

TERMO DE APROVAÇÃO

RAFAEL MARKS BATISTA

CRIMINALIDADE EM CONTEXTOS EMPRESARIAIS: RESPONSABILIDADES CRIMINAIS DA PESSOA FÍSICA E DA PESSOA JURÍDICA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



ANDRÉ PEIXOTO DE SOUZA
Orientador

Coordenador



PAULO CÉSAR BUSATO
Primeiro Membro



GUILHERME BRENNER LUCCHESI - Núcleo
Prática Jurídica
Segundo Membro

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

RAFAEL MARKS BATISTA

**CRIMINALIDADE EM CONTEXTOS EMPRESARIAIS: RESPONSABILIDADES
CRIMINAIS DA PESSOA FÍSICA E DA PESSOA JURÍDICA**

CURITIBA

2017

RAFAEL MARKS BATISTA

CRIMINALIDADE EM CONTEXTOS EMPRESARIAIS: RESPONSABILIDADES
CRIMINAIS DA PESSOA FÍSICA E DA PESSOA JURÍDICA

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Paraná como
requisito à obtenção do grau de Bacharel
em Direito.

Orientador: Prof. André Peixoto de Souza

CURITIBA

2017

AGRADECIMENTOS

À minha família, em especial minha mãe, pai e irmão, que me fizeram quem eu sou hoje.

À minha namorada, Isabella, que me deu suporte, alento e amor durante os momentos mais difíceis.

Ao meu amigo Luis Augusto, que tornou as intermináveis horas dentro da universidade mais suportáveis.

À Universidade Federal do Paraná, que acolhe aqueles que têm o desejo de contribuir para um mundo melhor.

RESUMO

Crimes cometidos em contextos empresariais carregam uma complexidade no que tange aos seus agentes criminosos e o elemento da culpabilidade. A economia e a psicologia já reconheceram que grupos sociais, mais especificamente aqueles desenvolvidos em ambientes empresariais, exercem forças sobre as disposições racionais dos agentes ali inseridos. Assim, os crimes cometidos por esses agentes não possuem unicamente uma origem racional, qual seja, daquele que cometeu o crime, mas sim do ambiente no qual ele está inserido. A partir dessa premissa, entende-se ser possível adaptar a teoria do crime atualmente utilizada para que passe a comportar a possibilidade de aplicação de responsabilidade criminal pela pessoa jurídica, agente concorrente para o cometimento de crimes nesses contextos.

Palavras-chave: Culpabilidade. Racionalidade grupal. Pessoa Jurídica. Responsabilidade penal.

ABSTRACT

Crimes committed in corporate environments carry a complexity regarding the element of culpability. Economics and psychology have already recognized that social groups, more specifically those developed in business environments, exert forces on the rational dispositions of the agents inserted therein. Thus, the crimes committed by these agents have not only a rational origin of the one who committed the crime, but of the environment in which he is involved. Based on this premise, it is understood that it is possible to adapt the crime theory currently used so that it may include the possibility of applying criminal responsibility for the legal entity that represents the social environment that competes for the committing of crimes.

Keyword: Group rationality. Corporate. Criminal. Liability.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. PREMISSAS	10
2. 1. PESSOA JURÍDICA	10
2. 2. CULPABILIDADE	11
2. 3. O AGENTE CRIMINOSO INSERIDO NO AMBIENTE CORPORATIVO-EMPRESARIAL	13
3. QUEBRA DO PARADIGMA ATUAL DA CULPABILIDADE CALCADA NA RACIONALIDADE COMPLETA	16
4. TEORIA DAS DISTORÇÕES RACIONAIS (<i>SESGOS COGNITIVOS</i>) APLICADA AOS AMBIENTES EMPRESARIAIS.	19
4. 1. DISTORÇÃO COGNITIVA PELA CONFORMIDADE	20
4. 2. DISTORÇÃO COGNITIVA POR EFEITO DA OBEDIÊNCIA À AUTORIDADE	23
4. 3. DISTORÇÃO RACIONAL POR CONTA DA FUNÇÃO/CARGO EXERCIDO	25
4. 4. CONCLUSÃO SOBRE OS ELEMENTOS DE CULPABILIDADE EM AMBIENTES CORPORATIVOS-EMPRESARIAIS.	26
5. EMPRESAS COMO AGENTES CRIMINOSOS: SUPERAÇÃO DO AXIOMA <i>SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST</i>	29
5. 1. EXISTÊNCIA DE VONTADE DETERMINÁVEL DA PESSOA JURÍDICA.	29
5. 2. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA HODIERNAMENTE APLICADA NO BRASIL.	31
6. DIREITO COMPARADO – O ELEMENTO SUBJETIVO DA RESPONSABILIDADE PENAL EMPRESARIAL EM OUTROS PAÍSES.	35
6. 1. MODELO ESTADUNIDENSE: TEORIA DA AGREGAÇÃO	37
6. 2. MODELO INGLÊS E FRANCÊS: TEORIA IDENTIFICATÓRIA	38
6. 3. MODELO AUSTRALIANO: TEORIA DA CULTURA CORPORATIVA ...	40
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS	45

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo procura relacionar algumas pesquisas já desenvolvidas na área da economia e da psicologia com um tema que há muitos anos pulsa nas bancadas acadêmicas criminalistas, que é o debate acerca da responsabilidade penal da Pessoa Jurídica.

Convém inicialmente destacar que o aporte aqui realizado da economia se justifica por conta de que o contexto em que se desenrola o presente estudo são os ambientes empresariais¹, justamente onde se desenvolvem as ações criminosas objetos desta pesquisa. *Segundamente*, a psicologia talhou sua entrada no presente estudo por direcionamento originado da própria economia. A psicologia foi utilizada como base para o estudo do aspecto da racionalidade do homem quando do cometimento do crime em um âmbito de atividade econômica.

As duas ciências acima apontadas passaram a se relacionar profundamente no começo do século XXI, mais precisamente em 2002, quando Vernon Smith e Daniel Kahneman foram laureados com o Prêmio Nobel de Economia² exatamente por serem autores de teorias que concluíram não ser possível depender apenas da matemática para tomar decisões econômicas. Seus trabalhos mostraram que muitas vezes o lado psicológico de um investidor pode ser mais importante do que seu conhecimento financeiro. Verificou-se que a atividade econômica – bem como todas as relações sociais desenroladas em seu ambiente - sentem necessidade do aporte da psicologia em diversos momentos, pois é comum que se pretenda buscar explicação para uma conduta humana singular, ou coletiva, visando extrair dessa análise um padrão para futuramente prevê-la, a fim de gerar lucros ou minimizar perdas.

Voltando-se para o nosso foco de estudo e para o nosso ordenamento jurídico, observamos que a responsabilidade penal da pessoa jurídica já é aceita pelo direito brasileiro - apesar da resistência de grande parte da doutrina em aceitar tal fato -, de forma muito tímida, é verdade, nos crimes ambientais previstos pela Lei

¹ Empresa: Coletividade de pessoas que exercem uma “atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços” (WILGES BRUSCATO, 2011 p. 82).

² “The Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 2002”. Nobelprize.org. Nobel Media AB 2014. Web. 28 Oct 2017. <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2002/>

nº 9.605/1998³. A aplicação de sanções penais a pessoas jurídicas também se faz presente na jurisdição de muitos outros países, tais como França, Inglaterra, Estados Unidos, Holanda, Espanha e Austrália.

O intuito do presente estudo não é apresentar solução ao dilema, mas sim realizar aportes de outras ciências na tentativa de produzir um debate profícuo e pontual sobre a questão da culpabilidade dos agentes criminosos – pessoas física e jurídica - quando da ocorrência criminosa, visando o desenvolvimento de um novo suporte teórico do direito penal, ou a adaptação da teoria atualmente utilizada, de modo que a ciência do direito possa abraçar também a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica, não mais somente do agente criminoso, como é previsto pelo modelo tradicional.

Primeiramente serão estabelecidas algumas premissas necessárias para tornar mais produtivo o trabalho, como uma exposição sobre as teorias que envolvem a criação da pessoa jurídica para o direito, exposição sobre a culpabilidade *lato sensu*⁴ admitida pelo direito penal e também fazer um recorte sobre exatamente qual a criminalidade que se tem em mente quando realizado as pesquisas.

Após, deitar-se-á dúvida acerca da real completa culpabilidade dos agentes criminosos, prevista pelo modelo racional tradicional, inseridos em um ambiente corporativo-empresarial por meio de 2 vieses: (i) os postulados do estudo nominado *Behavioral Law and Economics*, realizado por Christine Jolls, Cass R. Sustein e Richard Thaler (1998), que consiste basicamente em um estudo que retira a ideia contemporaneamente assumida de completa racionalidade dos agentes em certos ambientes, indicando a possibilidade de verificação de comportamentos que não passam pela racionalidade completa, e que são determinados sim por certos ambientes. Em segundo lugar, tomar-se-á por base (ii), a Prospect Theory desenvolvida pelos economistas Daniel Kahneman e Amos Tversky (1982), interpretada e aproximada do Direito Penal pelo penalista espanhol Jesús María Silva Sánchez (2013), doravante nominada por este como teoria dos *sesgos*

³ BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Art. 3º 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.

⁴ Culpabilidade como princípio para responsabilidade penal subjetiva. Princípio impedor da responsabilidade penal objetiva, ou seja, o da responsabilidade penal sem dolo ou culpa.

cognitivos, onde estes referidos *sesgos* atuariam na tomada de decisões em uma perspectiva grupal, o qual, corroborando com a primeira teoria, indicaria ocasiões e motivações em que decisões são tomadas sem que estas passem por todo um processo completo de racionalidade, levando a verdadeiros erros de cognição.

Expondo esses aportes técnicos, espera-se aproximá-los adequadamente do tema da culpabilidade no âmbito da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Pretende-se demonstrar que ações criminosas perpetradas por certos agentes inseridos em ambientes corporativos-empresariais podem ter sido idealizadas e posteriormente realizadas sem uma ótima e completa vontade unipessoal reverberada pela teoria racionalista, mas sim devido a, como se verá, *bounded rationality*s que culminariam em distorções cognitivas (*sesgos cognitivos*), originados dos ambientes em que os agentes se encontram, os quais induzem estes a agirem de maneira criminosa.

A partir destas premissas, pretende-se apontar para a existência de uma vontade grupal, que influencia verdadeiramente na tomada de decisões dos agentes, podendo-se afirmar em certas ocasiões que induz certos comportamentos. Esta vontade grupal que corresponde no mundo fático à Pessoa Jurídica dividirá a culpa com o agente, ou até mesmo absorverá toda a culpa do agente que cometeu o crime para si, devendo, portanto, ser punida criminalmente.

Após, será idealizada uma tímida proposta sobre a prática da divisão da culpabilidade dos agentes que concorreram para a ação criminosa.

2. PREMISSAS

Antes de se apresentar a ideia principal do estudo, é importante apresentar os grandes tópicos sobre os quais a pesquisa se debruçará, quais sejam: conceitos da origem pessoa jurídica para o direito; a culpabilidade como princípio e pilar da responsabilidade subjetiva e dos limites ao poder punitivo do Estado; e por fim qual agente criminoso que será o objeto do estudo.

2. 1. PESSOA JURÍDICA

Para se compreender melhor o que será aqui estudado é preciso tecer algumas considerações sobre o desenvolvimento da ideia de pessoa jurídica para a teoria do direito, relacionando-a posteriormente a aplicação dada pelo direito pátrio.

Atualmente, o direito conta com três grandes teorias sobre o tema: (i) Teoria da Ficção; (ii) Teoria da Realidade Objetiva; e (iii) Teoria da Realidade Técnica.

