

CULPABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA SEGUNDO A TEORIA CONSTRUTIVISTA

Marcelo Carita Correra

Resumo

O objetivo do presente trabalho é, utilizando a teoria construtivista, estabelecer um novo conceito de culpabilidade que permita acomodar a pessoa jurídica e, dessa forma, afastar a discussão sobre a impossibilidade da aplicação de sanções penais em face do ente coletivo por incompatibilidade com os elementos da teoria do delito. O conceito de culpabilidade parece não ser compatível com a aplicação de sanções penais em face da pessoa jurídica, na medida em que se trata de conceito produzido tendo como premissa a ação humana. A hipótese a ser obtida na conclusão do trabalho é a constatação de que a teoria construtivista permitirá, sem mudança constitucional ou legislativa, acolher a pessoa jurídica como ente passível de sofrer sanções penais. A hipótese toma como premissa a elaboração de um novo conceito de culpabilidade a ser aplicado exclusivamente aos entes coletivos. A culpabilidade passa a ser analisada diante da existência ou inexistência de um ambiente empresarial voltado ao cumprimento das normas legais. Isto é, a aplicação de sanções penais depende da constatação da inexistência de programas internos destinados ao cumprimento das normas legais e fiscalização da atividade de funcionários e terceiros ligados à empresa. O desenvolvimento do tema implica a análise de doutrinas nacionais e estrangeiras, bem como a pesquisa sobre precedentes judiciais quando necessários para confirmar as premissas fixadas.

Palavras-Chave: Pessoa Jurídica. Responsabilidade Penal. Teoria Construtivista. Culpabilidade. Teoria do Delito.

Abstract

The objective of the present work is, using the constructivist theory, to establish a new concept of guilt that allows the legal entity to be accommodated and, thus, to discard the discussion about the impossibility of applying criminal sanctions in the face of the collective entity for incompatibility with the elements of crime theory. The concept of culpability does not seem to be compatible with the application of criminal sanctions to the legal entity, since it is a concept produced based on human action. The hypothesis to be obtained in the conclusion of the work is the observation that the constructivist theory will allow, without constitutional or legislative change, to welcome the legal entity as a subject liable to suffer criminal sanctions. The hypothesis takes as its premise the elaboration of a new concept of guilt to be applied exclusively to collective entities. The culpability is now analyzed in view of the existence or inexistence of a business environment focused on compliance with legal norms. That is, the application of criminal sanctions depends on the finding that there are no internal programs designed to comply with legal rules and to monitor the activity of employees and third parties linked to the company. The development of the theme implies the analysis of national and foreign doctrines, as well as research on judicial precedents when necessary to confirm the established premises.

Keywords: Legal Entity. Criminal Responsibility. Constructivist theory. Guilt. Crime Theory.

1. INTRODUÇÃO

O conceito de pessoa jurídica acompanha o crescimento da complexidade da sociedade. Nos primórdios da humanidade, as relações sociais eram estabelecidas diretamente entre seres humanos. A troca de produtos, a prestação de serviços, tudo era produzido, consumido e transferido de pessoa natural para pessoa natural. O escambo de produtos e serviços era a regra. O modelo social baseado no escambo sofreu esgotamento com o aumento

da complexidade da sociedade. Houve a necessidade de especialização da produção e a organização de associações para realização de atividades e produção.

Durante as grandes navegações, que dividiu parte do novo mundo entre Portugueses e Espanhóis, houve a necessidade de criação das pessoas jurídicas. Para enfrentar os desafios crescente e aprimorar a tecnologia marítima, o infante Dom Henrique, no século XV, criou a Escola de Sagres para a atividade náutica portuguesa. Trata-se de exemplo notório de criação de entes coletivos para substituir atividades anteriormente desenvolvidas por indivíduos.

O papel das pessoas jurídicas cresceu à medida que a sociedade evoluiu. O protagonismo das entidades coletivas é inegável, tendo papel relevante no setor financeiro, químico, médico, etc. Todas as áreas mais sensíveis à sociedade contemporânea envolvem o papel ativo das pessoas jurídicas. Ocorre que, juntamente com esse protagonismo, houve o aumento exponencial na capacidade de danos da atividade da pessoa jurídica. Basta pensar, no Brasil, no potencial destrutivo das Usinas Nucleares instaladas em Angra dos Reis, cuja administração está a cargo da Eletrobrás Termonuclear S.A – Eletronuclear, uma sociedade de economia mista.

O Constituinte Originário, ciente da potencialidade dos riscos das atividades dos entes coletivos, determinou, nos artigos 225, §3º e 173, §5º da Magna Carta, a responsabilidade penal da pessoa jurídica em matéria de direito ambiental e para garantia da ordem econômica.

