

RESPONSABILIDADE SOCIAL COMO CULPABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA? A BUSCA DE UM CONCEITO A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*SOCIAL RESPONSIBILITY AS A LEGAL ENTITY'S
CULPABILITY? THE SEARCH FOR A CONCEPT FROM THE
JURISPRUDENCE OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE*

SEBASTIAN BORGES DE ALBUQUERQUE MELLO

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Professor Associado da Graduação e Pós-Graduação na Universidade Federal da Bahia. Advogado em Salvador/BA. Coordenador Regional-Bahia do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Titular da Cadeira nº 18 da Academia de Letras Jurídicas da Bahia.

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/2042697331981933>].

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0003-3051-2966>].

DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.97>].

sbam@terra.com.br

Recebido em: 30.09.2021

Aprovado em: 23.11.2021

Última versão do autor: 29.11.2021

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O presente artigo, à luz da Teoria do Delito, visa discutir aspectos do conceito de culpabilidade no âmbito da pessoa jurídica. Para tanto, indaga-se sobre o fundamento de responsabilidade social utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça na imposição da sanção penal à pessoa jurídica, confrontando tal concepção com as características da culpabilidade aplicável às pessoas físicas. Como resultado, reconhece-se que o fundamento pelo qual se considera uma pessoa jurídica responsável por infrações penais não é culpabilidade em sentido estrito, mas, sim, outra categoria dogmática análoga ou equivalente, mas que com ela não se confunde.

ABSTRACT: This article, in the light of the Theory of Crime, aims to discuss aspects of the concept of culpability within the scope a legal entity. For this purpose, it is asked about the basis of social responsibility used by the Superior Tribunal of Justice in the imposition of the criminal sanction on the legal entity, comparing this conception with the characteristics of culpability applicable to individuals. As a result, it is recognized that the basis on which a legal entity is considered responsible for criminal offenses is not culpability in the strict sense, but another analogous or equivalent dogmatic category, not to be confused with it.

PALAVRAS-CHAVE: Culpabilidade – Pessoa jurídica – Responsabilidade social.

KEYWORDS: Culpability – Legal entity – Social responsibility – Dogmatic Category – Superior Tribunal of Justice.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A vontade do administrador em atuar em nome da pessoa jurídica nas decisões do STJ: um modelo de transferência de culpabilidade?. 3. O que significa a expressão “culpabilidade como responsabilidade social” para além de um modelo de imputação. 3.1. Diversos marcos teóricos possíveis para a compreensão da culpabilidade social de pessoas jurídicas. 4. Responsabilidade social é culpabilidade? Como compaginar culpabilidade da pessoa física e jurídica num mesmo conceito?. 4.1. A relação da culpabilidade da pessoa jurídica com uma culpabilidade por condução de vida. 5. Para além de questões terminológicas. A dificuldade de compaginar a culpabilidade como categoria dogmática e o fundamento da imposição da pena a pessoas jurídicas. 6. Conclusões. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

“A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito”. O trecho anterior consta da ementa de um acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2005,¹ quando o tema culpabilidade da pessoa jurídica passou a ser efetivamente discutido nos Tribunais Superiores. Embora não sejam numerosas as decisões do STJ que tratam do assunto, a vinculação da culpabilidade à responsabilidade social vai, paulatinamente, sendo referida pela Corte, não apenas como fundamento da imputação penal, mas também como limite relacionado à dosimetria da pena.

É fato que a responsabilidade penal da pessoa jurídica, a despeito de inúmeras críticas sobre sua viabilidade político-criminal e sua própria constitucionalidade, vem sedimentando-se não apenas como tendência, mas como realidade. Há uma decisão político-criminal de fazer responder penalmente pessoas jurídicas, e desde a edição da Lei 9.605/98, diversas ações penais têm sido propostas contra pessoas jurídicas, denúncias recebidas, e sentenças condenatórias e absolutórias proferidas. Assim, simplesmente afirmar a impossibilidade fática e normativa de se responsabilizar criminalmente pessoas jurídicas não resolve questões práticas e quotidianas.

-
1. STJ. REsp 564960/SC 2003/0107638-4, Relator Ministro Gilson Dipp, 5ª Turma, julg. 02.06.2005.

E, no âmbito de tais processos, questões relevantes ainda não estão devidamente alicerçadas, sobretudo no que se refere às concepções de conduta, culpabilidade e pena. Cada uma dessas questões submete a Teoria do Delito a novas tensões, haja vista que sua construção, como sabido, se orienta para o comportamento de uma pessoa humana, considerada culpável a partir de parâmetros normativos, tendo a pena como restrição ou supressão de algum direito individual fundamental, notadamente a liberdade.

Neste estudo busca-se debruçar sobre um desses aspectos, que é a culpabilidade da pessoa jurídica. A questão que se põe é tentar extrair – se possível – um conceito de culpabilidade por trás da expressão “responsabilidade social”, citada como fundamento de imposição de pena à pessoa jurídica, aliada à necessidade de se vincular tal conceito a uma conduta de quem atua em seu nome. Em seguida, busca-se compaginar tal conceito na categoria “culpabilidade” da Teoria do Delito.

Assim, duas questões se impõem neste trabalho: a primeira delas é compreender qual o fundamento da imposição da sanção penal à pessoa jurídica. E isso perpassa a discussão se há um fundamento de imputação próprio para as pessoas jurídicas, ou se trata de uma responsabilidade derivada da culpabilidade da pessoa física que atua em seu nome, em modelos que podem ser denominados de imputação, de transferência, vicarial ou de heterorresponsabilidade.²

Em seguida, cabe investigar se tal fundamento pode ser chamado de culpabilidade. Com efeito, sendo uma categoria dogmática, é essencial que o fundamento de imposição de pena à pessoa jurídica possa reconduzir-se ao conceito de culpabilidade estudado na Teoria do Delito. Se há uma culpabilidade própria da pessoa jurídica, ela deve possuir características em comum com a culpabilidade aplicável às pessoas físicas. Se não há pontos de identidade entre os sistemas de imputação a pessoas físicas e jurídicas, não é possível sistematizar a culpabilidade da pessoa física e jurídica como fazendo parte de um mesmo conceito.

Assim, duas hipóteses devem ser confrontadas: ou se extrai elementos de unidade entre os fundamentos da imposição da pena à pessoa física e jurídica, ou se conclui que o fundamento da imposição da pena à pessoa jurídica não pode ser chamado de culpabilidade. Tudo isso demanda uma revisão sobre a posição da culpabilidade da Teoria do Delito e uma própria reconsideração da máxima “não há pena sem culpabilidade”, um dos pilares de um sistema punitivo de um Estado de Direito.

2. Embora não se trate de expressões sinônimas, cada uma delas implica um tipo de culpabilidade que tem como referência um atuar humano.

MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. Responsabilidade social como culpabilidade da pessoa jurídica? A busca de um conceito a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 195-222. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.97].