Resumidamente, a teoria da ficção (i) formulada por Savigny (*apud* RODRIGUES, 2005), afirma que só a pessoa natural é capaz de titularizar direitos subjetivos e ter relações jurídicas, e pressupõe a pessoa jurídica como sendo criação artificial do Estado por intermédio da lei, ou seja, a pessoa constituída juridicamente é um mero ente fictício, assim como o direito como um todo. De acordo com esses princípios, a pessoa jurídica é concebida como algo artificial e só serviria como fato explicativo de certos direitos a uma coletividade de pessoas físicas.

A teoria da realidade objetiva (ii) nasceu na Alemanha, por Otto Gierke, em franca reação à teoria da ficção legal. Esta corrente considera a possibilidade de a vontade pública ou privada ser capaz de dar vida a um organismo autônomo em relação a seus componentes, uma realidade sociológica que pode participar das relações e situações jurídicas. Sobre a teoria desenvolvida pelo alemão Gierke, Miguel Reale leciona que: *"(...) quando os homens se reúnem para realizar qualquer objetivo, de natureza política, comercial, civil, estética ou religiosa, forma-se efetivamente uma entidade nova. Constitui-se um grupo que possui existência inconfundível com a de seus membros (...)"*. (REALE, 2002, p. 45).

Por último, a teoria da realidade técnica (iii) situa a pessoa jurídica como produto da técnica jurídica, rejeitando a tese ficcional para considerar os entes coletivos como uma realidade, que não seria objetiva, pois a personificação dos grupos se opera por construção jurídica, ou seja, o ato de atribuir personalidade não seria arbitrário, mas à vista de uma situação concreta.

No Brasil, da análise do art. 45 do Código Civil⁵, verifica-se que impera onde impera a teoria da realidade técnica, permitindo-se afirmar que a personificação da pessoa jurídica é, de fato, construção da técnica jurídica, podendo, inclusive, operar-se a suspensão legal de seus efeitos, por meio da desconsideração, em situações excepcionais admitidas por lei.

2. 2. CULPABILIDADE

Segundo elemento imprescindível para o presente estudo é uma breve análise sobre a culpabilidade como princípio, forma que ela será aqui tratada, ou seja, culpabilidade como conceito contrário à responsabilidade objetiva (BITENCOURT, 2015, p. 46).

Sinteticamente, segundo o conceito analítico de crime, a culpabilidade é o elemento utilizado pelo Direito para ligar o agente à punibilidade. O injusto existe quando há conduta típica e ilícita, mas, para que o crime seja ligado ao agente, é necessária a culpabilidade, formando-se assim o injusto culpável. Cabe, pois, a citação do famoso brocardo *nullum crimen sine culpa*.

A lei penal não traz uma definição de crime, deixando esta incumbência à doutrina. Esta cunhou conceitos material e formal. Em um conceito material, crime é uma conduta que se proíbe, com ameaça de pena, porque constitui ofensa a um valor da vida social, ou seja, a um bem jurídico. Sob o aspecto formal, crime é toda ação ou omissão proibida ou ordenada pela lei, sob a ameaça de pena. Passou-se, então, a conceituar crime, sob o prisma analítico, como sendo uma conduta típica, antijurídica e culpável. É a definição dos adeptos da teoria naturalista e de vários seguidores da teoria finalista da ação.

⁵ BRASIL. Código Civil de 2002. Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

A tipicidade é representada pela previsão específica em lei da atuação verificada no mundo real. A antijuridicidade fica a cargo da reprovabilidade da conduta. Já a culpabilidade é um instituto muito mais controverso uma vez que eminentemente subjetivo.

A culpabilidade é um conceito muito amplo e arraigado no pensamento ocidental que mesmo em sentido técnico se mostra plurívoco (BITENCOURT, 2015, p. 46). Em sentido amplo – justamente o qual se presente usar na presente obra - fala-se em princípio da culpabilidade, amalgamado na máxima *nullum crimen sine culpa*, segundo o qual só se pode tornar alguém responsável quando existe nexó subjetivo, volitivo, entre ação e resultado.

Por seu turno, a tipicidade e a antijuridicidade são juízos objetivamente verificáveis de desvalor sobre um fato, isto é, análise objetiva de se o fato se mostra em oposição ao direito verificável no mundo real. Vencida esta constatação, é preciso aferir se ao autor do fato se pode opor reprovação diante de sua conduta. Eis o conteúdo central da categoria dogmática da culpabilidade: um juízo de censura endereçado ao agente por não ter agido conforme a norma quando podia fazê-lo (MAGALHÃES NORONHA, 2004, p. 113).

Existe, no entanto, outro sentido para a culpabilidade, a qual se mostra como fundamento da pena. Ou seja, para o direito atualmente posto, para que a pena seja imposta ao agente criminoso, é necessário que se verifiquem uma série de requisitos, que são: imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa, que não são o sentido que se pretende dar neste texto.

Fundamento da presente obra é a discussão sobre tal construção, porque um tanto quanto descolada da realidade. Neste sentido, Tangerino (TANGERINO, 2011, p. 9) afirma que “o conceito de culpabilidade foi erigido sobre bases de uma determinada visão tanto de sujeito senhor todo-poderoso de suas escolhas (...)”, irreal, que carece que bases empíricas para sua aplicabilidade.

É de se ressaltar que o direito penal já sofreu com os movimentos pendulares entre o determinismo e o livre-arbítrio (GUARAGNI e GUIMARÃES, 2014, p. 205). Hoje, parece que nos dirigimos ao extremo do pêndulo que versa sobre os determinismos, tendo em vista principalmente as pesquisas neurocientíficas (BUSATO, 2014).

O presente estudo pende também para certo determinismo, porém de contexto e processo, pretendendo demonstra que existem diversos elementos no mundo real que levam ao agente não agir o tempo todo conforme sua mais ampla e irrestrita vontade. Um dos exemplos que se estudará aqui é quando da vinculação a grupos, mais especificamente um ambiente empresarial-corporativo, mas sem fechar os olhos aos movimentos históricos que abalaram a ciência do Direito Penal.

2. 3. O AGENTE CRIMINOSO INSERIDO NO AMBIENTE CORPORATIVO-EMPRESARIAL

A tradicional teoria da culpabilidade carece de flexibilidade, e entende-se não aplicável adequadamente ao conjunto de relações sociais, criminosos e fatos desenrolados em seu seio, exemplificativamente, espécies de fatos criminosos a que se pretende analisar neste estudo.

A tradicional teoria do crime e sua culpabilidade seguiram o modelo finalista da ação, criada na primeira metade do século XX pelo alemão Hans Welzel e importada para o direito brasileiro em 1940 pelo Código Penal. Mesmo que hoje o modelo original tenha sido bastante modificado, entende-se que ainda se sustenta uma teoria desenvolvida e pensada tomando-se em conta um contexto social e econômico completamente diferente, visando aplicar-se a crimes de maior simplicidade, onde figura um único agente, cometido em um único momento, podendo este ser plenamente individualizável, sem a convergência de grandes variáveis, o que não é objeto do presente estudo.

O tipo de criminalidade que aqui se pretende estudar diz respeito a fatos típicos da vida moderna, mais complexos, cometidos principalmente em ambientes intrincados, tendo os atos criminosos a participação de uma ou mais pessoas, ou, portanto, de uma coletividade de pessoas. O foco de estudo é, pois, a coletividade de pessoas, e qual o nível de determinação que certa vontade grupal pode exercer na racionalidade do indivíduo e, portanto, na determinação dos atos cometidos por um agente no seio desta coletividade.

Imagine-se a seguinte situação hipotética: funcionário responsável pela prospecção e contratação de novos empreendimentos de uma grande empreiteira do nosso país que se depara com uma ótima oportunidade de negócio para realização de obras em favor de uma determinada empresa pública.

Ao se informar como seria possível a candidatura para a licitação, e ainda mais, qual seria a viabilidade e as chances de a empresa que representa sair vitoriosa da licitação, chega a seu conhecimento que, de modo a auferir efetivas chances de obter sucesso no ato administrativo, deve oferecer vantagem indevida a funcionário público. Ainda, desde outrora, é sabido pelo nosso funcionário hipotético que a empresa em que trabalha por diversas vezes já logrou sucesso em outras licitações parecidas, apesar de à época sua empresa não ser detentora da melhor proposta, mediante a prática de oferecer e pagar vantagem indevida. Sabe também que os colegas que ocupam o mesmo cargo que o seu dentro da empresa também fazem esse tipo de oferta e obtêm sucesso em seus empreendimentos em favor da empresa. Sabe nosso agente hipotético também que seu antecessor no cargo, aquele que viabilizara a vitória nas antigas licitações, comumente fazia tal tipo de tratativas, e que hoje senta em uma das cadeiras de direção da empresa. Existe um departamento em sua corporação voltado unicamente para lidar com este tipo de negócio.

Diante deste panorama, tal funcionário dá andamento no negócio, oferece vantagem indevida ao funcionário público visando obter sucesso no processo licitatório em prol de sua empresa.

Tendo por base unicamente a situação hipotética acima apresentada, questiona-se: a vontade de cometer o crime descrito partiu unicamente do nosso funcionário hipotético? Se a resposta foi negativa, pergunta-se: quem ou o que gerou essa vontade? Se a pessoa é determinável, punir-se-á penalmente também essa pessoa. Mas e se não for determinável? E se a vontade partiu sim de um grupo de pessoas, de um ambiente corporativo em que esse funcionário se encontrava, conforme descrito na nossa situação hipotética, que suscitou, gestou, viabilizou e também garantiu o cometimento do crime pelo funcionário?

Tal situação hipotética sabe-se por fato notório, que não é tão hipotética assim. E ainda, podem suas variáveis mudar inúmeras vezes - mudando-se a empresa, mudando-se o tipo de negócio realizado, mudando-se o objetivo visado - o que geraria um verdadeiro sem fim de situações criminosas muito parecidas, mas que hoje não se encontram (devidamente) tuteladas pelo arcabouço normativo brasileiro.

Entende-se que essas situações também devem ser normatizadas pelo direito penal, mas não sem antes um estudo das idiosincrasias dos elementos que cercam este tipo de fato criminoso.

3. QUEBRA DO PARADIGMA ATUAL DA CULPABILIDADE CALCADA NA RACIONALIDADE COMPLETA

Objetivando arrefecer o entendimento hodiernamente consolidado no direito da teoria da culpabilidade que se baseia na racionalidade completa do ser humano a todos os momentos, traz-se um estudo realizado originalmente na economia, que envolve também a psicologia, denominado *behavioral law and economics*, realizado por Christine Jolls, Cass R. Sustein e Richard Thaler.

O estudo indica a existência de um ser humano que não atua sempre em sua completa racionalidade, ao menos quando se trata do âmbito econômico. Tendo em vista que o âmbito econômico também abarca o ambiente corporativo-empresarial, aponta-se para um homem que não atua em sua completa racionalidade nesse ambiente corporativo-empresarial.

Inicialmente é importante destacar que o objetivo da ciência da *Behavioral Law and Economics* é explicar que comandos legais são melhores analisados e entendidos sob a luz de princípios básicos da economia. Gary Becker oferece uma definição para estes princípios:

Todo comportamento humano pode ser visto como participantes que maximizam sua utilidade, partindo de uma estável disposição de preferências e acumulação de uma quantidade ótima de informação e outras entradas numa variável de mercados (BECKER, 1976, tradução do autor).

Assim, a tarefa da *law and economics* é de determinar essas implicações de racionalidade comportamental dentro e fora de mercados econômicos e seus encadeamentos legais para os mercados e outras instituições. A partir disso, pode-se recortar como um “mercado”, o ambiente corporativo-empresarial, ambiente o qual também seus agentes estão passíveis de serem afetados pela racionalidade do mercado.