Desde a promulgação da nova carta houve grande divergência sobre a responsabilidade penal do ente coletivo. O atual estágio da discussão envolve a suposta incompatibilidade da responsabilidade da pessoa jurídica diante da teoria do delito. Conduta e culpabilidade são os principais desafios da teoria do delito para acolhimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

O presente estudo busca, tomando como premissa a teoria construtivista, analisar a teoria do delito e a compatibilidade do conceito de culpabilidade para acolhimento da responsabilidade da pessoa jurídica. Embora existam outros questionamentos sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica (incompatibilidade com o conceito de conduta e impossibilidade de sofrer sanções penais, por exemplo), o presente estudo será concentrado, somente, na culpabilidade. O objetivo final pode ser identificado como a busca de um novo conceito jurídico de culpabilidade capaz de acolher a pessoa jurídica como entidade passível de responsabilidade penal.

O estudo do tema é relevante, na medida em que é notória a necessidade de regulação dos efeitos dos atos praticados pela pessoa jurídica. A simples alegação de que a pessoa

jurídica é uma ficção legal e que, dessa forma, não pode praticar condutas e, portanto, não é passível de sanção penal, não se coaduna com o fato de que as pessoas jurídicas estabelecem relações em diversas áreas da sociedade.

Para desenvolvimento do objetivo proposto será analisado o conceito de culpabilidade para a teoria do delito, bem como a nova proposta forjada a partir da teoria construtivista.

O método utilizado será o lógico-dedutivo, com fundamento em revisão bibliográfica dos principais doutrinadores nacionais e estrangeiros que se debruçaram sobre o tema, sem prejuízo da análise de precedentes judiciais quando relevantes para confirmar as conclusões obtidas.

A conclusão obtida aponta que o conceito de culpabilidade foi criado a partir de premissas antropocêntricas, o que é incapaz de acomodar a pessoa jurídica. A responsabilização criminal da pessoa jurídica demanda um novo conceito de culpabilidade, criado a partir da teoria construtivista.

2. A CULPABILIDADE

A culpabilidade é um dos três elementos do conceito de crime (teoria tripartida), composto ainda por fato típico e antijuricidade. A culpabilidade também é princípio constitucional de fundamental importância para limitação do poder punitivo do Estado.

O instituto em referência, quando aplicado à teoria do delito, deve ser entendido como a capacidade de aplicação da pena. Em outras palavras, a condição que permite constatar que o injusto foi praticado por pessoa imputável e passível de sanção penal, na medida em que, em termos gerais, havia a possibilidade da prática de outra conduta compatível com a legislação.

Juarez Cirino dos Santos (2008, p. 281) afirma:

O conceito de culpabilidade como juízo de valor negativo ou reprovação do autor pela realização não-justificada de um crime, fundado na **imputabilidade** como capacidade penal geral do autor, na **consciência da antijuridicidade** como conhecimento real ou possível do injusto concreto do fato e na **exigibilidade de conduta diversa** determinada pela normalidade das circunstâncias do fato, parece constituir a expressão contemporânea dominante do conceito *normativo* de culpabilidade: um juízo de reprovação *sobre o sujeito* (quem é reprovado), que tem por *objeto* a realização do tipo de injusto (o que é reprovado) e por *fundamento* (a) a capacidade geral de *saber o que fazer* (b) o conhecimento concreto que permite ao sujeito *saber realmente o que fazer* (c) a normalidade das circunstâncias do fato que confere ao sujeito o *poder de não fazer o que fazer* (porque é reprovado).

A culpabilidade é a reprovabilidade pessoal pela realização de uma ação ou omissão típica e ilícita. Assim, não há culpabilidade sem tipicidade e ilicitude, embora possa existir ação típica e ilícita inculpável. Devem ser levados em consideração, além de todos os elementos objetivos e subjetivos da conduta típica e ilícita realizada, também, suas circunstâncias e aspectos relativos à autoria.

Ocorre que, apesar dessas características gerais da culpabilidade, o instituto passou por diversas modificações.

2.1. As especificações do conceito de culpabilidade

A primeira fase da culpabilidade pode ser conceituada como a fase psicológica. Diante da teoria causal do delito, a culpabilidade é tida como simplesmente uma decisão psicológica do agente.

Segundo Aníbal Bruno (1984, p. 26):

nesto vínculo psíquico se esgota todo o conteúdo da culpabilidade, que se pode manifestar sob as duas formas - o dolo e a culpa. Na realidade, segundo essa concepção, a culpabilidade compreende apenas o dolo e a culpa. Não é mais do que um conceito genérico abrangendo os dois conceitos específicos.

A segunda fase da culpabilidade, fruto do direito penal neoclássico, é caracterizada pela introdução de elementos normativos juntamente com os elementos psicológicos. Dolo e culpa ainda estão alocados na culpabilidade, mas o conceito abarca outros elementos.

Francisco de Assis Toledo (1987, p. 211) esclarece que “o juízo de censura que se faz ao autor do fato e, como pressuposto deste, a exigibilidade de conduta conforme à norma”.

