontiva. Abre-se espaço para um processo constituidor, por meio da culpabilidade-reparação, de responsabilidade em relação a uma situação-problema.

Sob essa perspectiva, a sanção civil, afastada há séculos como possibilidade de resposta penal a um delito⁷⁵, volta a ser uma possibilidade muito mais proveitosa do que a pena. Flávia Püschel e Marta Machado chamam a atenção para o fato de que o ordenamento jurídico brasileiro já vem incorporando essa modalidade de sanção no seio do Direito penal, bastando lembrar a composição civil dos danos prevista na Lei n. 9.099/95, bem como a extinção da punibilidade, nos delitos tributário, por meio do pagamento do tributo devido.⁷⁶ No campo do Direito penal ambiental é a própria Lei n. 9.605/98 a reconhecer a prestação pecuniária como modalidade de pena restritiva de direito (arts. 8º, IV e 12).

Interessantemente, ensinam, também o Direito civil caminha rumo ao penal, na assim chamada responsabilidade civil punitiva, “em que o autor do ilícito civil é condenado a pagar à vítima não simplesmente um valor correspondente ao dano causado, mas, além disso, um valor calculado para garantir que a sanção seja sentida como um mal pelo imputado. Com isso, procura-se atingir objetivos semelhantes a alguns dos fins perseguidos pela pena enquanto sanção penal: retribuição, prevenção especial negativa e prevenção geral negativa”⁷⁷.

⁷³ TANGERINO (2010).

⁷⁴ FABRICIUS (2006, 39).

⁷⁵ DEBUYST *et. al.* (1996, 37).

⁷⁶ 2008, pp. 21-23.

⁷⁷ *Idem*, p. 29.

A aceitação da sanção civil como suficiente à tutela penal encontra defensor, por exemplo, em Claus Roxin que em *Pena y reparación*, texto de 1999, sustentou haver inclusive compatibilidade com as finalidades da pena, na medida em que, mais até do que a sanção criminal clássica, seria verdadeira anulação e compensação do ato ilícito.⁷⁸ Com efeito, a reparação do dano pressupõe uma postura mais ativa do agente com seu delito, convidando-o a se envolver com o fato, assumindo a responsabilidade pelas consequências de seu feito; a culpabilidade como engendradora de ímpeto pela reparação assume conteúdo positivo, de cuidado para com o bem jurídico tutelado, em oposição à culpabilidade-reprovação, castradora e inculpadora⁷⁹.

Com maior facilidade ainda amolda-se a sanção administrativa às finalidades da pena, sobretudo no âmbito das pessoas jurídicas. Em monografia que já nasce como marco no assunto, Helena Regina Lobo da Costa reconstrói a senda teórica percorrida, por exemplo, por Goldschmidt que tentou, em 1902, com seu *Verwaltungsstrafrecht*, literalmente Direito penal da Administração, no sentido de diferenciar os ilícitos penais dos administrativos. Goldschmidt pretendia que o delito fosse uma conduta que lesiona um bem jurídico, ao passo que a infração administrativa se voltaria à não-consecução de um bem.⁸⁰ Nelson Hungria, em texto não muito comentado, se opõe ferrenhamente à posição do doutrinador alemão, concluindo que o ilícito é um só, sendo a distinção entre o penal e o administrativo apenas de gradação: “a punição de certos ilícitos na esfera do direito administrativo, ao invés de o ser na órbita do direito penal comum, não obedece, como já frisamos, senão a razões de conveniência política: para o direito penal comum é transportado apenas o ilícito administrativo de maior gravidade objetiva ou que afeta mais diretamente o interesse público, passando, assim, a ilícito penal”⁸¹ Compartilham, modernamente, essa posição, dentre outros, Zuñiga Rodriguez, Wohlers e Schmitt.

Em que pese reconhecer distinções normativas entre o delito e a infração administrativa, Helena Lobo da Costa não tem dúvidas de que “a sanção administrativa parece adequar-se melhor à esfera ambiental, uma vez que o direito administrativo já lida, em grande parte, com medidas e limitações destinadas à proteção do meio ambiente”. Prossegue, com apoio em Francesco Palazzo, apontando que a referida sanção é especialmente indicada para ilícitos referentes a atividades controladas pela administração e aqueles impregnados de elementos em branco de caráter eminentemente técnico – todos eles, conclui, típicos do Direito penal ambiental⁸².