O objetivo da *law and economics* comportamental é de explorar o comportamento humano para a lei. Como base para o estudo é importante ter em mente a resposta ao questionamento: “Como ‘pessoas reais’ diferem do ‘*homo economicus*’?” (JOLLS, SUSTEINS e THALER, 1998, p.1476).

O *homo economicus* indicado pelos autores é o *economic man* de Herbet A. Simon (SIMON, 1955), ou o popularmente conhecido – e aplicado ao direito - como

homem racional. De modo sintético, Simon explica o homem econômico como sendo aquele que transita por todos os âmbitos da vida, mas mais importante no âmbito econômico desta, sendo o homem que se imagina ter conhecimento de relevantes aspectos do ambiente em que está inserido, sendo este conhecimento senão absolutamente completo, impressionantemente claro e distinto. Assume-se também que o homem econômico e racional possua um bem organizado e estável sistema de preferências e habilidades de cálculo e estatísticas, o que lhe possibilita calcular as alternativas de ação que lhe são propostas e qual dessas irá lhe possibilitar atingir um maior nível em sua escala pessoal de preferência.

Pois bem, a partir dessa premissa, a *law and economics* dispõe que a diferenciação entre o homem comum (real ser humano) e o homem econômico-racional (projetado pelas ciências do direito e economia) pode ser observada pela demarcação de três importantes *bounds* verificados no comportamento do homem comum. Essas *bounds*, ou predeterminações, colocam em xeque a ideia central da maximização utilitária, preferências estáveis, expectativas racionais e processo ótimo de informação, ou seja, é lançada dúvida sobre real capacidade racional do homem a todo o momento.

Os três mencionados *bounds*, trazidos pelos autores da teoria seriam o *bounded rationality*, *bounded willpower* e *bounded self-interest*. Segundo os autores do estudo, todas essas *bounds* são bem documentadas na literatura de outras ciências sociais, mas são relativamente inexploradas em economia, menos ainda no direito.

Portanto, temos que o homem imaginado pelas ciências do direito e da economia não existe na realidade. O que existe no mundo real é o homem comum que tem suas ações condicionadas pela racionalidade (*bounded rationality*), vontade (*bounded willpower*) e de interesse próprio (*bounded self-interest*).

Para o estudo de direito aqui proposto, nos é mais proficiente focar no que os autores chamaram de *bounded rationality*. Este termo pode ser entendido como referência a uma vontade/racionalidade não completamente determinada pelo agente pensante. Algo como uma restrição pelo exterior das opções daquele que formula o pensamento e posteriormente a ação. Portanto, em uma tradução livre proposta por quem ora lhes comunica, o termo poderia ser traduzido como “racionalidade limitada”.

A *bounded rationality* é uma ideia que foi introduzida primeiramente pelo economista Herbert A. Simon, a partir do óbvio fato de que as habilidades cognitivas dos seres humanos não são infinitas (SIMON, 1955). Nós temos limitadas habilidades de processamento e sérias falhas de memória, assim, o comportamento humano é diferente sistematicamente daquele previsto pelos padrões de modelo econômico e de completa racionalidade.

A psicologia cognitiva sentencia que o pensamento do homem pressupõe duas fases quando do desenvolvimento racional: julgamento; e tomada de decisão (ROBBINS, JUDGE e SOBRAL, 2011). Sobre os julgamentos, estes mostram sistemáticas partidas de modelos de previsões imparciais e decisões que comumente violam os axiomas de utilidade esperada.

Um breve exemplo sobre a enorme diferença entre julgamentos de fato racionalmente produzidos e previsões imparciais, é o uso de certos critérios socialmente aceitos, como desvelado pelo trabalho de Daniel Kahneman e Amos Tversky (KAHNEMAN e TVERSKY, 1982). Um exemplo de critério socialmente aceito que influencia no julgamento e que leva a conclusões possivelmente erradas é aquele em que as pessoas tendem a concluir que a probabilidade de um evento é maior caso eles tenham testemunhado a ocorrência desse evento recentemente, e, contrariamente, em casos que eles não tenham testemunhado tal evento acontecer recentemente. Não munido de um profundo estudo de lógica e matemática, percebe-se que esta tendência é completamente irracional, pois não possui qualquer base empírico-científica.

Extraí-se dos estudos de Kahneman e Tversky em *Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk* (1979) que atalhos de pensamento e regras são previsíveis e na maioria das vezes, errôneos. Isso significa que alguém usando critérios comumente aceitos para tomadas de decisões ou julgamentos utiliza-se de atalho de pensamento com o fim de poupar tempo de pensamento, mas o sistema usado por uma pessoa assim faz previsões diferentes de alguém que usa o modelo racional padrão de escolha.

Dessa breve explanação, abre-se a porta para um estudo mais profundo de racionalidades limitadas, buscando a aproximação do tema ao universo do direito.

4. TEORIA DAS DISTORÇÕES RACIONAIS (SESGOS COGNITIVOS) APLICADA AOS AMBIENTES EMPRESARIAIS.

Adentrando-se no tema das racionalidades limitadas que podem induzir a erro o agente inserido em ambientes grupais, trazemos o segundo estudo mencionado na introdução e que servirá como base para o desenvolvimento da ideia aqui pretendida, que é fruto da adaptação dada cabo por Jesús María Silva Sánchez (2013) dos estudos realizados Daniel Kahneman e Amos Tversky no âmbito da já citada *Prospect Theory*.

Silva Sánchez, aparelhado da teoria da *behavioral law and economics*, da *prospect theory* e da psicologia social, demonstra que as decisões individuais podem ser condicionadas pelas chamadas forças situacionais (contexto e processo). Isto significa que os agentes nem sempre se comportam segundo sua disposição interna.

Sánchez concluiu de seus estudos que as pessoas estão acostumadas a se comportarem de uma forma determinada em diferentes grupos sociais, como no familiar, no trabalho e no grupo social. Ainda, verifica-se que ao adentrar em novos ambientes sociais, as pessoas tendem a assumir padrões de conduta também novos, sem notarem isso. Esta influência imperceptível é denominada pelo autor como força situacional. Segundo Silva Sánchez (2013, p. 206), em um grupo pode haver as forças dos papéis que cada pessoa exerce, as normas, as regras veladas e a autoridades.

Neste ponto, fica ainda mais evidente que outras ciências podem (e devem) interferir no direito penal. Aqui, recorta-se a interferência no que toca a atual teoria do crime, podendo-se deduzir algumas consequências, pois os agentes tendem a operar não pelos padrões clássicos do sujeito racional, como atualmente é proposto. Seria proveitoso ao direito considerar uma racionalidade limitada, mais próxima da realidade. Consequência inafastável é que geraria implicações intrincadas sobre a imputação subjetiva dos agentes inserido em ambientes empresariais e corporativos, que é exatamente o ponto a que se pretende abordar no presente estudo.

Sobre os aportes científicos, a ciência da psicologia cognitiva (STERNBERG, 2000) mostra que um agente humano dispõe de dois modos de racionalização: o intuitivo e o reflexivo. No intuitivo, as impressões, associações,

intenções e disposições para a ação advêm sem muito esforço. O sujeito não se concentra na ação, agindo praticamente de forma automática. Contrariamente, no pensamento reflexivo, todas as atividades mentais são mais bem trabalhadas. Assim, é no modo de racionalização intuitivo que tendem a se formar os modos de pensamento eivados de erros de percepção advindos dos chamados por Silva Sánchez de vieses cognitivos (*sesgos cognitivos*). Assim, objetiva-se conduzir a um direito penal que desenvolva um agente mais realista que o clássico sujeito racional, que emprega a ideia de pessoal razoável como o famoso “homem médio”.

Aproximando toda a teoria construída para uma disposição mais palpável, Silva Sánchez indica as distorções cognitivas que podem sofrer um agente que atua em meio a um grupo, afetando a adequada percepção daquilo que se pretende realizar. Dentre outras, pode-se indicar o (i) “*sesgo de conformidad*”, ou “*conformity bias*”, o (ii) efeito da obediência à autoridade; e o (iii) efeito do papel assumido, que serão a seguir estudados.

4. 1. DISTORÇÃO COGNITIVA PELA CONFORMIDADE

Entende-se que a distorção cognitiva advinda da conformidade (i), em síntese, trata-se de um sujeito que age porque aquilo é feito comumente pela comunidade em que está inserido.

O agente dispõe de uma tendência de se mostrar de acordo com a opinião do grupo de referência, mesmo que suas convicções sejam contrárias (PRENTICE, 2007, p. 18). Nas palavras de Sánchez:

“Quem se inicia no ofício tende a observar como se comportam seus companheiros entre si, em respeito aos chefes e em geral, todas as regras e protocolos ao seu entorno.” (...). Se este pretende, por exemplo, ter uma carreira de sucesso dentro da empresa, seguramente sua conduta se adaptará às determinações estabelecidas pelo grupo, assumindo o papel como apenas mais um dentro do grupo. (SÁNCHEZ, 2013, p. 226, tradução do autor).

Nessa mesma linha, temos o efeito conhecido como pensamento coletivo (*groupthink*) ou coesão de grupo (*group cohesion*)⁶. Isto se pode explicar por dois enfoques. Primeiramente o individual. Um agente membro de um grupo é propenso

⁶ Na política pode se aplicar esta distorção no sentido de efeito de arraste (*band wagon effect*), que descreve a tendência de pessoas a crerem em algo porque muitas pessoas o fazem.

a ter medo de ser rejeitado quando não segue as ideias impostas pelo líder do grupo ou por sua maioria. Por isso frequentemente as pessoas se prestam a participar de um *groupthink* relativo a absolutamente o oposto de suas próprias crenças.

O segundo enfoque é o coletivo, segundo o qual o pensamento do grupo pode produzir dois efeitos opostos: ou um comportamento ordenado e sistemático de seus membros ou um comportamento desordenado e assistemático destes. Em ambos os casos, diante da possibilidade de que dentro do grupo algo funcione mal, seus membros não se detêm a analisar a situação a revisar suas pautas de conduta e, por fim a questionarem-se como grupo. Tudo isso seria, no melhor dos casos, uma mera perda de tempo, mas, pior ainda, uma descoberta de condutas ilícitas que os membros preferem evitar conhecer, sob a falsa ilusão de que se não se tomar conhecimento delas, elas, não existirão ou deixarão de existir. Para isso, o mecanismo de defesa mais comum é que individualmente os membros do grupo internalizem determinadas “etiquetas mentais” que autojustificam o comportamento do grupo. Etiquetas como “somos um grupo bom e sensato”, “nada está acontecendo e tudo passará”, “existem piores”, entre outros, servem para ajudar a relaxar um eventual sentimento de culpa e responsabilidade (PRENTICE, 2007, p. 20).

Sobre o tema se debruçou Solomon E. Asch, em seu estudo denominado “*Studies of Independence and Conformity: A minority of one against a unanimous Majority*” (ASCH, 1956). O referido estudo realizou experimento em que se buscou compreender as condições de independência do indivíduo - e conseqüentemente a falta dela - diante de pressões advindas dos grupos sociais a que pertence.

O experimento dado cabo por Asch consistiu na reunião de grupos de 07 a 09 pessoas desconhecidas em uma sala de aula. A tarefa destas pessoas seria de meramente comparar o tamanho de três cordas postas em sua frente em relação a uma determinada outra pedaço de corda padrão, julgando qual das 3 cordas expostas apresentaria o mesmo tamanho da corda padrão. No decorrer do experimento, todas as pessoas, exceto uma, foram instruídas a dizer erroneamente que uma das três cordas era do tamanho da corda padrão, enquanto que evidentemente não era.