Luis Jiménez de Asúa (1958, p. 355) explicita:

É necessário, então, reconhecer que a culpa implica conteúdo psicológico, mas isso não constitui culpa em si. É o objeto sobre o qual a censura contra o autor recai. Somente quando esse julgamento de reprovação é feito, é que surge o conceito de culpa (tradução nossa)¹.

A evolução do conceito de culpabilidade continua com o surgimento do finalismo. A partir dessa nova teoria, houve o rompimento da culpabilidade com os elementos psicológicos. Vale dizer, dolo e culpa foram deslocados da culpabilidade e inseridos na análise do injusto, mais precisamente no fato típico. A culpabilidade passou a ser, portanto, somente normativa.

¹ Debe reconocerse, entonces, que la culpa implica contenido psicológico, pero eso no es culpa en sí misma. Es el objeto sobre el cual cae la censura contra el autor. Solo cuando se hace este juicio de reprobación surge el concepto de culpa.

Segundo Juarez Tavares (1980, p. 48), ao tratar da culpabilidade na teoria causalista ou clássica, a retirada dos elementos psicológicos da culpabilidade era necessária para aprimoramento técnico da teoria do delito:

a manutenção do dolo na culpabilidade como elemento psicológico-normativo constitui, sem dúvida, um dos pontos fracos dos sistemas causais modernos, pois além de ser insustentável tal assertiva diante da concepção normativa de Frank, é assistemático distanciá-lo dos elementos subjetivos do injusto ou do tipo. Não se justifica, por outro modo qualquer, que o dolo e os elementos subjetivos caracterizadores da conduta sejam tratados em setores diferentes.

Para a teoria finalista, a culpabilidade é, nas palavras de Welsel (1993, p. 195):

a vontade de ação ilegal; é reprovado o autor na medida em que ele pode estar ciente da ilegalidade da ação e ela pode se tornar um motivo do significado. O autor acha mais fácil a possibilidade de autodeterminação de acordo com o significado, quando conhece positivamente a ilegalidade, independentemente de essa conscientização estar atual no momento da divulgação do fato ou ser atualizada imediatamente (tradução nossa)²

Juarez Tavares (1980, p. 50) observa:

A diferença entre culpabilidade e antijuridicidade não se fez imediatamente através dos primeiros ensaios finalistas. Estes partiam do ponto de vista da teoria normativa de Frank e viam na culpabilidade uma reprevação sobre a formação de vontade decorrente do processo de motivação do agente.

Portanto, para a teoria finalista, a culpabilidade é um dado normativo que, em síntese, caracteriza-se pela decisão do agente de, apesar da possibilidade contrária, ter praticado o fato punível.

Por fim, cabe menção às chamadas teorias funcionalistas, que entendem a função do direito penal não como a proteção de bens jurídicos previamente selecionados, mas como a utilização da força para garantia do respeito à legislação vigente.

Günther Jakobs (2013, p. 584), tido como representante da teoria funcionalista pura ou extremada, afirma:

O conceito de culpabilidade, portanto, deve ser configurado funcionalmente, isto é, como um conceito que produz um resultado de regulação, de acordo com certos princípios de regulação (de acordo com os requisitos do fim da pena), para uma determinada estrutura social. O fim da penalidade é, segundo a concepção aqui

² objeto del reproche de culpabilidad es la voluntad de acción antijurídica; ésta le es reprochada al autor en la medida en que podía tener conciencia de la antijuridicidad de la acción y ella podía convertirse en contramotivo determinante del sentido. Al autor le resulta más fácil la posibilidad de autodeterminación conforme a sentido cuando conoce positivamente la antijuridicidad, indiferente de si esta conciencia es actual al momento de comisión del hecho o pueda actualizarse de inmediato.

desenvolvida, de um tipo geral preventivo; trata-se de manter o reconhecimento geral da norma (não intimidação ou advertência) (tradução nossa)³.

2.2. Tomada de posição sobre a culpabilidade

É possível verificar que a teoria do delito e, especialmente, a culpabilidade estão presas no que chamamos de armadilha antropocêntrica. A teoria do delito possui, como pilar, a conduta humana. Possui uma visão antropocêntrica, tendo a conduta humana como o mecanismo indispensável para a incidência do direito.

Hans Kelsen (1999, p. 18) afirma:

a conduta que pelas normas é regulada é uma conduta humana, conduta de homens, pelo que são de distinguir em toda a conduta fixada numa norma um elemento pessoal e um elemento material, o homem, que se deve conduzir de certa maneira, e o modo ou forma por que ele se deve conduzir (...) a norma refere-se a uma determinada conduta, se quer significar a conduta que constitui o conteúdo da norma, então a norma pode referir-se também a fatos ou situações que não constituem conduta humana, mas isso só na medida em que esses fatos ou situações são condições ou efeitos de condutas humanas.

Logo, todos os conceitos são construídos tendo como premissa fundamental e essencial o homem e a conduta. A culpabilidade, nesse contexto, apesar de todas as nuances, pode ser sintetizada como a reprovação pela prática do fato típico e antijurídico. É a inobservância da possibilidade de agir de forma distinta daquela que gerou a imputação da sanção.