A culpabilidade certamente é a categoria da Teoria do Delito mais sujeita a disparidades conceituais: não há uma definição de culpabilidade no Código Penal, nem há previsão expressa de um princípio de culpabilidade na Constituição. A construção de seu conceito, portanto, comporta posicionamentos absolutamente díspares: deterministas e indeterministas, de caráter retributivo e preventivo, a partir de perspectivas legitimadoras ou agnósticas. Considerando-se a carga axiológica que envolve seu conceito, permeada amiúde por juízos moralizantes – dada a sua relação visceral com a pena –, é tarefa difícil buscar noções gerais de culpabilidade aplicáveis a pessoas físicas e jurídicas.

Além disso, há diversos níveis funcionais de culpabilidade, que pode ser definida como princípio, fundamento ou limite da pena. Diante de tantas possibilidades hermenêuticas, é preciso compreender se há, no âmbito da responsabilidade penal da pessoa jurídica, algo que pode ser chamado de “culpabilidade” e que possa compagnar-se na categoria dogmática “fundamento da pena”.

Tudo isso deve levar em conta os parâmetros normativos construídos em decisões judiciais. Esse deve ser o ponto de partida. E, no direito brasileiro, a referência judicial a ser considerada é a menção à “responsabilidade social”, citada pelo Superior Tribunal de Justiça em processos penais cujos réus são pessoas jurídicas. Assim, investiga-se o fundamento daquilo que se denomina culpabilidade da pessoa jurídica.

2. A VONTADE DO ADMINISTRADOR EM ATUAR EM NOME DA PESSOA JURÍDICA NAS DECISÕES DO STJ: UM MODELO DE TRANSFERÊNCIA DE CULPABILIDADE?

Há reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça³ nas quais se consigna o fundamento da culpabilidade da pessoa jurídica em dois pilares centrais: o primeiro deles diz respeito à identificação da culpabilidade como responsabilidade social; o segundo, por sua vez, faz referência à vontade do administrador de atuar em nome e proveito da pessoa jurídica. Resta saber quais os referenciais teóricos

3. Confira: EDcl no REsp. 865.864/PR, Ministro Adilson Vieira Macabu, 5ª Turma, j. 20.10.2011, pub. 01.02.2012; REsp 847.476/SC, Ministro Paulo Gallotti, 6ª Turma, j. 08.04.2008, pub. 05.05.2008; HC 93.867/GO, Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, j. 08.04.2008, pub. 12.05.2008; REsp 889.528/SC, Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, j. 17.04.2007, pub. 18.06.2007; RMS 16.696/PR, Ministro Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, j. 09.02.2006, pub. 13.03.2006.

que alicerçaram tais entendimentos, e em quais medidas pode-se chegar ao conceito de culpabilidade.

Nos julgados tomados como paradigma, não estão muito claros os parâmetros a partir dos quais se define tal conceito. A referência doutrinária amiúde citada sobre o tema é uma passagem da obra de Valdir Sznick. No trecho citado nos julgados, o autor ressalta que a culpabilidade é um “poder agir segundo as exigências do direito”, e a culpabilidade da pessoa jurídica é tida como uma “culpa social, diferenciada”, diversa da culpa tradicional, dentro do interesse público, e que tem paralelos com a *strict liability* do Direito americano (SZNICK, 2001). E não há, na referida obra – nem tampouco nas decisões –, um aprofundamento sobre tais conceitos.

Afirmar que a culpabilidade da pessoa jurídica é distinta daquela que se imputa à pessoa física é um ponto de partida, mas pouco revela sobre o seu conteúdo material. Sendo escassas as referências doutrinárias em que tais decisões se alicerçam, é preciso buscar seu conceito a partir dos elementos trazidos nos julgados. E, para o conjunto de decisões citadas, resta claro que a culpabilidade depende de um atuar humano, que consiste na vontade do administrador em agir em nome da pessoa jurídica. A menção expressa à conduta do administrador, que atua em nome e em proveito da pessoa jurídica, parece tomar como alicerce o que dispõe o art. 3º da Lei 9.605/98, que exige, para a responsabilidade penal da pessoa jurídica, uma “decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”.

Pondera Alaor Leite que o legislador brasileiro adotou inegavelmente aquilo que se denomina “modelo de imputação” – no qual se exige a atuação de pessoas naturais que gozem de poder de representação e cujas decisões vinculem o ente representado (LEITE, 2018). Assim, a pessoa jurídica não seria em si mesma culpável; a culpabilidade seria derivada da pessoa física que atua em seu nome e proveito. Daí o que se chama de modelo vicarial, de imputação ou de heterorresponsabilidade.

A menção a um atuar concreto da pessoa física sugere que a pessoa jurídica toma de empréstimo não só a conduta, mas também a culpabilidade da pessoa física que atua em seu nome. A culpabilidade da pessoa jurídica estaria, portanto, condicionada à prática de um fato punível e culpável atribuído a uma pessoa física (PRADO, 2001, p. 123-124).

Logo, uma primeira análise do dispositivo legal que regulamenta a responsabilidade penal da pessoa jurídica – em cotejo com os julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça – poderia indicar a escolha de um modelo dogmático

de responsabilidade que busca na pessoa física os elementos de culpabilidade, para depois transferi-los para a pessoa jurídica. Com esse modelo, seria possível, em tese, suprir as dificuldades de se construir um sistema de responsabilidade próprio da pessoa jurídica.

A culpabilidade – como os demais elementos da Teoria do Delito – é uma categoria dogmática historicamente desenhada para pessoas físicas. Assim, é compreensível, como pondera Gómez-Jara Díez (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2005), que se recorra a modelos que centrem na pessoa física a resposta para fundamentar a responsabilidade de entes coletivos.

Contudo, modelos que simplesmente trasladam a culpabilidade da pessoa física para a jurídica enfrentam problemas incontornáveis. Podem ser citadas, entre as dificuldades frequentemente mais referidas: (1) trata-se de um modelo que termina por consagrar a responsabilidade penal por fato alheio, quando a culpabilidade é intransmissível; (2) representa um modelo de responsabilidade objetiva; (3) permite atribuição de culpabilidade mesmo quando a pessoa física atue contra as regras internas da pessoa jurídica; (4) incidência de *bis in idem*; (5) ignora possibilidades em que não haja uma pessoa física a quem atribuir pessoalmente o ilícito penal.

Um modelo vicariante consagra a culpabilidade da pessoa jurídica por fato alheio, realizado pela pessoa física que atua em seu nome. É possível encontrar tais modelos no âmbito do Direito Civil ou no Direito Administrativo, pois a atuação do representante produz consequências na sociedade representada, e desde muito a legislação civil estabelece a responsabilidade do empregador ou comitente pelos atos de seus empregados ou prepostos.⁴ No Direito Penal, contudo, isso não é possível, face ao princípio da responsabilidade pessoal (CUSSAC, 2017).

Tomar como referência a culpabilidade da pessoa física para fundamentar a responsabilidade da pessoa jurídica significaria também reafirmar a incapacidade de culpabilidade da pessoa jurídica (BARBOSA, 2014). De fato, adotada essa tese, os fundamentos de imposição da pena a uma empresa são *output*, presentes na pessoa física que atua em seu nome, numa transferência de culpabilidade incompatível com o princípio da responsabilidade pessoal.