Assim, gerou-se um desacordo entre uma única pessoa inserida em um ambiente social em relação a um grupo inteiro no que tange a uma simples questão, como a comparação entre o tamanho de pedaços de corda.

Os julgamentos sobre aquela questão deveriam ser expostos publicamente, sendo que aquela única pessoa que não havia sido instruída erroneamente (e que muito provavelmente exararia sua comparação corretamente) seria a última a expor sua opinião, logo após todos os outros terem expostos seus julgamentos de maneira incorreta.

Ao fim do experimento, os dados obtidos apontaram que mais da metade das pessoas, apesar de terem realizado seu julgamento correto internamente, se conformaram com o exposto pelo resto do grupo e também responderam erroneamente, apesar de terem obtido conclusão diversa e evidentemente correta.

Com isto, estudou-se a dobra ou não das pessoas em face da prevalência de direção do resto do grupo. Constatou-se, pois, a existência de tendência psicológica dos indivíduos de, sem avaliação racional, aceitarem as ideias expostas pelo grupo no qual está inserido.

O autor da obra e do experimento, pela observação geral e na posse do resultado do estudo específico realizado, chegou à conclusão de que o processo fundamental da social-psicologia era de conformação (ASCH, 1956, p. 68).

Reconhecendo o grande poder de grupos mediante o estudo realizado, conclusão nossa é de que se podem induzir pessoas a mudarem suas opiniões e convicções em quase toda direção desejada, que as pessoas podem prontamente dizer que é verdade aquilo que se imputava ser mentira, que nós podemos implicar a uma ação idêntica a aura de correção ou o estigma de ser errado. (ASCH, 1956, p. 2).

O estudo psicossocial acima trazido é aplicável ao direito penal quando se pensa na criminologia corporativo-empresarial como se pretende este estudo.

Supondo-se um determinado ambiente corporativo-empresarial, e tendo em vista a observação bem como a pesquisa elaborada por Asch, é esperável que um agente venha a mudar suas convicções por conta de pressões exercidas pelo grupo que a envolve. Se for possível a mudança de convicção de alguém acerca de algo tão objetivamente verificável como o tamanho de uma corda, quão ainda mais fácil não seria acerca de uma determinada ação valorada subjetivamente como criminosa pelo legislador tão distante da realidade das atividades econômicas.

Assim, cria-se a primeira espécie de dúvida quanto a real culpabilidade pelo cometimento de um crime, quando é verificável que um determinado grupo originou e disseminou a pressão exercida sobre o agente, devendo então o grupo, ou no exemplo trazido, a empresa, ser imputada como criminosa, sofrendo as reprimendas penais cabíveis.

4. 2. DISTORÇÃO COGNITIVA POR EFEITO DA OBEDIÊNCIA À AUTORIDADE

No que concerne ao efeito da obediência à autoridade (ii), estudos no âmbito da psicologia mostram que o agente pode ser levado a distorções racionais na medida em que pensa sua ação estar correta uma vez que seu superior hierárquico assim indica, ou que é consciente de sua conduta criminosa, porém acredita que a responsabilidade é de seu superior.

Esta ideia está presente no experimento realizado pelo psicólogo social Stanley Milgram (1963), que concluiu que a maioria das pessoas, quando se encontram em um contexto de obediência, tende a fazer o que lhes é ordenado, pois há uma dissociação entre a responsabilidade do agente e daquele que ordenou, sendo a este imputada.

Segundo Milgram (1963), a obediência é um determinante de comportamento. Esse autor relembra que, por exemplo, crimes terríveis como o massacre de milhões de pessoas durante a segunda guerra mundial nos campos de concentração se deu por causa de ordens. Afirma ainda que câmaras de gás, campos de concentração, milhares de cadáveres, foram produzidos com a mesma eficiência de qualquer indústria também por causa da obediência (MILGRAM, 1963). Para Milgram, essas políticas inumanas foram originadas da mente de uma única pessoa, mas só puderam ser realizadas em grande escala por um grande número de pessoas que simplesmente obedeciam ordens. Obediência é o mecanismo psicológico que une a ação individual voltado a objetivos políticos. É o cimento que une os homens à autoridade (MILGRAM, 1963, p. 371).

O experimento desenvolvido por Milgram consistiu em convocar aleatoriamente 40 homens de idades variáveis sob o pretexto de que se fazia um estudo sobre memória e aprendizado. Esses voluntários não sabiam qual era a real finalidade do estudo, tampouco o método que seria utilizado. O método consistia em

um dos 40 ingênuos voluntários aplicar supostos choques em outras pessoas que ele não sabia ser da equipe de pesquisadores. Os fictícios choques não eram verdadeiramente aplicados, mas somente era encenada expressão de dor pelo pesquisador em quem o choque era aparentemente aplicado quando o voluntário apertava um botão. Os voluntários eram ordenados a apertar o botão de choque que variava em supostos 30 níveis toda vez que o outro sujeito (da equipe de pesquisadores) errasse uma pergunta que lhe era feita.

Com o estudo, Milgram concluiu de que: “*subjects accept situation*” (MILGRAM, 1963, p. 375).

O que se verificou foi que os voluntários, mesmo demonstrando estarem incomodados com a situação, com as demonstrações (falsas, é verdade) crescentes de dor exibidas pelos indivíduos em que os choques eram aplicados, eles aceitavam a situação e continuavam obedecendo as ordens de aplicar os choques.

Os voluntários do experimento de Milgram estavam respondendo às instruções de um sujeito cuja autoridade derivava unicamente do jaleco branco que ele usava. Quanto mais forte não é a influência de um chefe a quem os funcionários gostam e confiam e que pode manter seu futuro econômico em suas mãos? Agradar a autoridade geralmente leva a recompensas; Desagradar a autoridade geralmente leva a penalidades, e, no caso em estudo, possivelmente a perda de emprego. Portanto, não devemos nos surpreender com estudos empíricos que indiquem que as pessoas são muito menos propensas a participar de ações ilegais quando atuam por vontade própria do que quando ordenadas ou mesmo simplesmente instadas a fazê-lo por um superior.

Analogamente podemos trazer o exemplo para o funcionamento em um ambiente corporativo-empresarial. Mesmo as pessoas sabedoras de que sua conduta é reprovável e possivelmente vedada pelo ordenamento jurídico, premida por um sentimento de que serve a um “bem maior”, acaba por dar continuidade a essas atitudes. Até mesmo vendo os danos que causam, continuam a obedecer às ordens que lhe são dadas.

É de se repensar, portanto, em que grau que se verifica a culpabilidade de um agente que segue as ordens determinadas por um superior hierárquico sob o pretexto de um “bem maior”, no caso específico, o ganho da empresa em que trabalho.

“Superior hierárquico”, em teoria, é facilmente apontável, no entanto, quando tratamos de uma grande empresa, com uma cadeia de comando muito extensa na qual as ordens são repassadas por vários níveis até chegar no órgão ou agente executório da cadeia, a ordem já se dissolveu e torna-se impossível apontar de quem ou de onde emanou a ordem. Dissolve-se tanto na cadeia de comando que seria mais prudente indicar como gerador da ordem a empresa como um todo, ou seja, a pessoa jurídica que abarca aquela atividade econômica na qual se deu o crime cometido pelo mero agente executivo da ordem.

4. 3. DISTORÇÃO RACIONAL POR CONTA DA FUNÇÃO/CARGO EXERCIDO

O *sesgo cognitivo* do papel assumido (iii), referencia-se a uma atuação em que o comportamento do agente muda quando este interioriza o papel que deve empenhar na estrutura do grupo.

Essa teoria advém do experimento realizado pelo psicólogo Philip Zimbardo em 1971, e que em 2006 deu origem ao livro nominado “*The Lucifer Effect: Understanding How Good People Turn Evil*”. O objeto do estudo realizado por Zimbardo foi a psicologia do encarceramento, visando demonstrar a imensa pressão das forças situacionais na, como ele chama, *origins of evil*. Após o estudo, Zimbardo apontou como criador dessa situação o Sistema, o qual tem como fontes a política, a economia, religião, história e a cultura, sendo estes os elementos que definem as situações e lhes outorga uma entidade legítima ou ilegítima (ZIMBARDO, 2006, pg. 2).

Em relação ao experimento, este consistiu em levar um grupo de estudantes voluntários a um local que simulava um real local de encarceramento. Na réplica da prisão, eles foram aleatoriamente indicados a assumirem papéis de guardas e prisioneiros. O experimento foi planejado para durar por 2 semanas, mas Zimbardo teve que encerrá-lo após apenas 6 dias. O motivo para o fim precoce do experimento foi porque os estudantes passaram a internalizar tais papéis e leva-los a sério. Os voluntários que assumiram o papel de guardas, com pouco controle, ou controle algum sobre as ações dos voluntários determinados como cativos, começaram a cometer abusos sobre os prisioneiros, estes os quais também passaram a internalizar bem demais seus papéis.

A questão que Zimbardo tentou responder ao dar cabo do experimento foi: “Se você colocar pessoas boas em lugares ruins, as pessoas triunfam, ou o lugar os corrompe?”(ZIMBARDO, 2007, p. 20, tradução do autor).

A resposta encontrada pelo pesquisador foi, em síntese, de que situações corrompem a maioria das pessoas.

Em seu já citado livro, Zimbardo indica que as prisões são apenas metáforas para contrações da liberdade, literal e simbolicamente. O experimento da prisão de Stanford foi de inicialmente uma prisão simbólica, para uma realista demais na cabeça dos prisioneiros e dos guardas.

Para o autor, a psicologia social oferece muitíssimas provas de que o poder da situação é mais forte que o poder da pessoa em determinados contextos. A compreensão plena da dinâmica da conduta humana nos exige conhecer o alcance e os limites do poder pessoal, do poder situacional e do poder sistêmico.

Pelo estudo desenvolvido, o autor demonstrou que as funções derivadas do papel assumido pelas pessoas em grupos sociais se imbricam na racionalidade destas, de modo que o comportamento de cada pessoa acaba sendo determinado pelas forças situacionais antes de suas disposições internas.

Interpretando o referido estudo com os olhos voltados à investigação ora proposta, conclui-se que a força das situações geradas por contextos grupais, em específico aqueles gerado em ambientes corporativos-empresariais, determina as atitudes que as pessoas irão demonstrar.

4. 4. CONCLUSÃO SOBRE OS ELEMENTOS DE CULPABILIDADE EM AMBIENTES CORPORATIVOS-EMPRESARIAIS.

Dos estudos apresentados, parece possível concluir que a atuação em uma coletividade é determinada por uma “cultura corporativa”, ou sistema de “crenças compartilhadas” (*belief system shared*, COHAN, 2002, p. 275-299). Isto indica que as regras próprias do grupo se sobrepõe à capacidade racional do sujeito. A transmissão da herança de pensamento do grupo é o que alguns criminólogos chamam de difusão de práticas ilegais (*diffusion of illegal practices*) (CLINARD, QUINNEY e WILDEMAN, 2015, p. 134).

Sobre o mesmo tema, o Direito Penal já se debruçou, cunhando-se a expressão “atitude criminógena do grupo” (SCHUNEMANN, 1979), sendo que esta abarca tanto o plano cognitivo como o volitivo-motivacional.

Sobre o processo de introdução dos pressupostos cognitivos do grupo ao agente de modo efetivo, este deve ser gradual. Com efeito, a aculturação pode ser especialmente eficaz e imperceptível quando realizado de modo paulatino. Essa prática é conhecida como o “incrementalismo” (*incrementalism*), ou síndrome do “sapo em fervura” (*boiling frog*), que significa que muitos “comportamentos antiéticos ocorrem quando as pessoas inconscientemente abaixam sua barra ética (*lower their ethical bar*) ao longo do tempo através de pequenas mudanças em sua ética de comportamento” (GINO e BAZERMAN, 2005, p. 4, tradução do autor).