Mas a pergunta que se faz é: qual o sujeito dessa inobservância? A resposta só pode ser única: o homem, a pessoa natural. A teoria do delito, especialmente a culpabilidade, está impregnada de antropocentrismo, como se a sociedade do século XXI não conhecesse os efeitos sociais dos entes coletivos, especialmente das pessoas jurídicas destinadas às atividades mercantis e de prestação de serviços.

Nesse contexto, parece insuperável a clássica premissa de que *societas delinquere non potest*. Afinal, somente o ser humano é passível de conduta, sendo certo que a Magna Carta Brasileira em nada altera a conclusão aqui exposta, na medida em que, ainda que se entenda que a Constituição Federal estabeleceu a responsabilidade penal da pessoa jurídica, é preciso criar um arcabouço teórico e legal para operacionalização da sanção penal do ente coletivo.

³ El concepto de culpabilidad, por tanto, há de configurar se funcionalmente, es decir, como concepto que rinde um fruto de regulación, conforme a determinados principios de regulación (de acuerdo con los requisitos del fin de la pena), para una sociedad de estructura determinada. El fin de la pena es, según la concepción aquí desarrollada, de tipo preventivo-general; se trata de mantener el reconocimiento general de la norma (no de intimidación o escarmiento).

Neste sentido Fabiano Oldoni (2009, p. 16), prevê:

[...] como se vê, o Direito Penal brasileiro passou a ter por base a teoria da culpabilidade, a qual é essencialmente voltada à pessoa física, pois apenas esta tem capacidade de praticar uma ação conscientemente dirigida a um fim, tem a faculdade de escolha entre dois caminhos, tornando-se, desta forma, impossível encaixar a pessoa jurídica dentro de uma concepção feita exclusivamente para a pessoa física, onde, para atribuir culpabilidade a alguém considera-se a intenção do agente na prática de determinada conduta contrariando a lei, situação impossível em razão da pessoa jurídica ser destituída de consciência e vontade própria.

Carlos Gómez-Jara Diez (2013, posição 320) afirma que “simplesmente, as categorias de Direito Penal – e em geral do pensamento jurídico penal – estão formadas por e para indivíduos”.

3. CULPABILIDADE EM OUTROS ORDENAMENTOS JURÍDICOS

O Código Penal Espanhol parece atento à necessidade de respeito ao princípio da culpabilidade, na medida que estabeleceu excludentes para a responsabilidade da pessoa jurídica. Trata-se do artigo 31 bis, 2⁴:

2. Se o crime for cometido pelas pessoas indicadas na letra a) da seção anterior, a pessoa coletiva estará isenta de responsabilidade se as seguintes condições forem atendidas:

1º, o órgão administrativo adotou e executou efetivamente, antes da prática do crime, modelos organizacionais e de gestão que incluam as medidas apropriadas de vigilância e controle para prevenir crimes da mesma natureza ou reduzir significativamente o risco de sua comissão;

2º, a supervisão da operação e o cumprimento do modelo de prevenção implementado foram confiados a um órgão da entidade legal com poderes autônomos de iniciativa e controle ou legalmente encarregado da função de supervisionar a eficácia dos controles internos do órgão da pessoa jurídica;

3º, autores individuais cometem o crime, contornando fraudulentamente os modelos organizacionais e de prevenção e

4º, não houve omissão ou exercício insuficiente de suas funções de supervisão, vigilância e controle pelo órgão referido na 2^a condição.⁵

⁴ ESPANHA. **Código Penal y legislación complementaria**. 1 ed. Madri: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2019. P.10

⁵ 2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones: 1.^a el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; 2.^a la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; 3.^a los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y 4.^a no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.^a

O Código Penal Espanhol estabeleceu causas de exclusão da culpabilidade que não são vistas na legislação ordinária pátria.

Houve alteração legislativa também no Chile no que tange à responsabilidade penal da pessoa jurídica. A Ley 21132 de 2019, alteração da Ley 20.393⁶, determina:

Artigo 3 - Atribuição de responsabilidade criminal. As pessoas coletivas serão responsáveis por crimes indicados no artigo 1º que foram cometidos em seu interesse ou em seu benefício, por seus proprietários, controladores, gerentes, executivos, diretores, representantes ou pessoas que realizam atividades de administração e supervisão, desde que o crime seja uma consequência da violação, por parte da empresa, dos deveres de direção e supervisão.

Sob os mesmos pressupostos do parágrafo anterior, as pessoas coletivas também serão responsáveis por crimes cometidos por pessoas singulares sob a gestão direta ou supervisão de qualquer um dos sujeitos mencionado no parágrafo anterior.

Os deveres de administração e supervisão tenham sido cumpridos quando, antes da comissão criminal, a pessoa coletiva teria adotado e implementado modelos de organização, administração e supervisão para prevenir crimes em conformidade com o disposto no artigo seguinte.