Ainda que haja possibilidades de se atribuir a alguém responsabilidade criminal pelo comportamento de terceiros, é certo que essas figuras de imputação operam no plano do injusto e não no da culpabilidade (GRECO, 2019). Dito de

4. BRASIL. Código Civil. Título IX, Capítulo I, art. 932, III.

outra forma, o injusto pode ser compartilhado por mais de uma pessoa, como na disciplina relativa a concurso de agentes; a culpabilidade, porém, é intransmissível, pois cada um só é culpável por suas próprias condutas e não por condutas alheias. O art. 29, *in fine*, do Código Penal deixa bem claro que cada um que concorre para o crime responde nas penas a esse cominadas, na medida de sua culpabilidade. Logo, ainda que seja possível estabelecer a autoria de um ente coletivo a partir de um injusto praticado por uma pessoa física, a culpabilidade não pode ser simplesmente transportada da pessoa física para a jurídica.

Um modelo vicariante tornaria culpável a pessoa jurídica na medida da culpabilidade individual da pessoa física que atuou em seu nome. A culpabilidade é transferida da pessoa física para a jurídica e, por consequência, ao conjunto de pessoas físicas que compõem a pessoa jurídica e que eventualmente não podem sequer ter participado ou tomado conhecimento da conduta individual do infrator. Como aduz Carbonell Mateu, essa concepção não é capaz de superar um exame sobre a realidade, sobre a constitucionalidade e a sobre própria lógica (CARBONELL MATEU, 2010, p. 16).

Como facilmente se verifica, esse modelo de imputação implica a atribuição de responsabilidade por condutas alheias, sem necessidade de estabelecer qualquer fundamento para considerar a pessoa jurídica culpável. Trata-se, em última análise, de responsabilidade objetiva, algo totalmente proscrito na forma atual de conceber a responsabilidade penal (PLANAS, 2006). Pondera Nieto Martín que a característica principal de um modelo de transferência, em qualquer de suas versões, é funcionar como um sistema de responsabilidade objetiva, pois, ainda que a empresa empreenda os mais relevantes esforços no sentido de se autorregular e adotar programas de integridade, sua responsabilidade permanecerá intacta e esse bom comportamento não será levado em conta, pois o que será estabelecido, para fim de culpabilidade, será o comportamento da pessoa física que atuou em seu nome (NIETO MARTÍN, 2008).

E não é só: sendo uma única culpabilidade, e havendo punição tanto para a pessoa física quanto para a pessoa jurídica,⁵ há de se questionar a ocorrência de *bis in idem*. Sendo único o fato imputado – pois única é a conduta da pessoa física e da pessoa jurídica representada –, há violação ao princípio do *ne bis in idem* se for idêntica a culpabilidade.

Deve-se reconhecer que a discussão sobre o *bis in idem* na responsabilidade penal de pessoas jurídicas gera problemas, seja com a adoção do modelo vicarial,

5. BRASIL. Lei 9.605/98, art. 3º, parágrafo único: A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. Responsabilidade social como culpabilidade da pessoa jurídica? A busca de um conceito a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 195-222. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v188i188.97].

seja com modelos que adotam uma culpabilidade própria da pessoa jurídica. No entanto, um modelo de responsabilidade próprio da pessoa jurídica permite que as zonas de fricção sejam menores, já que o fundamento da imposição de pena a pessoas físicas e jurídicas seria distinto. Uma mesma conduta, com a mesma culpabilidade (e, por consequência, o mesmo fundamento para a imposição da pena) a duas pessoas distintas não passa no filtro constitucional de proibição de dupla punição.

Por fim, a dependência da conduta de uma pessoa física pode gerar situações de absoluta ilogicidade. Seria possível, nesse diapasão, considerar culpável uma pessoa jurídica quando um representante, ao seu próprio talante e alvedrio, resolvesse praticar o crime, atuando em nome da pessoa jurídica, mas sem o conhecimento ou consentimento de seus pares, e mesmo contra os estatutos, as diretrizes ou os programas de integridade da instituição. Com isso se ignoraria por completo a ideia de que exista uma vontade corporativa, para além da soma da vontade individual de seus dirigentes. Esse tipo de responsabilidade, própria de um *strict liability*, não se coaduna com a culpabilidade na sua dimensão de princípio constitucional e fundamento da imposição da pena.

Zugaldia Espinar aponta que um modelo vicarial beneficia grandes empresas e prejudica as menores, pois, em estruturas empresariais mais simples, é mais fácil encontrar o indivíduo responsável, pois ele também está no topo da organização. Em estruturas mais complexas, é mais fácil encontrar um subordinado a quem se atribua exclusivamente a responsabilidade pelo fato. Ademais, sendo inúteis os esforços organizativos da pessoa jurídica para afastar fatos delitivos, ela não será estimulada a colaborar com a administração da justiça, o que reforça um pacto de silêncio entre infrator e empresa (ZUGALDIA ESPINAR, 2013).

Por fim, deve-se pontuar que programas de inteligência artificial, com sistemas autônomos, algoritmos e capacidade de autorreprogramação, podem tomar decisões independentemente de uma conduta humana dolosa (DIVINO, 2020), e que podem acarretar a prática de um crime ambiental. Tal cenário, impensável no século passado, já pode ser visto como realidade, em que os algoritmos de *Big Data* possuem aptidão para substituir humanos em determinadas decisões estratégicas (HARARI, 2018). Nesse caso, pensar num modelo de imputação seria simplesmente aniquilar a possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Não por acaso, quando o assunto foi levado ao Supremo Tribunal Federal, no paradigmático RE 548.181/PR,⁶ decidiu-se, por diferença mínima de votos (3 x 2)

6. STF RE 548.181/PR. Rel. Min. Rosa Weber. 1ª Turma, julg. 06.08.2013, pub. 30.10.2014.

que a responsabilidade penal da pessoa jurídica não está condicionada à persecução penal da pessoa física responsável no âmbito da organização. No voto condutor da min. Rosa Weber, ficou consignado que a entidade possui procedimentos internos de decisão e produção de um fato em seu benefício ou interesse, mas que isso significa necessariamente que se atribua à equipe de trabalho ou órgãos parciais de decisão a responsabilidade pelo ilícito penal praticado.

Com a referida decisão, não mais se subordina a responsabilidade penal da pessoa jurídica às responsabilidades conjunta e cumulativa das pessoas físicas que atuaram em seu nome, ficando expressamente assentado no julgado não ser possível simplesmente transpor o paradigma de imputação de pessoas físicas a entes coletivos.