Como o exposto, em vez de tomar uma decisão significativa e consciente de violar os preceitos éticos e legais, as pessoas mais frequentemente se deixam levar para baixo por uma força negativa em conjunto com seus pares quando inseridos em uma organização (PRENTICE, 2007, p. 19).

Disto, parece impossível sustentar um direito penal calcado na falsa premissa de que um homem sempre baseia as suas ações sobre um sistema racional estável.

No objeto de estudo proposto, é se concluir também que estruturas sociais exercem uma intensa influência sobre os modos de pensar dos seus participantes, de forma que estes podem ver-se coagidos a agir conforme lhes é esperado agir.

Partindo do pressuposto que estruturas sociais exercem influência na racionalidade de seus integrantes a ponto de determinar comportamentos, é possível concluir também que essas estruturas sociais podem determinar comportamentos criminosos.

Trazendo esse pensamento para organismos corporativos empresariais, onde se situam a grande maioria da criminalidade moderna, qual seja, a econômica, conclui-se também que as estruturas sociais - conjunto de pessoas que dão forma à atividade econômica comumente chamado empresa - podem influenciar agentes ali inseridos a cometerem crimes.

Neste ponto, memora-se a literalidade do texto legal brasileiro contido no Título IV do Código Penal (BRASIL, 1940), que prevê em seu art. 29 que “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.”.

Dito isto, quando se consegue extrair que estruturas sociais como as empresas por si só possuem certa vontade grupal de modo a determinar e induzir comportamentos, parece surgir a possibilidade de imputar-lhe um juízo valorativo negativo ou positivo de culpabilidade, tomada aqui como princípio para subjetividade do crime, o que parece ser a pedra angular a ser encaixada de modo a possibilitar a aplicação da lei penal à empresa.

Com isto em mente é que se desenvolverão os próximos tópicos deste trabalho.

5. EMPRESAS COMO AGENTES CRIMINOSOS: SUPERAÇÃO DO AXIOMA SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST.

Conforme verificado pelo tópico anterior, na maioria das vezes as decisões tomadas pelas pessoas inseridas em grupos sociais não reflete exatamente suas convicções e ou preferências estáveis.

Também se pode concluir que de grupos estabelecidos, que possuem elementos de vontade coletiva determinável, pode-se emanar elementos que determinam as atitudes das pessoas que nele estão inseridas, concorrendo, pois, essa vontade coletiva para o cometimento de crimes.

Em posse dessas conclusões, tecer-se-ão comentários sobre a criminalidade que pode ser desenvolvida no ambiente específico corporativo-empresarial, focando na existência de uma culpabilidade da pessoa jurídica sob a qual se desenvolvem tais relações sociais e onde se origina a referida vontade grupal.

5. 1. EXISTÊNCIA DE VONTADE DETERMINÁVEL DA PESSOA JURÍDICA.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica destoa da dogmática clássica fundada, principalmente, na análise da capacidade penal. As noções de vontade, intenção e dolo, por serem próprias do homem, não se enquadram à estrutura da pessoa jurídica.

Como o direito penal em sua versão mais tradicional se fixa sobre o princípio da culpa em sentido estrito exposto no tópico 2.2., entende-se como culpabilidade, a vontade livre do homem em obedecer ou desobedecer às propostas previstas pela lei penal.

Assim, tem-se por óbvio que não se aplicam à pessoa jurídica, ser criado no contexto do direito pelo legislador, a concepção relativa à culpa. Temos que não se pode, por outro lado, a partir da não aplicabilidade do livre arbítrio às pessoas jurídicas, deixar-se envolver pela premissa e argumentar-se que a culpabilidade, fundamentando-se na inteligência e vontade, é conceito que alcança unicamente ao homem, no direito penal.

Ao nosso sentir, o mais aconselhável que se tem a fazer seria entender que, “em alguns setores do direito penal, seja possível o abandono da fórmula rígida, livre vontade-culpabilidade, modificando-se o conceito de culpa, sentido lato” (PASSOS, 1997, p. 69).

Sobre possível exceção à regra cunhada pela teoria do crime, já no início do século passado, Affonso Arinos ponderou que:

Os sentimentos dos homens se dissolvem no total do sentimento do grupo, o qual, necessariamente, é diferente dos elementos particulares que o compõem. É um sentimento novo que se forma, peculiar a uma entidade abstrata, e que, muitas vezes, está até em franca hostilidade com o sentimento pessoal de uma das suas células componentes. Verifica-se então que este último, o sentimento pessoal, capaz de provocar ações individuais no indivíduo desligado do grupo, desaparece e cede lugar ao outro, ao sentimento coletivo, que é, também, capaz de provocar ações. Porém, como ambas as ações, a individual e a coletiva, se executam, objetivamente, por meio do homem, acontece que este poderá executar alguma, pela qual não seja responsável individualmente, porque ela é o resultado de uma necessidade coletiva. (ARINOS, 1930, p. 53).

Diante desse pensamento, surge possível se imaginar uma vontade, não no sentido como é ela aplicada ao ser humano resultante de sua existência natural, mas sim num âmbito sociológico, uma vez que a empresa tem a sua existência formada no meio social que a legitima, vislumbrando-se aqui, a possibilidade da pessoa jurídica possuir vontade distinta.

Neste sentido, “o ponto de partida dessa perspectiva dicotômica se apoia na natureza qualitativamente distinta da ação da pessoa jurídica que, por razões de clareza, pode ser denominada ‘ação institucional’. (...) Tem-se, dessa forma, um conceito de vontade distinto, que se materializa em uma ‘ação institucional” (SHECAIRA, 1999, p. 95)

A doutrina de além-mar já se debruçou sobre o tema, e se faz importante um recorte de sua contribuição:

(...) intimamente relacionada com a solução de dois outros problemas de regime das pessoas colectivas: o problema da natureza do verso de ligação entre a pessoa colectiva e os seus órgãos, ou as pessoas singulares que como tal actuam; e o problema da responsabilidade das pessoas colectivas. Com efeito, se entendermos que o nexa que une a pessoa colectiva àqueles que por ela actuam é um nexa de representação legal ou necessária, teremos de concluir que a pessoa colectiva em si é uma entidade que não pode agir pessoalmente, só através de representantes e, portanto, é incapaz. Mas pode entender-se que os órgãos não são representantes da pessoa colectiva, fazem parte dela, tal como a boca e os braços não representam o ser humano, pessoa singular, mas são o ser humano. Então

concebemos a ligação entre órgãos da pessoa colectiva e esta como um nexó de organicidade ou de integração. (MENDES *apud* PRADO, 2012, p. 03).

Com exceção da dogmática penal, a responsabilidade penal da pessoa jurídica se mostra como realidade jurídica, criminológica, social e econômica.

Por tantos outros prismas, as pessoas jurídicas efetivamente são capazes de conduta, fato não negado inclusive por demais ramos do direito e também de outras ciências, como já explorado no presente estudo.

Destaca-se ainda que a empresa possui grande potencial de efeitos externos de suas atividades no domínio público, o que justifica a preocupação pública e a regulamentação e a responsabilidade criminal da empresa.

Nesse contexto cumpre também se questionar acerca da culpabilidade não só da pessoa jurídica, mas também da pessoa física a quem atualmente é imputado o crime e a culpabilidade.

5. 2. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA HODIERNAMENTE APLICADA NO BRASIL.

Apesar da discussão travada dentro da doutrina sobre a culpabilidade da pessoa jurídica criminosa e como aplicá-la, é certo que os tribunais pátrios ao longo do tempo estabeleceram maneira de aplicação que lhes parecia mais adequada no momento.

Sobre isso, conforme demonstrado pelo tópico introdutório deste trabalho, para o ordenamento jurídico brasileiro existe há quase três décadas⁷ a possibilidade de pessoas jurídicas serem responsabilizadas penalmente. Esta criminalização foi delineada pelo §3º do art. 225 da Constituição Federal de 88 e concebida pelo art. 3ª da Lei nº 9.605/1998, conhecida com Lei de Crimes ambientais. Assim dispõe os referidos textos legais:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

⁷ Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, que dispõe em seu art. 225, §3º.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Art. 3º 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.

Existe discussão acerca da aplicação de sanções de natureza penal com base na interpretação do art. 173, §5º da Constituição Federal a outras modalidades criminosas cometidas por empresas, mas a doutrina opõe vorazes debates que se valem como impedimentos para tanto, o que se respeitosamente se discorda.

Apesar do exposto texto constitucional, nem sempre os Tribunais Superiores aplicavam a possibilidade de penalizar pessoas jurídicas.

No entanto, em 2005, houve superação do adágio *societas delinquere non potest*, em razão da força da imposição legislativa e jurisdicional, afirmando, inequivocamente, a (hetero)responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Seguindo na análise do texto da lei, verifica-se elemento importantíssimo para o presente estudo, qual seja, o trecho que dispõe que, para haver responsabilidade penal da pessoa jurídica, é requisito que o crime em tela haja sido cometido por decisão de seu representante legal ou contratual, no interesse ou benefício da pessoa jurídica em comento, por isso o termo (hetero)responsabilidade.

Extraímos daí o elemento de que o fato criminoso e antijurídico verificado na realidade deve necessariamente possuir liame subjetivo, ou seja, ter sido concebido e/ou permitido pelo órgão pensante da empresa. Constata-se, pois, que criminalizamos as empresas à moda francesa e inglesa, ou seja, utilizando-nos do modelo chamado identificatório (REINALDET, 2015).

No entanto, ao se analisar jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, verifica-se importante debate sobre este tema.

Decisão paradigma que assentou bases para a discussão é o Recurso Extraordinário nº 548.181 / PR.

No referido caso, em decisão sobre mandado de segurança impetrado em favor da paciente Petrobras S/A (uma vez que incabível instrumento de *habeas corpus* visando tutela de pessoa jurídica) que visava o trancamento da ação penal, tal pedido foi concedido pelo Superior Tribunal de Justiça, acolhendo a

argumentação defensiva de que requisito para responsabilização criminal da pessoa jurídica é o processamento simultâneo das pessoas físicas responsáveis sobre o fato criminoso.

Resignado, o órgão acusador federal interpôs Recurso Extraordinário, argumentando negativa de vigência ao §3º do art. 225 da Constituição Federal, uma vez que inexistente no texto constitucional o requisito da persecução criminal simultânea em face das pessoas físicas responsáveis pelo crime.

Em decisão de relatoria da Ministra Rosa Weber, estabeleceu-se com razão o Ministério Público Federal. Restou decidido naquela oportunidade que entende que não é cabível a restrição de necessário processamento também das pessoas físicas supostamente responsáveis pelo ato. Chegou-se a essa conclusão pela verificação de que em grandes corporações há de se reconhecer a dificuldade prática de identificar a pessoa física diretamente responsável por ato criminoso corporativo, até porque no mínimo inusual seja sua prática submetida a votação do conselho de diretores ou objeto de registro documental, e, tal fato, na prática, inutilizaria o comando constitucional, tornando-se impossível a penalização da pessoa jurídica.

Conclui-se, portanto, que é ponto pacífico na jurisprudência brasileira a criminalização da pessoa jurídica pelo cometimento de crimes ambientais. Conclui-se ainda que basta a verificação da conduta típica e antijurídica para se estabelecer a possibilidade de condenação criminal, sendo irrelevante o liame subjetivo entre a conduta e sua concepção pretérita.

No entanto, não se concorda com tal aplicação. Não se concorda nem com o modelo estabelecido pelo legislador nem com o modelo estabelecido pelo julgador.