As pessoas coletivas não serão responsáveis nos casos em que as pessoas singulares indicadas nas subseções acima, teriam cometido o crime exclusivamente em vantagem própria ou a favor de terceiros⁷.

O modelo chileno contém determinação que respeita o princípio da culpabilidade, ao estabelecer, conforme acima transcrito, que o crime somente será imputado à pessoa jurídica se for decorrente de uma violação, por parte da pessoa jurídica, dos deveres de direção e supervisão.

No sentido do acima exposto João Pedro Ceren e Valter Moura do Carmo (2018, p. 54), afirmam:

O art. 3º da Lei de Responsabilidade Penal Empresarial do Chile – 20.393 – traz a ideia de *compliance* (ou *cumplimiento*, na língua espanhola), dispondo que se considerarão cumpridos os deveres de direção e supervisão quando, com anterioridade, a pessoa jurídica tiver organizado, criado e adotado mecanismos de supervisão para prevenir os delitos que se enquadram na lei. Tais programas de *cumplimiento* visam, em um conjunto de esforços, criar um ambiente propício para que a pessoa jurídica exerça sua atividade sem violar a legislação aplicável em determinado país. (...) O exercício dos programas de *cumplimiento* tem caráter

⁶ CHILE. Ley 21.132. D.O 31.01.2019. Disponível em <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1008668>.

⁷ Artículo 3 - Atribución de responsabilidad penal. Las personas jurídicas serán responsables de los delitos indicados en el artículo 1 que fueron cometidos directa e inmediatamente en su interés o en su beneficio por sus propietarios, controladores, gerentes, directores ejecutivos, representantes o personas que realizan actividades de administración y supervisión, siempre que el delito ser consecuencia del incumplimiento de la empresa de las tareas de gestión y supervisión. Bajo los mismos supuestos que en el párrafo anterior, las personas jurídicas también serán responsables de los delitos cometidos por personas físicas bajo la gestión o supervisión directa de cualquiera de los temas mencionados en el párrafo anterior. Los deberes de administración y supervisión se han cumplido cuando, antes de la comisión penal, la persona jurídica habría adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como objetivo, de conformidad con las disposiciones del siguiente artículo. Las personas jurídicas no serán responsables en los casos en que las personas físicas indicadas en los incisos anteriores hubieran cometido el delito únicamente en su beneficio o en favor de terceros.

extremamente relevante na legislação chilena. Para ser estabelecida a responsabilidade penal da empresa, é necessário que haja a violação das condutas tipificadas no art. 1º da Lei nº 20.393 – as condutas devem ser voltadas ao interesse e proveito da pessoa jurídica, cometidas pelos donos, representantes, executivos importantes ou aqueles que realizam atividades de administração e supervisão, e a pessoa jurídica deve ter sido omissa no tocante aos comportamentos de direção e supervisão que poderiam ter levado a evitar a conduta. Ou seja, para a responsabilização da pessoa jurídica é necessário atentar para um grau de culpabilidade.

O estudo dos fundamentos da responsabilidade no sistema do *common law* revela que há dois requisitos para a responsabilidade penal da pessoa jurídica: ato ilícito praticado por pessoa física a ela ligada e em benefício da pessoa jurídica.

Os mesmos requisitos acima expostos são encontrados na legislação norte-americana, conforme esclarece Carlos Henrique da Silva Ayres (2016, p. 44):

Nos Estados Unidos, de acordo com a doutrina *respondeat superior*, as pessoas jurídicas podem ser responsabilizadas pelos atos de terceiros – que podem ser seus empregados ou quaisquer outros terceiros, independentemente de sua nomenclatura – atuando em seu nome desde que eles estejam agindo: (i) dentro do escopo de sua autoridade/ atribuições; e (ii) em benefício da pessoa jurídica. A análise detalhada desses dois elementos, que, de maneira geral, são as duas únicas limitações à responsabilidade penal da pessoa jurídica na esfera federal, será realizada a seguir.

A legislação norte-americana, por meio da atuação do departamento de justiça, estabelece excludentes de culpabilidade em termos muito parecidos com a legislação da Espanha. Mais uma vez, Carlos Henrique da Silva Ayres (2016, p. 44) esclarece que:

De acordo com as diretrizes do Departamento de Justiça, os promotores, durante o processo de condução de uma investigação, determinarão se medidas criminais devem ou não ser tomadas contra as pessoas jurídicas, ou, ainda, ao negociarem acordos com pessoas jurídicas, devem levar em consideração diversos fatores a fim de decidirem o tratamento a ser dado à pessoa jurídica (U.S. *Department of Justice*, 2008, p. 3).

(...)