Essa decisão abre caminho para compreender que, não obstante haja um modelo de transferência da conduta da pessoa física para a pessoa jurídica, isso não significa que a culpabilidade será transferida de igual modo. Devem-se investigar modelos próprios de culpabilidade da pessoa jurídica. E deve-se ressaltar que, mesmo fazendo referência a um atuar humano, o Superior Tribunal de Justiça faz referências expressas de que a culpabilidade da pessoa jurídica é uma culpa “social” e “diferenciada”. Resta saber em que medida é possível conceber tais conceitos.

3. O QUE SIGNIFICA A EXPRESSÃO “CULPABILIDADE COMO RESPONSABILIDADE SOCIAL” PARA ALÉM DE UM MODELO DE IMPUTAÇÃO

Uma vez estabelecido que modelos de imputação, vicariantes ou de transferência apresentam muitas dificuldades para fundamentar a imposição da pena a uma pessoa jurídica concreta, cumpre investigar, a partir das decisões do STJ sobre o tema, qual seria o modelo de culpabilidade que incide para entes coletivos.

A superação do princípio da dupla imputação obrigatória pelo STF não fez com que a discussão sobre o fundamento da culpabilidade da pessoa jurídica evoluísse nas decisões do STJ. Embora o STJ tenha rapidamente aderido ao entendimento firmado no RE 548.181/PR, no que tange à desnecessidade de dupla imputação à pessoa física e jurídica (BIDINO, 2016), não houve, nos julgados daquela Corte, uma retomada da discussão sobre o tema da culpabilidade de entes coletivos, prevalecendo, ainda como referência jurisprudencial, a expressão de culpabilidade como “responsabilidade social”,⁷ sem nenhum grande aporte ao conceito firmado a partir do conjunto de decisões de 2005.

7. AgRg no Agravo em Recurso Especial 1.616.383 – RJ 2019/0331231-1, Rel. Min Nefi Cordeiro, pub. 26.05.2020.

Um modelo que define a culpabilidade como “responsabilidade social” não parece ser compatível com um modelo de imputação. Não obstante, nas sequências das decisões citadas, haja menção a um atuar humano, essa transferência se opera no âmbito do injusto e não da culpabilidade (que, como visto, é intransferível). A expressão significa que o fundamento de responsabilidade penal da pessoa jurídica se constrói a partir da infração de deveres próprios, que são de cometimento exclusivo do ente coletivo.

O fundamento da imposição da pena a pessoas jurídicas deve levar em conta que elas são protagonistas nas tomadas de decisões relevantes no mundo contemporâneo. Segundo Pérez Manzano, é possível dizer, de forma consistente, que os fatos a elas vinculados constituem uma expressão de significado e podem ser objeto de valoração. Nesse contexto, é possível compreender que as pessoas jurídicas atuam – no sentido de que interagem, se comunicam. Não obstante, não se lhes pode atribuir características inerentes às pessoas físicas – muitas das quais se vinculam a concepções tradicionais de culpabilidade, como autoconsciência e liberdade (PÉREZ MANZANO, 1995).

Como pessoas jurídicas não podem ter autoconsciência e liberdade – até pelos limites da construção de tais conceitos –, a culpabilidade de entes coletivos deve abdicar de qualquer referência a juízos de censura ou de reprovação, conceitos que, ademais, são inadequados para a própria concepção de culpabilidade de pessoas físicas (BATISTA, 2019). Há diversas concepções que prescindem da reprovação como elemento central da culpabilidade, que a relacionam com uma função social preventiva, comunicativa, ou com a finalidade de proteção de bens ou interesses juridicamente relevantes.

Deve-se buscar, como fundamento, algo que seja próprio, inerente a pessoas jurídicas. São diversas as teorias que fundamentam a culpabilidade empresarial a partir de critérios de autorresponsabilidade, e não cabe, aqui, fazer uma análise descritiva de todas elas.⁸ A construção de um conceito de culpabilidade das pessoas coletivas, para que tenha algum tipo de autonomia em relação às pessoas físicas, deve levar em conta as peculiaridades estruturais das pessoas jurídicas, e em particular, das empresas, que são o tipo fundamental de pessoa coletiva contra as quais surge o problema da responsabilidade penal. Logo, a dita culpabilidade da pessoa jurídica deve refletir sobre critérios próprios, aplicados, sobretudo, à gestão empresarial (FOFFANI, 2013).

8. Sobre o assunto, cf. GÓMEZ JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

E a referência dada nas decisões do STJ é a chamada responsabilidade social, que se insere num contexto em que pessoas jurídicas possuem obrigações éticas e jurídicas e que devem responder de forma pragmática a determinadas pressões sociais, no que se convencionou chamar-se de Responsabilidade Social Corporativa (RSC) (COCHRAN, 2007).

No aspecto, Carrol pondera sobre a responsabilidade social corporativa, afirmando que as pessoas jurídicas possuem deveres de implantar políticas, seguir linhas de ação e tomar decisões em conformidade com os valores da sociedade, e um desses pilares é a responsabilidade jurídica (CARROLL, 1999).

No Direito Penal, a expressão “responsabilidade social”, originariamente, refletia um fundamento de imputação da chamada Escola Positiva, do século XIX, na qual, contrapondo-se à chamada responsabilidade moral decorrente do livre arbítrio, própria da denominada Escola Clássica, definia o ser humano como “penalmente responsável, porque tem a responsabilidade social, e é socialmente responsável porque vive em sociedade” (ARAGÃO, 1952, p. 93).

Esse conceito, embora criado e desenvolvido para fundamentar a responsabilidade da pessoa física num viés determinista (quando a culpabilidade sequer era uma categoria autônoma na Teoria do Delito), revela muito sobre o que se pretende dizer quando se fala que a pessoa jurídica possui responsabilidade social. Significa afirmar que a pessoa jurídica, enquanto protagonista inegável daquilo que se convencionou chamar de criminalidade econômica, é chamada a participar, de forma plena, dos direitos e das obrigações inerentes à sua atividade. E isso implica a assunção de certos deveres, e por mais oposição dogmática que haja, alguns desses deveres, ao serem descumpridos, repercutem na esfera criminal.

Vistas como centro de imputação que intervêm no âmbito vital regulado pelo Direito, as pessoas jurídicas têm deveres e, como tal, devem estar submetidas às consequências jurídicas decorrentes das práticas de ilícitos penais. Como assinala Carbonell Mateu, as relações sociais não funcionam se não existe uma submissão igualitária de todos às normas, se não existe uma expectativa racional de que qualquer abuso de uma posição determinada vá dar ensejo a uma reação do próprio sistema que assegure a posição que a cada qual lhe corresponde, e que não se vão estabelecer diferenças significativas na natureza e intensidade da referida reação em função de quem haja produzido tal abuso (CARBONELL MATEU, 2010).

Se no âmbito empresarial é que vicejam muitas das possíveis infrações penais ao meio ambiente, busca-se entender que as corporações possuem um dever de implementar políticas internas com o fim de prevenir, impedir e combater a realização de crimes pelas pessoas físicas que atuam em seu nome. Assim, haveria,

no âmbito da pessoa jurídica, como entidade que vive em sociedade com funções sociais relevantes, uma responsabilidade social, no sentido de estruturar-se internamente para evitar a prática de ilícitos no âmbito organizacional.