Entende-se que deve haver conexão subjetiva entre a prática criminosa e o sujeito que a cometeu, seja este sujeito físico ou jurídico. A respeito dessa discordância é que se passará a expor considerações e ao final conclusão.

Discorda-se tanto do modelo de criminalização da pessoa jurídica estabelecido pelo legislador, tanto quanto pelo julgador.

Discorda-se do modelo estabelecido pelo legislador em dois pontos: (i) restrição da punibilidade para crimes ambientais; (ii) determinação do requisito subjetivo da concepção/anuência/cometimento do crime pela pessoa física - ou pelo órgão composto por várias delas - e também respectiva persecução penal em face destas pessoas físicas pelo crime cometido.

Apesar de serem duas as oposições, neste trabalho convém apenas debater a segunda oposição, aquela que trata justamente acerca da ligação subjetiva do fato típico e antijurídico verificado.

Dissente-se também do Pretório Excelso brasileiro em relação ao completo desligamento subjetivo do crime ambiental cometido e da pessoa jurídica que o cometeu. Quando o Supremo Tribunal Federal afirma a desnecessidade do requisito de identificação e persecução penal em face também da pessoa física que supostamente ordenara o cometimento do crime, está senão a afirmar responsabilidade penal objetiva da empresa, meramente por figurar como representada do agente criminoso quando da prática do ilícito penal.

Conforme exposto anteriormente neste trabalho, vislumbra-se a alternativa em razão de que há fundamentos para se afirmar existir vontade coletiva determinável da empresa, vontade esta capaz de determinar certos comportamentos e ações em seus integrantes, podendo levá-los inclusive a cometerem crimes em seu benefício.

Em sendo assim, parece viável que se estabeleça o requisito de necessária verificação de culpabilidade da estrutura social empresarial que abarcou o agente criminoso de modo a efetivamente se aplicar sanção penal sobre a pessoa jurídica também criminoso. Em não se vinculando a tal entendimento, incorre-se no risco em penalização sem ação, criminalização por mera formalidade contratual.

A propósito deste debate, será feito em seguida um breve análise da lei penal de alguns países, demonstrando qual o método utilizado por eles para aplicação da lei penal à pessoa jurídica, e por fim expondo o método desenvolvido pela Austrália, que nos parece ser o mais adequado à ideia proposta neste trabalho.

6. DIREITO COMPARADO – O ELEMENTO SUBJETIVO DA RESPONSABILIDADE PENAL EMPRESARIAL EM OUTROS PAÍSES.

No meio desse debate, mostra-se de extremo valor observar como outros ordenamentos jurídicos lidam com a questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica, em especial às alterações realizadas em suas teorias do crime para que esta figura seja abarcada.

Em vias de globalização das relações sociais e econômicas, bem como globalização do direito, é de suma importância voltar os olhos para como a comunidade internacional o faz dentro de seus limites, bem como o faz fora dos seus limites, quando nos deparamos com crimes internacionais.

O processo de globalização da economia propicia práticas corruptas no comércio internacional como consequência da existência de assimetria que se produzem em qualquer nível econômico, político, social ou jurídico que são aproveitados pelas empresas para alcançar os fins propostos e proteção para as mesmas. (MALEM, 2000, p. 17.)

Em um mundo de empresas multinacionais e de negócios que cruzam fronteiras, nós devemos esperar que as leis que envolvam empresas acabem se unindo. Mas, surpreendentemente, grandes diferenças ainda existem no desenvolvimento desses regimes legais para combater a criminalidade empresarial.

Empresas transnacionais que contam com um potencial maior mesmo que alguns Estados têm adotado há muito tempo estratégias globais, fazendo uso de sistemas de informações modernos e de abertura de fronteiras, se beneficiado das diferenças econômicas entre primeiro, segundo e terceiro mundo, das desregulações político-financeiras das comunidades econômicas, e das necessidade de consumo de antigas e novas sociedades. Esta tendência esconde uma ameaça para a sociedade na medida em que se reduz a visibilidade de tantos dos crimes como de suas vítimas.

Também é evidente que a globalização gera um espaço econômico carente de regulação efetiva e, paralelamente, a ausência de uma resposta uniforme. Os criminosos e as empresas criminosas se aproveitam de que, em face de fronteiras similares de criminalidade econômica, continua havendo distintos níveis de repressão social, penal e de gravidade das penas. Ante esta situação, as empresas

realização *jurisdiction shopping*, que consiste na seleção de territórios com as legislações penais mais brandas em matéria de corrupção e outras criminalidades econômicas afins para realizar transações comerciais criminosas. (CAPARRÓS, 2003, p. 12)

De uma breve pesquisa dada cabo por este que vos fala, foi observado que alguns países já superaram as questões teóricas e doutrinárias e desenvolveram métodos para a responsabilização penal de pessoas jurídicas.

A reação mundial no decorrer das últimas décadas ao fenômeno criminoso corporativo tem sido a criação de regimes legais visando dissuadir e punir os crimes cometidos pelas empresas.

Importante documento internacional que reflete a vontade de Estados nacionais harmonizarem suas jurisdições em relação ao tema e aplicarem a responsabilização penal também para empresas é a Decisão Marco exarada pelo Conselho da União Europeia nº 2003/568/JHA em 22 de julho de 2003, sobre o combate a corrupção no setor privado, a qual traz em seu resumo o seguinte texto:

“O objetivo desta Decisão Marco é envolver a responsabilidade não só de pessoas singulares na qualidade de funcionários, mas também de pessoas jurídicas, como as empresas. No que diz respeito à responsabilidade das pessoas singulares, os Estados-Membros devem assegurar que os crimes sejam passíveis de uma pena máxima de pelo menos um a três anos de prisão. O direito de se envolver em atividades comerciais pode ser suspenso temporariamente. A instigação para cometer um dos atos acima enunciados ou ajudar ou encorajar tal conduta também é uma ofensa. As pessoas jurídicas podem ser responsabilizadas por infracções que envolvam corrupção se forem cometidas em seu benefício por qualquer pessoa singular que atue individualmente ou que tenha uma posição de liderança dentro de uma pessoa jurídica (...). As sanções para pessoas jurídicas podem incluir multas criminais ou não criminais. Além disso, os Estados-Membros podem considerar a exclusão do direito a benefícios ou auxílios públicos, desqualificação temporária ou permanente da prática de atividades comerciais, etc. (EUROPEAN UNION LAW, 2003, tradução do autor).

Embora as previsões legais de responsabilidade penal de pessoas jurídicas tenha começado inicialmente seguindo a responsabilidade penal dos seres humanos, novos modelos de responsabilidade penal, como os de agregação ou as teorias de auto-identidade, foram desenvolvidos para se adequar melhor à estrutura e à operação da pessoa jurídica. Cada jurisdição interpreta e aplica diferentemente a questão da sanção penal a empresas. Sistemas que rejeitam responsabilidade criminal não a justificam por análise sócio política, mas sim por formalidades doutrinárias (MAGLIE, 2005, p. 548).

Iremos voltar nossos olhos para alguns países e tentar identificar que tipo de construção teórica da teoria do crime foi realizada para que o ordenamento jurídico passasse a suportar tal política criminal. Além disso, mais especificamente, será analisado a teoria do crime no que tange ao objeto da presente pesquisa, qual seja, o elemento subjetivo volitivo do crime.

6. 1. MODELO ESTADUNIDENSE: TEORIA DA AGREGAÇÃO

O modelo estadunidense de responsabilidade criminal da pessoa jurídica inclui uma grande variedade de sanções para estes entes jurídicos (multas, *corporate probation*, ordens de publicidade negativa) na tentativa de efetivamente puni-las quando algum empregado cometa crime enquanto atuando em prol da empresa. A mais distinta diferenciação do modelo de responsabilidade penal norte americano é a adoção da teoria do *respondeat superior*, que colaborou para a formalização e aplicação da chamada teoria da agregação.

Esta teoria prevê que as empresas podem ser responsabilizadas criminalmente com base no ato de um funcionário e na culpabilidade de um ou mais funcionários que, cumulativamente, mas não individualmente, atendem aos requisitos de *actus reus* e *mens rea* do crime.

Em outras palavras, pode ser que nenhum empregado possua informações suficientes e necessárias para formar o *mens rea* - o que para nós seria o equivalente ao juízo de culpabilidade (conhecimento culpável e a vontade de cometer a infração) -, mas para a teoria da agregação, se fosse verificável cumulativamente que vários indivíduos dentro da empresa possuam estes elementos de conhecimento coletivamente e cumulativamente, seu conhecimento agregado pode ser atribuído à empresa (POP, 2006). Portanto a coletividade de pessoas que forma a empresa forma também a culpabilidade desta. Como resultado, em algumas situações, as empresas serão responsáveis criminalmente mesmo quando nenhum empregado o for individualmente.

Além disso, o ato criminoso tem que ser cometido em prol da empresa. Isso significa que o(s) empregado(s) tem que ter agido visando beneficiar a empresa, ao passo que a empresa não tem que necessariamente ter obtido uma vantagem a partir do ato criminoso perpetrado. Se o empregado pretendia beneficiar somente a si ou um terceiro, não cabe responsabilização penal da pessoa jurídica. Seguindo a

mesma lógica, se aquele que cometeu o crime pretendia beneficiar a si e também a empresa, a empresa será também perscrutada criminalmente.

Em *United States v. Bank of New England*, a corte norte americana, utilizando-se da doutrina da agregação, confirmou a culpabilidade do réu, acusado de não informar o registro e a comunicação de uma negociação entre seus clientes no valor de U\$ 10.000,00. Neste caso, o tribunal declarou que: "o conhecimento obtido pelos funcionários da empresa que atuam no âmbito do seu emprego é imputado à sociedade"; e também que "uma corporação não pode conscientemente evitar seus deveres".

Observa-se, portanto, que o modelo de punição estadunidense é bastante ampliativo no que concerne às hipóteses de culpabilidade, uma vez que basta que o empregado cometa o crime em prol da empresa, não se levando em conta a concorrência da própria empresa para o cometimento do crime. É de se verificar, pois, que a adoção da chamada teoria da agregação se descola dos tradicionais princípios do direito penal, mais especificamente no que concerne à ligação da subjetividade do crime àquele que cometeu o ato criminoso.

6. 2. MODELO INGLÊS E FRANCÊS: TEORIA IDENTIFICATÓRIA

O modelo de responsabilização penal das empresas na jurisdição inglesa e francesa são bastante próximos no que toca o elemento subjetivo do crime. Observando os dois modelos e comparando-os ao modelo norte-americano, verifica-se que aqueles são bastante mais restritivos que este, principalmente pelo fato de introduzirem o requisito de que o agente criminoso deva pertencer, ou ao menos reproduzir, uma posição advinda de alto comando dentro da empresa. Essa diferença faz com que o modelo seja tachado como identificatório, ou conhecido também pela teoria do *Alter Ego* (HABIBZADEH e SHARIFI, 2013, p. 5858).

Na Europa, em especial na Inglaterra e na França, há notícias de precedentes alinhados com esse modelo desde o período medieval, mas que em sua formatação moderna foi desenvolvido na Europa a partir da década de 1940. No entanto, tornou-se mais popular após a edição de uma recomendação pelo *Council*

*of Europe*⁸, em 1988, o qual trazia que os estados membros que a lei criminal ainda albergassem a responsabilidade criminal de empresas, deveriam reconsiderar o caso. O modelo identificatório, ou orgânico, dispõe que os ocupantes de altos cargos de grande gerência dentro de uma empresa, ou seja, aquelas pessoas que fazem parte do(s) órgão(s) decisório(s) da empresa, são o cérebro desta, ao passo que todo o resto do corpo funcional age da maneira como o cérebro determina. Como faz as vezes do cérebro, é ali, nos órgãos de cúpula, que reside a culpabilidade do ente corporativo (ADAM, 2008, p. 23). Entende-se por culpável a empresa, e, logo, penalmente sancionável, quando se verifica que os órgãos decisórios emitiram a ordem para que o crime fosse cometido.