5. CONCLUSÃO

Não se pode ignorar a importância do meio-ambiente, tampouco seu estatuto de bem jurídico fundamental. Igualmente, evidente como as pessoas jurídicas, quando da realização de suas atividades-fim podem lesionar ou expor a perigo referido bem. Tais fatos, porém, não implicam per se nem a incriminação de condutas, muito menos por meio da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Admita-se, porém, que os entes morais serão responsabilizados pela prática de fatos definidos como crime, conferindo à ação e à culpabilidade espectros bem mais amplos do que assumem na teoria do delito clássico, para não falar nas funções preventivas da pena.

Se se rompe o trinômio culpa-reprovação-pena, retirando do horizonte a sanção aflativa, englobando dentro do marco de um Direito penal voltado para a composição de conflitos, de situações-problema, pode-se incorporar sanções hoje denominadas de civis ou administrativas, com muito mais ganho à propalada função de proteção a bens jurídicos do Direito penal.

Ainda que assim não se faça, insistindo-se no Direito penal clássico, deformado para alcançar as pessoas jurídicas, impõe-se que se reveja a responsabilidade penal objetiva ora vigente no Brasil, com a criação

⁷⁸ ROXIN (1999).

⁷⁹ TANGERINO (2010).

⁸⁰ GOLDSCHMIDT (1969, 344) *apud* COSTA (2010, 193).

⁸¹ HUNGRIA (1945, 18).

⁸² COSTA (2010, 208).

de um mecanismo de aferição de culpabilidade que engendre, no seio da pessoa jurídica, círculo virtuoso de proteção e respeito ao meio-ambiente, como de resto a outros bens jurídicos fundamentais.

Com mais força no primeiro desenho, mas também assim no segundo, o Direito penal ganha em sua dimensão de garantias e não abdica da renúncia à responsabilidade penal objetiva, feita na Europa Ocidental desde o século XII, fazendo sempre valer, como deve ser, o nullum crimen sine culpa.

BIBLIOGRAFÍA

ACHENBACH, H. (1974). *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlin: J. Schweitzer Verlag.

BATISTA, N. (2002). Introdução crítica ao Direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan.

BITENCOURT, C. (2001). "Reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica". In: GOMES, L. F. (Eds.) Responsabilidade penal da pessoa jurídica. São Paulo: RT.

CERNICCHIARO, L. V.; Costa Júnior, P. J. (1990). Direito penal na Constituição. São Paulo: RT.

CIRINO DOS SANTOS, J. (2008). *Direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris/ICPC.

COSTA, H. R. L. (2010). *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do Direito*. São Paulo: Saraiva.

COSTA JÚNIOR, P. J.; Milaré, E. (2002). *Direito penal ambiental: comentários à Lei n. 9605/98*. Campinas: Millenium.

DEBUYST, C.; DIGNEFFE, F.; LABADIE, J-M.; PIRES, A. P. (1996). *Histoire des savoirs sur le crime & la peine*. Vol. II. Montreal: De Boeck.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. (2005). *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons.

DOTTI, R. A. (2010). *Curso de Direito Penal*. São Paulo: RT.

ESTELLITA, H. (2009). *Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

FABRICIUS, D. (2006). *Folter und unmeshchliche Behandlung in Institutionen: FELDEFFEKTE und Schuldfähigkeit als kriminogene Faktoren*. Hamburg: Merus.

FERNÁNDEZ, G. (1995). *Culpabilidad y teoría del delito*. Montevidéu: B de f.

FEUERBACH, A. V. (2007) *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Tradução de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeier. Buenos Aires: Hammurabi.

FRANK, R. (1907). "Über den Aufbau des Schuldbe- griffs". In: Frank, Reinhard (eds.). *Festschrift für die Juristische Fakultät in Gießen zum Universitäts-Jubiläum*. Giessen: Verlag von Alfred Töpelmann.

FREITAS, V. P.; Freitas, G. P. (2001). *Crimes contra a natureza*. São Paulo: RT.

FREUDENTHAL, B. (1922). *Schuld und Vorwurf*. Tübingen: F.C.B. Mohr.

GARDNER e ANDERSON (2009). *Criminal law*. 10 ed. Belmont: Thompson.