O caso envolvendo o banco Morgan Stanley é ilustrativo (U.S. *Department of Justice*, 2012). Apesar de um diretor do banco estar envolvido em um esquema de corrupção que poderia gerar responsabilidade penal para a instituição financeira por violações ao FCPA, o Departamento de Justiça optou por não iniciar um processo contra o banco, mas apenas contra o diretor envolvido. Ao optar por não tomar medidas criminais contra o banco, o Departamento de Justiça deixou claro que levou em consideração a existência de um programa de *compliance* robusto na empresa. Mais especificamente, entre 2002 e 2008, o diretor recebeu 7 treinamentos sobre FCPA e, em outras 35 ocasiões, recebeu instruções de que deveria cumprir com as regras do FCPA. Além disso, o Departamento de Justiça também levou em consideração o reporte voluntário do banco, sua cooperação com as investigações e a tomada de medidas corretivas.

A breve exposição sobre as excludentes de culpabilidade de Espanha, Chile e Estados Unidos (esse último abordado como representante do *common law*) revelam uma premissa

comum. Isto é, a necessidade de estabelecer parâmetros para uma culpabilidade específica da pessoa jurídica.

A importação de qualquer um dos modelos acima expostos para o sistema jurídico brasileiro representaria um enorme ganho de qualidade técnica, na medida em que a legislação ordinária (artigo 3º da Lei 9.605/98) não criou nenhuma causa de exclusão da culpabilidade da pessoa jurídica.

Nesse contexto, julgamos que a teoria construtivista fornece instrumental adequado para a adequação da questão, sendo de rigor seu estudo para introdução da premissa no direito pátrio.

4. TEORIA DOS SISTEMAS

A criação da teoria construtivista tem clara inspiração na teoria dos sistemas, nos modelos de Niklas Luhmann (2016, *passim*). Em outras palavras, trata-se da aplicação da teoria dos sistemas na culpabilidade.

A teoria dos sistemas rompe com a visão antropocêntrica e afasta o núcleo duro de teorias como o positivismo jurídico, na medida em que não toma como premissa necessária e essencial a conduta humana para criar e modificar relações.

Celso Fernandes Campilongo (2012, p. 163) afirma:

A teoria dos sistemas autopoieticos afirma que direito produz direito por meio de direito. O direito constrói seus próprios limites no momento em que ativa suas operações. São relações circulares de um jogo sem começo e sem fim— como todo processo de comunicação - que formatam o sistema jurídico. Tudo o que for relevante para o direito deve ser construído pelo próprio direito.

O próprio Niklas Luhmann ressalta que (2011, p. 63):

De maneira geral, esse esquema pressupõe que o sistema desenvolva uma elevada indiferença em relação ao meio, e que, nesse sentido, este último careça de significado para o sistema, de tal modo que não é o meio que pode decidir quais fatores determinantes propiciam o intercâmbio, mas somente o sistema. O sistema possui, então, uma autonomia relativa, na medida em que a partir dele próprio pode-se decidir o que deve ser considerado como *output*, serviço, como prestação, e possa ser transferido para outros sistemas no meio.

O ponto relevante de toda essa exposição é que, todo esse procedimento, toma como base uma relação de comunicação. Não é a conduta humana nos termos positivistas que é o ponto de descarga para todo o procedimento acima exposto. A figura da conduta humana que

permite a subsunção do fato à norma, gerando a norma concreta e específica, é substituída pela comunicação.

O relevante é a comunicação que se estabelece em todos os sistemas. Niklas Luhmann (2016, posição 501) afirma:

O modo de operação, que o sistema da sociedade produz e reproduz, é a comunicação provida de sentido. Isso permite dizer que o sistema jurídico, à medida que é um sistema parte da sociedade, utilizado como modo de operação da comunicação, não pode fazer nada que não seja – como meio do sentido mediante a comunicação – compor formas. (...) Consequentemente, o sistema do direito opera na forma da comunicação mediante a proteção de limites erigidos pela sociedade.

Esse é um ponto fulcral para entender a teoria dos sistemas, qual seja, a comunicação como instrumento para criação do direito. Normas são, portanto, tipos específicos de comunicação (funcionalmente diferenciadas) que se formam no sistema do direito.

5. TEORIA CONSTRUTIVISTA NA CULPABILIDADE

A teoria construtivista, quando voltada à responsabilidade penal da pessoa jurídicas, deve ter como ponto de partida a necessidade de se estabelecer, além do rompimento da visão antropocêntrica na teoria do delito, um conceito de pessoa jurídica que não seja a simples soma de manifestações de pessoas naturais.

Segundo a teoria em análise, a pessoa jurídica tem sua natureza fundamentada não nos atos praticados por diretores, gerentes ou outras pessoas físicas que atuam junto ao ente coletivo. A essência da empresa, sua natureza, decorre da própria organização empresarial. É essa organização empresarial que dá existência à empresa, não a soma de atitudes de pessoas físicas. Em outras palavras, o ambiente organizativo toma forma de sistema autônomo e diferenciado funcionalmente dos demais sistemas. É isso que dá existência própria e autônoma ao ente coletivo.