Na Inglaterra, isso fica claro no caso da decisão exarada em *House of Lords, Tesco Supermarkets Ltda. v. Nattras*, 1972. Nesse julgamento, Lord Reid estabeleceu que:

(uma sociedade) age deve agir através de pessoas vivas, embora nem sempre seja uma ou a mesma pessoa. Então a pessoa que age não está falando ou agindo para a empresa, ele está atuando como a empresa e sua mente que dirige seus atos é a mente da empresa. Não há dúvida de que a empresa é responsável. Ele não está atuando como um servo, representante, agente ou delegado. Ele é uma encarnação da empresa ou, pode-se dizer, ele ouve e fala através da personalidade da empresa, dentro de sua esfera apropriada, e sua mente é a mente da empresa. Se é uma mentalidade culposa, essa culpa é a culpa da empresa. Deve ser uma questão de direito se, uma vez que os fatos forem verificados, se uma pessoa ao fazer coisas particulares deve ser considerada como a empresa ou simplesmente como servo ou agente da empresa. (LORD REIDL, 1972, s/p, tradução do autor).

Na França, o modelo identificatório evidencia-se pela leitura do *article 121-2* do *Nouveau Code Pénale* (FRANCE, 2017), introduzido na legislação do país em 1992, bem como pela leitura da ampla maioria da doutrina que resume a jurisprudência. E exemplo disso, cabe o disposto por A. Brunet, o qual diz que o:

chefe da empresa é o representante orgânico da sociedade empresarial, e como tal, ele age nessa qualidade, seus atos não são mais dele, mas sim, são diretamente os da corporação pela qual ele os fez. É o mesmo para todos os erros que ele pode cometer no exercício das suas funções: não mais atos dele, mas sim atos da pessoa jurídica. (BRUNET, 1996, p.33, tradução do autor).

⁸ Strasbourg. Liability of enterprises for offences. Council of Europe. 20 de Outubro de 1988. Disponível em: <<https://rm.coe.int/16804c5d71>>. Acessado em: 28 jun. 2017.

Assim, têm-se que para a teoria identificatória o centro subjetivo do crime são os órgãos de cúpula da empresa, ao passo que os agentes criminosos são meramente os elementos que dão vida à racionalidade originada nesse centro subjetivo.

Como se percebe, esta era a teoria aplicada pelos tribunais superiores brasileiros pelo menos até o novo giro hermenêutico estabelecido pelo julgado do RE 548.181 / PR.

6. 3. MODELO AUSTRALIANO: TEORIA DA CULTURA CORPORATIVA

Após as exposições realizadas, chega-se ao modelo que melhor se compatibiliza com a ideia proposta neste estudo.

O modelo conhecido como Cultura Empresarial foi introduzido ao australiano *Criminal Code* em 1995, na *Part 2.5.*, mas só entrou em vigor em dezembro de 2001.

O novo *Criminal Code* hoje em vigor baseia-se nas conclusões de uma subcomissão do *Standing Committee of Attorneys-General* dos Governos Federais, Estaduais e Territoriais do país, que foi formada para considerar o desenvolvimento de um código penal uniforme para jurisdições australianas. O Relatório do Comitê concluiu que o modelo identificatório "não era mais apropriado" como fundamento para a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas, em vista da verificação no mundo real de estruturas de governança extremamente difusas de delegação a funcionário subalternos dentro de grandes empresas (AUSTRALIA, 1993).

A propósito disso, levou-se em conta também estudos (COFFEE, 1981) que mostraram que crimes corporativos comumente ocorriam no nível de médio para baixo gerenciamento, normalmente pela instauração de metas irreais e inatingíveis, onde os meios para o alcance do objetivo se tornavam subjetivos, ou seja, quaisquer encontrados por aquele que recebia a ordem, o que empiricamente levava os empregados a lançarem mão de todos os meios disponíveis. O que se verificou, portanto, foi verdadeira cultura organizacional de incentivo à violação legal.

Foram também justificativas para a mudança legislativa a opacidade das empresas, que faziam na maioria das vezes difícil a identificação ou angariamento de evidências contras agentes criminosos dentro da empresa; a possibilidade do estabelecimento dos famosos "bodes expiatórios" dentro da organização; a

existência de dispositivos próprios do direito australiano como a indenização, que podiam isolar a alta administração dos efeitos da responsabilidade pessoal.

A partir disso, o relatório propôs a adoção de uma espécie de responsabilidade criminal empresarial que reconheceu culpa independente emanada da empresa, que lançaria uma rede de responsabilidade substancialmente mais ampla e "muito mais realista sobre as empresas" do que a responsabilidade calcada no modelo identificatório. O principal objetivo do Comitê foi desenvolver um esquema de responsabilidade que se "adaptasse o mais próximo possível responsabilidade criminal pessoal para se adequar às modernas corporações" (AUSTRALIA, 1993, tradução do autor).

Pois bem, o modelo australiano hoje é fundado na premissa do reconhecimento da autonomia das pessoas jurídicas em terem direitos. Deste ponto se extrai que, por também terem direitos, deve-se, pois, imputar-lhes deveres. A doutrina dominante na Austrália vê a empresa como um ator legal autônomo, o que implica se equiparar em muitos âmbitos às pessoas naturais. Assim sendo, a lei australiana tem como objeto na mesma intensidade tanto a pessoa em carne e osso, como a organização criada juridicamente, rejeitando os princípios do individualismo metodológico extremo ou da responsabilidade da empresa. As duas formas de responsabilidade visadas na legislação australiana não são mutuamente exclusivas e a escolha da responsabilidade é geralmente uma questão de discricção da acusação.

Analisando a lei seca australiana remodelada, a primeira e já impactante mudança se verifica na Section 12.1, a qual prevê que o código se aplica, com as necessárias modificações, igualmente para empresas (bodies corporate) e para pessoas naturais, especificando-se que "pessoas jurídicas podem ser condenadas por qualquer crime, incluindo aqueles puníveis com prisão".

A Section 12.2 impõe responsabilidade indireta à empresa pelos elementos físicos (embora não o elemento mental) da ofensa quando cometidos por qualquer funcionário, agente ou funcionário no que aparente ter agido em razão da empresa.

Elemento importantíssimo para a nossa análise se perfaz na Section 12.3 (1) do *Criminal Code*, que dispõe que o elemento necessário de culpa em um crime é caracterizada pela intenção, conhecimento ou imprudência, e é estabelecida em relação à empresa na qual a pessoa jurídica tenha "expressamente, tácita ou implicitamente autorizado o cometimento do crime".

Vários meios não exclusivos através dos quais essa autorização ou permissão advinda da empresa podem ser estabelecidos estão dispostos na *Section* 12.3 (2). Os dois primeiros meios de verificação da culpa são paralelos ao modelo identificatório, que dispõe que a responsabilidade criminal da empresa poderá ser realizada com base em meio da prova de que o conselho de administração ou um alto agente gerencial "intencionalmente, conscientemente ou imprudentemente realizou conduta relevante, ou expressamente, tácita ou implicitamente autorizou ou permitiu o cometimento do crime". No caso do "alto agente gerencial", no entanto, a empresa pode escapar à atribuição de intenção pelos atos de um agente dentro da organização se a empresa puder demonstrar que exerceu a devida diligência para evitar a conduta.

No entanto, são os últimos dois meios pelos quais a autorização ou permissão da corporação pode ser estabelecida que realmente abre novos caminhos no âmbito do direito penal corporativo australiano. Assim, de acordo com as alíneas 12.3 (2) (c) e (d), fica comprovada a culpabilidade da empresa se verificada a existência de uma "cultura corporativa" que determine, encoraje, tolere ou que tenha levado a não conformidade da lei penal.

Criou-se, pois, efetivo elemento subjetivo da pessoa jurídica, admitindo uma aproximação do modelo de culpabilidade aplicado às pessoas naturais.

Ainda, o código apresenta uma definição do que significa a "cultura corporativa" da empresa, que se encontra estabelecido na sessão 12.3(6), a qual diz que "cultura empresarial significa atitude, política, regra, modo de conduta ou prática existente dentro do corpo empresarial geral ou em parte dele, no qual relevantes atividade são realizadas." (AUSTRALIA, CRIMINAL CODE, SECTION 12.3(6) c).

À primeira vista, os contornos da forma de responsabilidade corporativa estabelecida através da "cultura corporativa" são muito amplos e muito diferentes dos que estão sob o modelo identificatório. O conceito de "cultura corporativa" centra-se na culpa a nível organizacional, no sentido de que as práticas e procedimentos da empresa contribuíram de alguma forma para o cometimento do ilícito criminal.

Para que a responsabilidade seja atribuída à pessoa jurídica por esses meios, não há nível na hierarquia corporativa abaixo do qual a atribuição de responsabilidade à corporação é impossível. Em vez disso, a questão principal será se a estrutura organizacional da corporação estava posta de tal forma que o ato

relevante de não conformidade com a lei poderia ocorrer em qualquer nível na cadeia empresarial.

Na Explicação do Projeto de Lei do Código Penal de 1994, é expressamente afirmado que as novas disposições agora trariam técnicas gerenciais contra as quais o modelo identificatório era impotente - como quando os funcionários, sob ameaça implícita de demissão, recebem prazos e metas de produção que não podem ser atendidos sem, por exemplo, violações da legislação penal (HILL, 2003, p. 17). O conceito de "cultura corporativa" também verifica-se mais largo que o modelo identificatório pois permite que a acusação examine as "regras não escritas" de uma empresa, se estas forem incompatíveis com a documentação formal de *compliance* – apesar de que “regras não escritas” de uma organização podem ser difíceis de serem provadas.

Um princípio básico também definido pela lei australiana, consagrado pela decisão da *High Court* em *Industrial Equity Ltd v. Blackburn*, é que cada empresa dentro de um grupo corporativo é tratada como uma entidade jurídica separada. Isso tem uma série de consequências importantes. Significa, por exemplo, que uma empresa não será criminalmente responsável pelos atos ou omissões de outra empresa dentro do grupo, o que reflete outra faceta de um princípio do direito penal cujo qual a responsabilidade é subjetiva/pessoal e não objetiva/indireta.

Em certas circunstâncias, o princípio acima exposto da separação das empresas (*separate entity*) será mitigado quando for verificável alto nível de integração e dominação do grupo empresarial por uma empresa controladora sobre as atividades de suas subsidiárias. É verdade que, em certos casos excepcionais, os tribunais foram preparados para usar os princípios para perfurar o véu corporativo entre a matriz e a subsidiária (HILL, 2003, p. 13). Na decisão australiana, *Spreag v Paeson Pty Ltd*, tais princípios foram aplicados para manter empresa controladora responsável criminalmente por as falsas declarações de sua subsidiária sobre práticas comerciais.

Portanto, por todo o exposto, verifica-se que a lei australiana pretende abarcar todo tipo de criminalidade que se verifica dentro de uma empresa, efetivamente buscando meios de combatê-la ou reprimi-la, pois além de manter o sistema identificatório, cunhou nova disposição acerca da teoria da cultura corporativa, na qual se verificável certa cultura corporativa que tenha gestado ou proporcionado o cometimento do crime pelo agente inserido na cadeia empresarial,

qualquer que seja o nível que se encontre, a empresa também responderá criminalmente.