HEINE, (2006). "Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de La empresa". In: Gómez-Jara Díez, Carlos (Org.). *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial*. Propuestas globales contemporáneas. Navarra, Thomson Aranzadi.

HUNGRÍA, N. (1945). "Ilícito administrativo e ilícito penal". In: *Revista de Direito Administrativo*, 1945, v. 1. Rio de Janeiro, Forense.

JAKOBS, G (1992). *El principio de culpabilidad*. Madrid: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo XLV, fascículo I, janeiro-abril.

JESCHECK, H; WEIGEND, T. (1996). *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. 5. ed. Berlim: Duncker & Humblot,

- JOSÉ DA COSTA, P. Milaré (2002). É. Direito penal ambiental: comentários à Lei n. 9605/98. Campinas: Millenium.
- LAMPE, E. (1999). *Strafphilosophie – Studien zur Strafgerechtigkeit*. Munique: Heymanns Verlag,
- LAMPE, E. (1994). "Systemunrecht und Unrechtssysteme". In: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 106.
- MACHADO, M. (coord.). (2009). Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Coleção Pensando o Direito. Brasília: Ministério da Justiça.
- MARQUES, O. (1998). A responsabilidade penal da pessoa jurídica por ofensa ao meio ambiente. São Paulo: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 6, n. 65, abril.
- MIR PUIG, S. (2002). *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Montevidéu: B de F.
- PAMPEL, G. (2007). "Die Bedeutung von Compliance-Programmen in Kartellordnungswidrigkeitenrecht". In: *Betriebs-Berater*, Heft 31.
- PRADEL, J. (1998). "A responsabilidade penal das pessoas jurídicas no direito francês". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 6, n.º 24, outubro-dezembro. São Paulo:
- PRADO, L. (2005). *Direito penal do ambiente*. São Paulo: RT.
- PÜSCHEL, F.; MACHADO, M. (2008). "Questões atuais acerca da relação entre as responsabilidades penal e civil". In: Basileu Garcia. *Instituições de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva.
- REALE JÚNIOR, M. (2001). "A responsabilidade penal da pessoa jurídica". In: Prado, L. (org.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: RT.
- ROXIN, C. (1974). "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien. In: Roxin, C.; Bruns, H.; Jäger, H. (orgs.). *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft*. Festschrift für Heinrich Kenkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973. Berlin: Walter de Gruyter.
- ROXIN, C. (1999). "Pena y reparación". En: *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 52.
- ROXIN, C. (2006). *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. Munique: C. H. Beck, vol. I.
- SANTOS, E. (2005). "A responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos crimes ambientais". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 13, n. 55, julho-agosto. São Paulo.
- SCHÜNEMANN, B. (1994). "Die Strafbarkeit der juristischen Personen aus deutscher und eurupäischer Sicht". In: *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*. Madrid-Symposium für Klaus Tielemann. Berlim: Carl Heymanns Verlag.
- SCHÜNEMANN, B. (1979). *Unternehmenskriminalität und Strafrecht – eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach gelgendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*. Munique, Carl Heymanns.
- SHECAIRA, S. (2010). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Campus Elsevier.
- SPIVACK, P.; RAMAN, S. (2008). *Regulating the 'new regulators': current trends in deferred prosecution agreements*. American Law Criminal Review, Março.
- TANGERINO, D. (2010). *Culpabilidade*. São Paulo: Campus Elsevier.
- TIEDEMAN, K. (1998). "Die, Bebußung' von Unternehemen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität". In: *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 19.
- TIEDEMANN, K. (1995). "Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 3, n.º 11, julho-setembro. São Paulo.

TIEDEMANN, K. (1993). *Lecciones de Derecho Penal Económico (Comunitario, Español, Alemán)*. Barcelona, PPU.

VON LISZT, F. (1927). *Tratado de Derecho penal*. Traduzido da 20^a ed. alemã, por Luis Jimenez de Asúa. Madrid: Editorial Reus, t. II.

WELZEL, H. (1969). *Das deutsche Strafrecht*. 11. ed. Berlim: Walter de Gruyter & Co.

WELZEL, H. (1963). *Wahrheit und Grenze des Naturrechts*. Bonn: Peter Hanstein Verlag.

WELZEL, H. (1975). "Naturrecht und Rechtspositivismus". In: Welzel, H. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin/New York: Walter de Gruyter.