Carlos Gómez-Jara Diez (2013, posição 673) afirma:

Concretamente, à perspectiva construtivista, interessa sublinhar que a empresa, como sistema organizativo autopoietico, dispõe sobre o conhecimento organizativo com independência do conhecimento dos indivíduos particulares. Segundo indica Wilke, “o núcleo do conhecimento coletivo é a observação de que o conteúdo deste conhecimento não se caracteriza pelas partículas de conhecimentos individuais que se encontram nas cabeças das pessoas (...), mas sim pelas relações e pelos modelos de vinculação entre estes elementos de conhecimento. As próprias vinculações constituem o conhecimento independente, coletivo ou sistêmico da organização”.

É por essa razão que a teoria construtivista busca implantar a responsabilidade penal da pessoa jurídica diante de um modelo de autorresponsabilidade, vale dizer, tomando a sanção penal como aplicação de atividades praticadas pela própria empresa e não condutas de terceiros (pessoas físicas ligadas à empresa).

De fato, a teoria construtivista busca romper, em definitivo, com os modelos chamados de hetero-responsabilidade, onde a pessoa jurídica suporta a sanção penal em decorrência de atos praticados por pessoas físicas ligadas à pessoa jurídica.

O primeiro passo para essa nova teoria é reconhecer a necessidade de estabelecimento de uma verdadeira cidadania empresarial (*Corporate Citizenship*), o que Carlos Gómez-Jara Diez (2013, posição 412):

No que tange à cidadania empresarial, constata-se a gênese de um conceito que ostenta uma notável significação tanto teórica quanto prática: Trata-se do conceito de cidadão corporativo fiel ao Direito (...) o conceito de cidadão corporativo fiel ao direito está ligado àquela empresa que tem o dever de institucionalizar uma cultura empresarial de fidelidade do direito.

De fato, em um sistema que busca a autorresponsabilidade da pessoa jurídica, é de rigor admitir sua condição de cidadão corporativo. Isto é, como ser passível de direitos e obrigações.

Carlos Gómez-Jara Diez (2013, posição 513) mais uma vez destaca:

Efetivamente, o conceito construtivista de culpabilidade empresarial tem como base três equivalentes funcionais que se correspondem com os três pilares do conceito de culpabilidade individual: a fidelidade ao Direito como condição para a vigência da norma, o sinalagma básico do direito penal e, por último, a capacidade de questionar a vigência da norma.

Essa fundamentação somente é possível diante da adoção da teoria dos sistemas, na medida em que, para essa teoria, o que importa é a comunicação realizada em um sistema autopoietico. Em outras palavras, o motor do direito não é mais uma ação humana nos termos de uma conduta naturalística. O que importa para o direito é a comunicação gerada no sistema, inclusive a comunicação estabelecida pelos entes coletivos.

Nesse contexto, a culpabilidade que a clássica teoria do delito enxerga como a capacidade do indivíduo de se comportar conforme o direito, isto é, o dever inerente de cumprimento das normas, aqui, para a teoria construtivista, passa a ser vista como a necessidade e a possibilidade de estabelecer uma cultura de cumprimento do direito no seio da pessoa jurídica.

É essa possibilidade que viabiliza a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Retira-se a necessidade de conduta humana e a substitui por uma relação sistêmica baseada na comunicação.

Portanto, a culpabilidade empresarial, para a teoria construtivista, decorre da cultura do ente coletivo voltada ao cumprimento do direito. De fato, se a pessoa jurídica é imputável (tem o dever e as condições para cumprimento do direito) a reprovação de sua atitude como elemento principal da culpabilidade penal decorre da comprovação da inexistência de uma política de cumprimento do direito.

Quando a organização empresarial não se empenha para impor uma cultura de cumprimento do direito, estão presentes os requisitos para a incidência da sanção penal (a culpabilidade).

Por outro lado, quando se verifica que a empresa possui um competente sistema de *compliance*, é impossível reconhecer a possibilidade de agir de modo diferente. Na verdade, o que se dá é a conclusão oposta. Apesar de todo o esforço da empresa não foi possível evitar o fato típico. Logo, nessa situação não há que se falar em sanção penal por falta de culpabilidade.

5.1. Análise crítica à Teoria Construtivista

Primeiramente, é importante destacar que a teoria em voga não deve ser analisada com o instrumental clássico da teoria do delito.

Trata-se de uma reformulação das bases do direito e, especialmente, da teoria do delito. A clássica teoria do delito, que toma como premissa uma conduta humana, não se presta à análise da proposta aqui apresentada.

É preciso acolher como válida, ao menos em tese, a teoria dos sistemas nos moldes expostos em capítulo precedente. Vale dizer, é preciso romper com aquilo que podemos chamar de “preconceito antropocentrista”. Em pleno Século XXI, não há espaço para analisar a base da sociedade tendo como único fundamento a conduta humana.

O protagonismo da pessoa jurídica testa os limites das premissas antropocêntricas. Afinal, como resolver o paradoxo gerado pela notória atuação das pessoas jurídicas na sociedade com a constatação da impossibilidade de sua responsabilidade penal? O método da hetero-responsabilidade não resolve a problemática, na medida em que se trata somente de mera transferência de responsabilidade.