Ou seja, o ordenamento jurídico australiano efetivamente e amplamente admite a existência de uma razão corporativa, um ente subjetivo que permeia tudo aquilo que pode ser considerado como a pessoa jurídica. A partir disso, entende-se que tal modelo se aproxima da proposta aqui ofertada em que estruturas sociais, ou no caso em tela, a cultura organizacional, efetivamente direciona a atuação do agente contribuindo em nível subjetivo para o cometimento de ilícitos penais. Nesta hipótese, deve recair sanção penal também à empresa em comento.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É certo, pois, que para ciências como economia e psicologia é verificável a existência de uma “vontade grupal” interpessoal, cultivada dentro de ambientes em que existam diversos tipos de forças atuando, seja de autoridade, situacional ou de conformidade. Neste contexto, é inarredável perceber-se que também o ambiente empresarial possui essas forças que atuam sobre um indivíduo, podendo ser constatada quase como uma “vontade empresarial”. Por meio da ficção, é possível delimitar esta vontade e relacioná-la como sendo a razão da pessoa, só que jurídica.

Como demonstrado, torna-se claro que a economia e a psicologia apontam para inúmeras oportunidades em que agentes inseridos em ambientes como o corporativo-empresarial podem sofrer distorções em suas racionalidades durante a tomada de decisões.

A partir destas premissas, e trazendo-as para a interpretação do direito penal, aflora-se o questionamento acerca da real culpabilidade do agente, e ainda mais, acerca da validade da individualização da responsabilidade penal de uma conduta criminosa a um só agente, enquanto que todo um grupo de pessoas, nesse caso um ambiente empresarial-corporativo, concorreu para a gênese dessa vontade criminosa. É possível observar casos em que certos ambientes possuem verdadeira “tradição criminosa” e que propaga essa tradição por todos os âmbitos da empresa, causando distorções nas tomadas de decisões de todos aqueles que partilham do ambiente.

Nestas condições, parece acertado buscar responsabilizar também aquele “ambiente”, neste caso na figura da Pessoa Jurídica, na tentativa de evitar com que sejam propagadas tais racionalidades delitivas em seus ambientes. Além disso, a responsabilidade da pessoa jurídica também serve para refletir o dever social em punir aqueles que causam mal, bem como tentar desenvolver em que a penalização da pessoa jurídica faça observar os princípios gerais do direito penal.

Entende-se que como a culpabilidade é a figura subjetiva do crime não há como verificá-la de maneiras objetivas, cunhando-se requisitos fixos a fim de se constatar se o crime foi cometido ou não pela racionalidade observada dentro do âmbito empresarial. Por ser de cunho subjetivo, a culpabilidade pode ser imaginada em uma maior ou menor medida dos agentes envolvidos no cometimento do crime.

Imagine-se o requisito da culpabilidade em relação ao cometimento do crime sendo um copo e crime só será cometido no momento em que o copo estiver cheio. Imaginemos quem concorre para o enchimento do copo. Se no caso em concreto ficar comprovado pelo arcabouço probatório que o autor foi o único a encher o copo, ele deve responder sozinho por isto.

Agora imaginemos outra hipótese em que diversas forças volitivas daquele ambiente preencheram o copo até que ficasse por fim estivesse quase extravasando o líquido. Nessa hipótese, não incomum, a ação do autor correspondeu somente à popular “última gota”. Neste caso, parece-se como sendo viável a responsabilização em muito maior medida daquele que preencheu quase a totalidade do vasilhame.

Uma terceira hipótese, e a mais complexa, é verdade, situar-se-ia exatamente entre as duas anteriores. Hipótese em que no caso concreto se verifica pelas provas que vários agentes individualmente concorreram para o cometimento do crime em diversas medidas. Digamos que as forças empresariais em 30%, o autor do crime em 70%, ou quaisquer outras proporções que se pretenda. Neste caso, seguindo a mesma lógica das outras hipóteses propostas, a responsabilidade penal deverá ser dividida na exata proporção de culpabilidade em que se restará demonstrada pelas provas.

Na tentativa de proposição do presente debate encontrou-se o modelo criminal australiano o qual pareceu se encaixar muito bem em relação às proposituras aqui feitas, podem em um futuro próximo servir como base de adaptação para o ordenamento jurídico brasileiro.

Observamos também que todos os âmbitos da sociedade estão passando por uma expansão das fronteiras nacionais. E esse evento ocorre ainda mais no que concerne a atividades empresarias. Conectam-se quotidianamente com jurisdições estrangeiras, e também entre as jurisdições estrangeiras. Assim, como o direito internacional visa lidar com situações em que há lacuna na jurisdição estatal, nada mais do que natural esperar que também virá a atuar em casos que virão a ser tachados como crimes cometidos por empresas.

Neste viés, pode-se observar ainda um crescimento de bens jurídicos transnacionais, como por exemplo o meio-ambiente, mercado financeiro, relações consumeristas, o que aponta também para uma necessidade de tutela jurisdicional supranacional. É de se interpretar que um crime ambiental ocorrido na Amazônia

brasileira também pode vir a ferir bens jurídicos de outros países, não só aqueles fronteiriços, mas também em todo o globo.

Por todo o exposto, tem-se valoroso ampliarmos nossos horizontes de pesquisa seja para olharmos para a nossa própria teoria do direito, seja para o ordenamento jurídico de outros países, pois assim podemos verificar que é justificável um esforço para quebramos paradigmas e as amarras meramente teóricas e doutrinárias, vislumbrando um efeito prático no direito, lembrando-se sempre do valor que o direito tem para o controle social.

REFERÊNCIAS

ADAM, S. et al. **La responsabilité pénale des personnes morales en europe: corporate criminal liability in europe**. Bruxelles: La Charte, 2008.

ASCH, Solomon E.. **Studies of independence and conformity: i. a minority of one against a unanimous majority**. Psychological monographs: general and applied , Philadelphia, v. 70, n. 9, p. 3-70, jan. 1956.

AUSTRALIA. Criminal Code Act 1995. Compilation date: 1 July 2017.

AUSTRALIA Standing Committee of Attorneys-General, Criminal Law Officers Committee, Model Criminal Code, Chapter 2, Final Report: General Principles of Criminal Responsibility (AGPS, Canberra, 1993), Part 5

BECKER, Gary S.. **The economic approach to human behavior**. 3 ed. Chicago: University of Chicago Press , 2013. 322 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Código Civil Brasileiro: Lei nº 10.406, de 10 de jan. de 2002. Brasília, DF

BRASIL. Código Penal Brasileiro: Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dez. de 1940. Brasília, DF

BRUNET, A.. **Infractions matérielles et responsabilité pénale de l'entreprise**. Paris: LPA, 1996. 33 p.

BRUSCATO, Wigles. **Manual de Direito Empresarial Brasileiro**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BUSATO, Paulo César. **Neurociência e Direito Penal**. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2014.

CAPARROS, Eduardo A. Fabian. **La corrupción de agente publico extranjero e internacional**. 1 ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003. 180 p.

CLINARD, Marshall. B., QUINNEY, Richard. e WILDEMAN, John. **Criminal Behaviour Systems: A Typology**. 3 ed. New York: Routledge, 2015.

COFFEE, John C.. **"No Soul To Damn: No Body To Kick": An Unscandalized Inquiry Into The Problem Of Corporate Punishment**. Michigan law review, Michigan, v. 79, n. 3, p. 386-459, jan. 1981.

COHAN, J. Alan. **"I didn't know and I was only doing my job"**. Journal of Business Ethics. 2002. Kluwer Academic Publishers. Netherlands. p. 275-299.

EUROPEAN UNION, 2003, **Framework Decision** 2003/568/JHA. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM:I33308>, Acessado em: 11 de nov. de 2017.

FRANCE. **Code Pénal**. Version consolidée au 9 avril 2017.

FRANCO, Affonso Arinos de Mello. **Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas**. Rio de Janeiro: Graphica Ypiranga, 1930, pg. 53.

GINO, Francesca; BAZERMAN, Max H.. **Slippery slopes and misconduct: the effect of gradual degradation on the failure to notice others unethical behavior**. Harvard business school working paper, Cambridge, v. 06, n. 007, p.111-222, fev. 2007

GUARAGNI, Fábio A. e GUIMARÃES, Rodrigues R. C. **Neurociência, livre-arbítrio e Direito Penal: precipitação científica e alternativas para sustentação da culpabilidade**. In. BUSATO, Paulo César. (Organ.). **Neurociência e Direito Penal**. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 2014. p. 205.

HABIBZADEH, Mohammad; SHARIFI, Mohsen. **Imposing criminal liability to corporate bodies**. International journal of innovative research in science, engineering and technology, Irã, v. 2, n. 10, out. 2013.

HILL, Jennifer. **Corporate Criminal Liability In Australia: An Evolving Corporate Governance Technique**. Sydney: Vanderbilt University Law School Law & Economics; 2003.

JOLLS, SUSTEINS e THALER. **Behavioral Law And Economics : “A behavioral approach do Law and Economics”**, Stanford Law Review, v. 50, 1998, pp 1476.

KAHNEMAN, D e TVERSKY, A. **Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases, in JUDGMENT UNDER UNCERTAINTY**. New York: Cambridge University Press. 1982.

KAHNEMAN, D e TVERSKY. **Prospect Theory: An Analysis Of Decision Under Risk**, Econometrica, v. 47, 1979.

KRAAKMAN, Refier; ARLEN, Jennifer. **Controlling corporate misconduct: an analysis of corporate liability regimes**. New york university law review, New york, v. 72, n. 4, p. 687-779, out. 1997.

MAGALHÃES NORONHA, E. **Direito Penal**. 39. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v.

MAGLIE, Cristia De. **Models Of Corporate Criminal Liability In Comparative Law**. Washington university global studies law review, Washington, v. 4, p. 547-566, jan. 2005.

MILGRAM, Stanley. **Behavioral Study of Obedience**, Journal of Abnormal and Social Psychology, v. 67, nº 4, 1963, pp. 371-378.

PASSOS, Paulo Roberto da Silva. **Crimes Econômicos e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas**. 1ª ed. Bauru, São Paulo: Edipro, 1997, p. 69.

POP, I. A. **Criminal Liability Of Corporations: Comparative Jurisprudence**. Michigan State University College of Law. 2006.

PRADO, Amauri Renó Do. **A culpabilidade da pessoa jurídica** . Revista FMU direito, São paulo, v. 26, n. 37, p. 01-06, fev. 2012.

PRADO, Luis Régis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v.I.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

R REINALDET, Tracy Joseph. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**. O exemplo brasileiro e a experiência francesa. Curitiba: IEA academia, 2014.

ROBBINS P., Stephens; JUDGE A., Timothy e SOBRAL, Filipe. **Comportamento Organizacional: Teoria e Prática no Contexto Brasileiro**. 2011. 14ª edição. Pearson. São Paulo.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Traite de droit romain**. Paris: Firmin Didot Freres, 1845.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Unternehmenskriminalität und strafrecht: eine untersuchung der verantwortlichkeit der unternehmen und ihrer führungskräfte nach geltendem und geplante straf- und ordnungswidrigkeitenrecht**. Berlin: Heymann, 1979. 275 p.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**, 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.999, p. 95

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Fundamentos del derecho penal de la empresa**. Montevideo: B. de F., 2013.

SIMON, Herbert A. **A Behavioral Model of Rational Choice**. The Quarterly Journal of Economics, Vol. 69, No. 1. (Feb., 1955), pp. 99-118.

Strasbourg. **Liability of enterprises for offences**. Council of Europe. 20 de Outubro de 1988. Disponível em: <<https://rm.coe.int/16804c5d71>>. Acessado em: 28 jun. 2017.

TANGERINO, Davi P. C. **Culpabilidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

ZIMBARDO, Philip G.. **The lucifer effect: Understanding how good people turn evil.** 1971 ed. New York: Random House, 2007.