Percebe-se que a dita “culpabilidade” de um ente coletivo, nessa linha de intelecção, decorre da função social que pessoas jurídicas têm na contemporaneidade e do compromisso que têm de vigiar, controlar e prevenir a concretização de riscos existentes no âmbito de sua atividade.

3.1. *Diversos marcos teóricos possíveis para a compreensão da culpabilidade social de pessoas jurídicas*

Com distintas etiquetas, há diversas referências na doutrina estrangeira que, em maior ou menor medida, fundamentam a culpabilidade da pessoa jurídica na violação de um dever de organizar-se e cumprir a função que dela se espera no meio social. Dito de outro modo, há mais de uma corrente doutrinária que possibilita compatibilizar a culpabilidade da pessoa jurídica com a noção de responsabilidade social. Deve-se pontuar, contudo, que tais posicionamentos têm influxos diretos das normas vigentes em cada um dos países em que se desenvolveu tal conceito.

Heine, por exemplo (HEINE, 2001, p. 56), sustenta que “o círculo jurídico de língua alemã deveria abandonar o âmbito internacional”, quando o coteja com os sistemas de responsabilidade penal empresarial de outros países europeus e os Estados Unidos. Não obstante, defende um modelo de culpabilidade das organizações dentro de um sistema paralelo de responsabilidade coletiva.

Segundo o referido autor, a maior parte dos casos em que o Direito Penal é chamado a tratar é resultado de uma deficiência da empresa na previsão dos riscos operacionais. Não se trata de uma culpabilidade individual pelo ato, mas algo semelhante a uma “culpabilidade por conduta de vida”, vista como uma “culpa pela conduta da empresa”. Logo, as empresas devem ser tidas como “garantes de controle”, tendo responsabilidade social na medida em que possuem o dever de evitar, controlar e administrar os riscos inerentes ao desenvolvimento de suas atividades. Assim, a culpabilidade decorreria de uma condução deficiente dos riscos.⁹ Seriam dois critérios reitores para seu modelo: 1) uma administração deficiente do risco (*fehlerhafte Risikomanagement*) como condição necessária; e 2) e a materialização do perigo típico da empresa (como condição suficiente).

9. Ibid., p. 68.

Outro modelo que fundamenta a culpabilidade como responsabilidade social é o formulado por Dannecker. De acordo com sua concepção, a capacidade de culpabilidade de uma empresa deriva de sua responsabilidade para suas prestações defeituosas, decorrentes de carências na estrutura organizativa ou na ética empresarial. Para Dannecker, deve-se distinguir uma culpabilidade ético-individual, própria de pessoas físicas, de uma culpabilidade ético-social, haja vista que a ética das corporações é social e não individual (DANNECKER, 2001). Assim, uma associação – com sua missão, visão, valores e finalidades – deve submeter-se às exigências éticas e normativas. A punição, portanto, é fundamentada na existência de uma estrutura organizacional deficiente, quando a empresa não cumpre com as exigências éticas decorrentes de uma responsabilidade social.

O defeito de organização (*Organisationsverschulden*), preconizada por Tiedemann, provavelmente é o mais referido fundamento da culpabilidade de entes coletivos. Tiedemann assevera que a existência de uma cultura corporativa interna é base de uma culpabilidade própria do ente coletivo. Assim, um marco teórico para a construção de uma culpabilidade empresarial está na doutrina do *good corporate citizen*, isto é, do cidadão empresarial fiel ao Direito (TIEDEMANN, 2010).

Segundo Tiedemann, a culpabilidade não pode ser vista como uma censura ético-pessoal, devendo centrar-se na sua dimensão sociojurídica, decorrente de um defeito de organização. Assim, os ilícitos praticados por pessoas físicas seriam considerados próprios da pessoa jurídica porque elas – por meio de seus órgãos ou representantes – não tomaram as medidas necessárias para assegurar um comportamento empresarial não delitivo (TIEDEMANN, 1988).

Para Tiedemann, a organização correta da pessoa jurídica é dever dela mesma, e a linguagem cotidiana reconhece a culpabilidade de uma empresa que polui um rio ou que obtém subvenções fraudulentas (TIEDEMANN, 1995). Assim, uma culpabilidade de empresa é reconhecida pela sociedade como algo próprio, não como a soma das culpas das pessoas físicas que a integram, nem está alicerçada na culpabilidade de outro.¹⁰ Para Tiedemann, reconhecer a culpabilidade social

10. Na verdade, o princípio de imputação utilizado por Tiedemann não é novo, como ele mesmo reconhece. Ele se vale do mesmo fundamento dogmático da punibilidade dos casos de *actio libera in causa*. Dito de outro modo, ele não é sancionado pelo ato individual, mas pela falta de cuidado em um momento anterior que teria permitido evitar o fato criminoso (BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio sobre el sujeto del derecho penal*. Tesis doctoral – Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Público, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1997. p. 195).

da empresa apenas expõe; 1) de uma parte, as consequências de sua realidade social; 2) de outra parte, as obrigações correspondentes aos direitos da empresa (TIEDEMANN, 1995).

Por fim, também pode ser chamada de “responsabilidade social” o modelo de culpabilidade construtivista defendido por Gomez Jara-Díez, que pode ser sintetizado como a violação ao dever de formar uma cultura empresarial de fidelidade ao direito, próprio de uma cidadania corporativa. Segundo o referido autor, o reconhecimento de uma esfera de autonomia à pessoa jurídica faz surgir, assim como com pessoas físicas, a ideia de um cidadão corporativo fiel ao direito. Logo, a culpabilidade jurídico-penal no âmbito empresarial se manifesta pela ausência de institucionalização dessa cultura empresarial de fidelidade e que justifica a imposição da pena (GÓMEZ JARA-DÍEZ, 2012).

Essa cultura empresarial de fidelidade ao direito reforça a importância de que pessoas jurídicas mantenham programas de integridade (*compliance*) para regular suas próprias atividades, diante da impossibilidade fática de que o Estado consiga controlar os riscos próprios de grandes corporações.

Todas essas concepções, em maior ou menor medida, reconhecem as pessoas jurídicas como protagonistas na sociedade contemporânea, como fonte de riscos, e, por consequência, de deveres. E com base em tais entendimentos, enxergam que a pessoa jurídica tem responsabilidade social corporativa e um compromisso público de ajustar-se em conformidade com o direito. Assim, pessoas jurídicas são culpáveis quando violam o compromisso de responsabilidade social.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica é resultado de uma política criminal que resultou em direito posto e consolidado. Reconhecendo-se a inviabilidade de modelos de imputação e de transferência, são coerentes as decisões que fundamentam a punição a pessoas jurídicas a partir de elementos constitutivos de uma responsabilidade social corporativa.

A pergunta que resta pendente, todavia, deve ser feita sob outra perspectiva. Em vez de questionar se a culpabilidade da pessoa jurídica é a chamada “responsabilidade social”, deve-se perquirir se a “responsabilidade social”, utilizada para fundamentar a imposição da pena às pessoas jurídicas, pode ser chamada de culpabilidade.