É nesse contexto que entendemos válido o estudo da teoria dos sistemas e, sobretudo, da culpabilidade segundo a teoria construtivista.

A realidade social implica a substituição da conduta humana como cerne da teoria do delito e pela comunicação, de forma a acolher aos atos praticados pela pessoa jurídica, permitindo a autorresponsabilidade que, em nosso entender, é a única forma de permitir a sanção penal da pessoa jurídica.

Uma possível crítica à teoria exposta é aquela que identifica uma invariabilidade da culpabilidade. Isto é, diante de todo e qualquer crime da pessoa jurídica, a análise da culpabilidade seria sempre a mesma (política de cumprimento do direito no seio do ente coletivo). Haveria, assim, uma culpabilidade pela personalidade do agente e não pelo ato.

A crítica acima serve, de certa forma, como confirmação do que foi exposto no início do presente item. A crítica utiliza como premissa a visão antropocêntrica da teoria do delito, que busca a punição do agente pela conduta praticada e não pelo estilo de vida.

A culpabilidade ligada à prática de conduta é, mais uma vez, uma análise baseada em premissas antropocêntricas que, como demonstrado, são incompatíveis com a nova realidade social decorrente da criação e interação das pessoas jurídicas na sociedade.

6. CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como ponto de partida a análise da teoria construtivista aplicada à culpabilidade da pessoa jurídica. O estudo teve como hipótese uma forma de viabilizar a aplicação de sanções penais em face do ente coletivo.

Foi possível concluir que a visão antropocêntrica, tendo a conduta humana como o mecanismo indispensável para a incidência da sanção penal, é incompatível com a complexidade imposta pela sociedade contemporânea.

Determinou-se que, para a teoria dos sistemas, o direito é um subsistema social formado por normas e autopoietico. Ou seja, o que importa para teoria dos sistemas não é a conduta humana, mas sim a comunicação estabelecida no seio da sociedade, o que se dá por atividade do ser humano e também da pessoa jurídica.

As relações sociais são produzidas mediante comunicações. O rompimento da barreira antropocêntrica permitiu construir um novo conceito culpabilidade, centrado na política da empresa em face do cumprimento do direito.

A construção de uma teoria do delito que, muito além da mera transferência de responsabilidades, fosse capaz de acolher a pessoa jurídica e seus atos próprios somente é equacionada com as bases da teoria construtivista.

Julgamos que o presente estudo permitiu construir uma teoria alternativa para viabilizar a responsabilidade da pessoa jurídica. Não se buscou, com o presente artigo, encerrar as discussões sobre o tema. Ao contrário, o que se buscou foi trazer à luz uma teoria capaz de reformar a teoria do delito e, de forma definitiva, integrar a pessoa jurídica à sistemática de incidência da sanção penal.

REFERÊNCIAS

- AYRES, Carlos Henrique da Silva. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos Estados Unidos e no Brasil. **Revista Liberdades**. 21 jan/abr. 2016. p. 40-61.
- BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. v. 1, t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do Direito e Movimentos Sociais** - Hermenêutica do Sistema Jurídico e da Sociedade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- CEREN, João Pedro; CARMO, Valter Moura do. Lei anticorrupção brasileira e chilena: desafios no combate à corrupção. **Revista da Faculdade de Direito** UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 3. set/dez. 2018 p. 37-60.
- CHILE. **Ley 21.132.** D.O. 31.01.2019. Disponível em <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1008668>. Acesso em 07/09/2019.
- DIEZ, Carlos Gómez-Jara. **A Responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental**: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98. 1 ed. Trad. Cristina Reindolff da Motta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- ESPAÑA. **Código Penal y legislación complementaria**. 1 ed. Madri: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2019
- JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**. Parte Geral – Fundamentos y Teoría de la Imputación. 2 Ed. Barcelona: Marcial Pons, 2013.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Principios de derecho penal - La ley y el delito**. Buenos Aires: Sudamericana S.A., 1958.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6 ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

_____. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Aulas Publicadas por Javier Torres Nafarrete. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. 3. Ed. Coleção Sociologia. Petrópolis: Vozes, 2011.

OLDONI, Fabiano. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Uma abordagem a partir da Teoria do Delito e da Teoria do Garantismo. **Revista Bonijuris**, São Paulo, v. 21, ago. 2009, p. 8-16.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Volume 1: parte geral. 7^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal** – Parte Geral. 3. ed. - Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

TAVARES, Juarez. **Teoria do delito**: variação e tendências. São Paulo: RT, 1980.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1987.

WELSEL, Hans. **Derecho penal aleman**. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago do Chile: Jurídica de Chile, 1993.

Marcelo Carita Correra

Procurador Federal

Especialista em Direito Penal Econômico pela Escola de Direito da FGV-SP

Mestrando em Direito Penal pela PUCP/SP

mcorrera@gmail.com

Recebido em 18/12/2019

Aprovado em 29/01/2020