4. RESPONSABILIDADE SOCIAL É CULPABILIDADE? COMO COMPAGINAR CULPABILIDADE DA PESSOA FÍSICA E JURÍDICA NUM MESMO CONCEITO?

De acordo com Achenbach, a culpabilidade, como categoria sistemática, é polissêmica, sendo possível estabelecer, nessa linha, três conceitos: 1) o primeiro

deles refere-se ao princípio da culpabilidade – *nullum crimen sine culpa* –, ao qual se atribui nível constitucional e no qual a culpabilidade é entendida como uma regulação suprapositiva de estrutura material, isto é, um princípio que embasa e limita a própria violência estatal, sendo instrumento para a própria legitimação do direito penal; 2) o segundo corresponde à culpabilidade como medida da pena, descrevendo o suposto de fato que serve como referência para a medição judicial da pena; e 3) a culpabilidade como fundamento da pena, pela qual se justifica ou se exclui a pena ante um autor particular. A culpabilidade passa a constituir um conjunto de elementos que justificam ou vedam a incidência da pena a um autor individual, e é nesse nível que a culpabilidade é referida no sistema jurídico-dogmático penal (ACHENBACH, 1974).

A culpabilidade como fundamento da pena busca uma resposta para o porquê da imputação individual, vinculada essencialmente à ideia de respeito à dignidade humana. Couso Salas ressalta que, diante do tipo de imputação geral que representa a ilicitude, a categoria *culpabilidade* tem uma missão de individualização da imputação, que se converte em garantia da autonomia da pessoa e em requisito de legitimidade da pena, a qual, para ser imposta, deverá respeitar a autonomia ética do indivíduo ante a utilidade social. Em outras palavras, a pena não se arrima apenas na ideia de uma resposta adequada a uma necessidade social, mas também uma resposta justa a um ato derivável da autonomia do indivíduo (COUSO SALAS, 2006).

Nesse contexto, como fundamentar a culpabilidade da pessoa jurídica? Nieto Martín pondera que o ponto fulcral radica em decidir se o princípio constitucional de culpabilidade tem o mesmo sentido para pessoas físicas e jurídicas. A culpabilidade construída historicamente fundamenta-se no respeito à dignidade da pessoa e no livre desenvolvimento da personalidade, possuindo nível de direito fundamental. Logo, resta questionável compreender que a culpabilidade de pessoas físicas e jurídicas tenha a mesma relevância e conteúdo constitucional. Como pessoas jurídicas são meios postos a serviço das pessoas humanas para que possam alcançar determinados fins, é complicado pretender que as pessoas jurídicas gozem de um direito derivado da dignidade humana, que, na sua origem, radica-se justamente no veto à coisificação de pessoas (NIETO MARTÍN, 2008).

Aí reside justamente a questão. É possível extrair do princípio constitucional da dignidade humana – no qual se densifica a ideia de culpabilidade – o fundamento para a individualização da imputação a uma pessoa jurídica?

Há muito se discute sobre o princípio da dignidade humana aplicado à pessoa jurídica. Corrêa de Oliveira, no aspecto, entende que a pessoa jurídica não é um fim em si mesmo e não pode ser considerada pessoa no sentido ético. Nas

palavras do autor, a pessoa jurídica é uma “realidade análoga à pessoa humana, porque idêntica em inúmeros aspectos e distinta no mais importante: a substancialidade, que esta possui e aquela não. É pessoa, portanto. Mas não no sentido pleno da palavra e sim por analogia” (CORRÊA DE OLIVEIRA, 1979, p. 165).

Isso não implica, todavia, que pessoa jurídica não tenha direitos inerentes à dignidade da pessoa humana. O próprio Código Civil brasileiro, no seu art. 52, consigna que se aplica às pessoas jurídicas a proteção dos direitos da personalidade, naquilo que lhe for cabível.

Ser digno, no âmbito jurídico, significa ser valorado e reconhecido como pessoa, titular de direitos fundamentais assegurados normativamente. Segundo Torralba Roseló, a dignidade, numa perspectiva jurídica, é poder ser reconhecido como sujeito de direitos, em ser tratado como alguém e não como algo (TORRALBA ROSELLÓ, 2005). Assim, quando se reconhece como pessoa um ente coletivo, se lhe atribui um determinado valor, e, com ele, se reconhece a titularidade de direitos, alguns dos quais direitos fundamentais.

E como pondera Maciel, o reconhecimento da personalidade a pessoas jurídicas emana da necessidade de adequação do direito aos fatos, já que, no mundo real, as pessoas jurídicas não agem em nome de cada um de seus membros, mas, sim, em nome próprio, travando relações com terceiros e sendo titulares de direitos e obrigações (MACIEL, 2001).

O processo de personificação de entes não humanos constitui-se numa construção técnica para permitir que se outorgue a determinados grupos sociais ou conjuntos de bens direitos até então exclusivos dos seres humanos (GORDILHO, 2017).

Desse modo, se a dignidade, no âmbito jurídico, consiste em ter o *status* de pessoa e na titularidade de direitos fundamentais, é perfeitamente possível extrair o conceito de culpabilidade da pessoa jurídica dos direitos fundamentais inerentes à dignidade humana, pois entes coletivos são titulares de direitos fundamentais que fazem parte do cipoal de garantias inerentes à ideia de dignidade humana. Resta saber, todavia, se a densificação de tais direitos num conceito de “responsabilidade social” pode ser enquadrada na categoria dogmática que se denomina culpabilidade.

4.1. *A relação da culpabilidade da pessoa jurídica com uma culpabilidade por condução de vida*

Quando se fala de responsabilidade social corporativa, vislumbra-se um conjunto de deveres éticos e jurídicos que orientam a condução da atividade

empresarial. Dito de outro modo, quando se analisa a ideia de culpabilidade da pessoa jurídica, está-se tratando do descumprimento de determinados deveres de fidelidade ao direito, que devem ser implantados no âmbito corporativo.

Nesse ponto, é possível pensar em traços comuns entre a culpabilidade de pessoas físicas e jurídicas, que se relacionam com um dever de fidelidade ao direito. Kindhäuser, por exemplo, conceitua culpabilidade, num Estado Democrático de Direito, como um comportamento que expressa a carência de fidelidade à lei, que, por sua vez, significa um déficit de lealdade comunicativa. Assim, a lealdade comunicativa consiste no elemento conceitual necessário da personalidade jurídica de alguém (KINDHÄUSER, 1996). Esse conceito poderia ser igualmente aplicado a pessoas físicas e jurídicas.

No entanto, ainda que se entenda culpabilidade como um dever de fidelidade ao direito, não se pode entender que isso seja suficiente para caracterizar o fundamento da imposição da pena a pessoas jurídicas como pertencendo a um conceito material de culpabilidade.

No aspecto, uma questão relevante merece ser confrontada e falseada: se o conceito de responsabilidade social se adequa ao princípio de culpabilidade pelo fato.

Inicialmente, deve-se investigar se a responsabilidade social, por meio das teorias que legitimam tal posicionamento, pode se adequar àquilo que se convencionou chamar de responsabilidade pelo fato. Isso porque a violação ao compromisso de responsabilidade social termina sendo o único objeto de imputação. Em síntese, o que se atribui à pessoa jurídica, como fundamento da imputação, é a infração do dever de se organizar corretamente, quando deveria ser o delito propriamente dito, que será objeto da denúncia.

Desse modo, há de se investigar se o fundamento da imposição da pena da pessoa jurídica é: 1) a prática do crime; 2) um fato anterior – o descumprimento de seu dever de responsabilidade social, que se revela pela ocorrência do ilícito.

Na linha do que aduz Carbonell Mateu, pode-se aceitar que o defeito de organização seja o elemento que permita atribuir à empresa a prática de um fato delitivo que não seria produzido se houvesse o devido controle. Mas isso não é objeto da imputação. Esse não é nem pode ser outro que o fato delitivo próprio (CARBONELL MATEU, 2010). Silva Sanchez afirma que defeito de organização é um dado objetivo e não, propriamente, culpabilidade. Logo, a culpabilidade da pessoa jurídica seria algo semelhante a algo como “poder organizar-se de outro modo” (SILVA SÁNCHEZ, 2008).

Partindo da distinção entre objeto de valoração e valoração do objeto – que vem desde Graf zu Dohna (DOHNA, 1958) e é utilizada por Mezger (MEZGER,

1955) e Welzel (WELZEL, 2004) –, a organização da pessoa jurídica seria o objeto da valoração, seu pressuposto de fato, e o juízo de valor sobre sua organização seria a valoração sobre o objeto, que consistiria no seu elemento normativo.

No entanto, quando se estabelece a culpabilidade de pessoas jurídicas a partir da violação do dever de organizar-se, de assumir uma cultura empresarial de fidelidade ao direito, está-se se fazendo um juízo de valor não sobre o fato criminoso em si, mas sobre um dado preexistente e permanente, que é o compromisso de responsabilidade social corporativa, que se densifica no dever de organizar-se. Assim, se repristina um conceito já superado, que é o da culpabilidade por condução de vida – que é, como visto, defendida expressamente por Heine, no que se refere a entes coletivos (HEINE, 2001).

Nessa linha, se abandona a ideia de ação em favor da ideia organização. Não se imputa à pessoa jurídica um “fazer”, mas um “organizar-se”. Assim, como critica Busato (BUSATO, 2019), utiliza-se de um artifício retórico – um fato de conexão – para associar a conduta de uma pessoa física à responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Quando se faz referência a uma chamada culpabilidade como responsabilidade social, está se fazendo referência à sua responsabilidade para suas prestações coletivas defeituosas que podem ser atribuídas a carências na estrutura organizativa ou nos valores empresariais (DANNECKER, 2001, p. 47).

Gracia Martin considera que tais modelos chamam de culpabilidade um estado objetivo da pessoa jurídica, resultante de infrações de dever de organização (GRACIA MARTÍN, 2016). A “censura”, por assim dizer, não está centrada na infração praticada, mas na ausência de criação de mecanismos para impedir que tal infração se perpetre. Ou seja, está no modo de condução de vida empresarial.

Sobre o tema, vale trazer a crítica de fundo feita por Figueiredo Dias: a culpabilidade pela condução de vida acarreta uma duplicação entre os conceitos de ilicitude e culpa, já que o fato singular somente pode ser analisado formalmente, enquanto do ponto de vista material a ilicitude e a culpa referir-se-iam à condução de vida; dessa maneira, o ilícito material terá o mesmo substrato da culpa pelo caráter, o que tornaria impossível distinguir culpabilidade e ilicitude materiais (FIGUEIREDO DIAS, 1995).

Trazendo essa questão para discussão em debate, parece evidente que, para fundamentar a culpabilidade de uma pessoa jurídica, deve-se previamente atribuir-lhe um injusto próprio, e esse injusto decorre justamente da violação do dever de organizar-se. Isso tem uma relação apenas mediata com o fato ilícito praticado e deixa vazio o conteúdo material de culpabilidade de um ente coletivo (GALÁN MUÑOZ, 2001).

Para tentar compatibilizar culpabilidade com uma prévia estrutura organizacional defeituosa, recorre-se a institutos tradicionais do Direito Penal, como a *actio libera in causa*. Tiedemann defende que a ausência de culpabilidade direta da pessoa jurídica no momento da prática delitiva é irrelevante, pois possui como origem uma culpabilidade antecedente. Na sua concepção, uma omissão empresarial no dever de organizar-se seria uma culpabilidade antecedente que daria azo à prática subsequente da infração pelo representante ou órgão colegiado do ente coletivo (TIEDEMANN, 1988).

Um primeiro obstáculo a ser vencido diz respeito à própria concepção do instituto. A teoria da *actio libera in causa* se aplica quando o próprio autor converte a si mesmo em autor mediato, num instrumento para a realização do delito (JAKOBS, 1997). De acordo com a proposta de Tiedemann, a violação ao dever de se organizar-se da empresa não se torna o ponto de conexão da sua própria culpa, mas, sim, na de terceiros, que são as pessoas físicas que efetivamente realizarão o fato ilícito.

Para Gómez-Jara Díez, a *actio libera in causa* sempre se refere à decisão/conduita prévia do mesmo autor, não de um terceiro. Diz o referido autor que, adotada essa tese, em algum momento vai se exigir um ponto de partida, que é uma decisão prévia da pessoa jurídica materializada numa conduta (que poderia ser um equivalente à conduta de uma pessoa física se embriagar, no clássico exemplo do instituto). Ocorre que isso não vai poder ser constatado numa pessoa jurídica, pois levaria a um regresso ao infinito (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2012).

A questão, que parece aqui evidente, é que, para a incidência da *actio libera in causa* como fundamento da culpabilidade, é preciso que haja uma *actio* prévia, isto é, uma conduta que crie condições futuras que permitam ou facilitem a prática de uma infração penal. No entanto, um defeito de organização não pode ser considerado uma conduta, mas, sim, um estado ou condição da pessoa jurídica. Logo, não se pode entender que tal conceito seja compatível com uma culpabilidade do autor.

De igual forma, a própria tese de Gómez-Jara Díez – cultura empresarial de fidelidade ao direito, com base num conceito de cidadania corporativa – também não resiste ao filtro da culpabilidade pelo fato. Com efeito, sua concepção estabelece três equivalentes funcionais para caracterizar a culpabilidade como quebra do compromisso de fidelidade ao direito: 1) a vigência de determinadas normas depende, principalmente, da manutenção de uma cultura empresarial de fidelidade ao direito, sobretudo pela incapacidade do Estado de controlar certos riscos na sociedade industrial pós-moderna; 2) o reconhecimento de um patamar mínimo de igualdade entre as pessoas jurídicas demanda reconhecer que a liberdade e auto-organização empresarial acarreta a responsabilidade pelas consequências

adversas do exercício dessa liberdade; 3) a pessoa jurídica tem uma cidadania corporativa, no sentido de ter o direito de participar de processo de criação e definição de normas sociais.¹¹

No entanto, essa concepção continua chamando de culpabilidade algo preexistente, que diz respeito muito mais a um estado prévio e permanente de coisas do que propriamente ao fundamento da imputação penal em face do crime praticado. Como pondera Schünemann, a norma de proibição é feita para regular comportamentos humanos, enquanto com a expressão culpa pela organização descreve um mero estado da organização, e não uma violação da norma (SCHÜNEMANN, 2014).

Não há também uma resposta satisfatória quando um dos dirigentes, desviando-se dos propósitos, dos valores e da estrutura da organização, decide pela prática de um crime por intermédio da pessoa jurídica. Assim, caso o crime praticado contrarie a política, os estatutos e a própria vontade de outros dirigentes do ente coletivo, ainda assim restará caracterizada a responsabilidade da empresa? Do modo com que decide o Superior Tribunal de Justiça, tudo indica que sim, pois haverá uma “vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito”.

Assim, há nítidas dificuldades em compreender a culpabilidade como “responsabilidade social” sem tê-la como inconciliável com a ideia de culpabilidade pelo fato, e sem aproximá-la de um modelo de responsabilidade penal objetiva.

5. PARA ALÉM DE QUESTÕES TERMINOLÓGICAS. A DIFICULDADE DE COMPAGINAR A CULPABILIDADE COMO CATEGORIA DOGMÁTICA E O FUNDAMENTO DA IMPOSIÇÃO DA PENA A PESSOAS JURÍDICAS

A existência da pena pode ser tida como a principal razão pela qual se recorre à culpabilidade para estabelecer critérios mais restritos, individualizadores e garantistas para fundamentar a responsabilidade penal. No Direito Civil, ou mesmo no Direito Administrativo, é possível responsabilizar sem culpabilidade, e nem por isso se entende que há ofensa à Constituição. As implicações limitadoras ao poder punitivo do Estado, decorrentes da ideia de culpabilidade, somente existem porque há a sanção penal, e, com ela, a maior violência e ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, praticada de maneira legal e supostamente legitimada.

A culpabilidade relaciona-se com a pena, pois a sanção penal historicamente se construiu como meio de se legitimar a violação da dignidade humana de quem a

11. Ibid., p. 168-171.

sofre, e não haveria qualquer sentido em confrontar culpabilidade e dignidade se a sanção penal não fosse dotada das características ignominiosas que a acompanham no decorrer dos séculos (MELLO, 2019). Ocorre que as penas aplicáveis a pessoas jurídicas, embora também atinjam direitos fundamentais, não são dotadas das mesmas características das sanções penais impostas a pessoas físicas. E sendo as sanções, na sua essência, distintas, distintos são os fundamentos de sua imposição.

A pergunta, no entanto, que se mantém é: esse fundamento, que na jurisprudência brasileira é denominado de responsabilidade social, pode ser chamado de culpabilidade?

Segundo Greco, apenas um conceito que ele denomina como “vazio” poderia ser compatível com a culpabilidade da pessoa jurídica, pois de culpabilidade conservaria apenas o nome. Afirma que qualquer conceito digno desse nome somente tem sentido se for algo que o próprio indivíduo culpável traz para si, por intermédio de um comportamento errôneo ou falho. E, sendo um conceito personalíssimo e intransferível, não é possível compreender a culpabilidade de pessoas jurídicas. Segundo o autor, tais modelos, no fim do dia, terminam por ser sistemas de imputação disfarçados, pois se deduz a culpabilidade de pessoas jurídicas de modo derivado de comportamento de pessoas naturais (GRECO, 2019).

Chamar de “culpabilidade” o fundamento da imposição de sanções penais a pessoas jurídicas parece trazer mais problemas do que soluções, pois não parece haver um substrato material comum que consiga conjugar, num mesmo conceito, a “responsabilidade social”, para pessoas jurídicas, e as diversas teorias que fundamentam a culpabilidade de pessoa física a partir da culpabilidade pelo fato.

Quando o Superior Tribunal de Justiça consagra a ideia de que o fundamento da imposição da pena a pessoas jurídicas é a responsabilidade social, que se revela na conduta do dirigente de agir em seu nome e proveito, está afirmando que entes coletivos podem, ao violar compromissos de fidelidade à ordem normativa, sofrer sanções de natureza penal. Mas não parece que isso tenha qualquer conteúdo que se possa chamar de culpabilidade.

Seria, quando muito, um “equivalente funcional” da culpabilidade, como sustenta Gómez-Jara Díez. Se a função da culpabilidade é simbolizar a violação do papel do cidadão fiel ao direito (no caso da pessoa jurídica, de cidadania corporativa), há uma equivalência entre as funções da culpabilidade de pessoas físicas e jurídicas.¹²

-
12. Gómez-Jara Díez estabelece três equivalentes funcionais que podem fundamentar a culpabilidade de pessoas jurídicas: 1) criação e manutenção de uma cultura empresarial

Gracia Martín critica especialmente o modelo de construção de “equivalentes funcionais” de culpabilidade para entes coletivos. Sustenta que está fadada ao fracasso a tentativa de reconstruir a Teoria do Delito para pessoas jurídicas, buscando equivalentes funcionais para conceitos tradicionais como ação e culpabilidade.

Diz o referido autor que a expressão “equivalência funcional”, por si só, não diz nada: a) sobre as qualidades dos objetos entre os quais se estabelece relação; b) nem sobre a finalidade específica da função que possa explicar tal equivalência. Isso permite que equivalências funcionais sejam estabelecidas entre objetos absolutamente díspares, sem que haja qualquer semelhança ou analogia entre o que se busca equiparar. Pondera, como exemplo, que culpabilidade e periculosidade são conceitos completamente diferentes, mas nada impede que se afirme que a periculosidade está para a medida de segurança como a culpabilidade está para a pena. E que ambas cumprem a mesma função de fundamentar e ser pressuposto de sua respectiva consequência jurídica (GRACIA MARTÍN, 2016).

Não parece que o fundamento da pena para pessoas jurídicas possa ancorar-se num conceito de culpabilidade que possa sistematicamente ser reconduzido a uma unidade com a ideia de culpabilidade que se defende para pessoas jurídicas. Há, inclusive, dificuldades em se compatibilizar os elementos que compõem o conceito analítico de culpabilidade de pessoas físicas (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa) com a dita responsabilidade penal de pessoas jurídicas.

Trata-se de um conceito vazio, em que apenas se traslada o nome culpabilidade para uma categoria dogmática cujo conteúdo é absolutamente inconciliável com a ideia de culpabilidade incidente para pessoas físicas.

Nada obsta, e seria até compreensível, que um sistema de responsabilidade penal tenha fundamentos de imposição distintos para pessoas físicas e jurídicas. No entanto, para que a culpabilidade seja preservada como categoria dogmática, é preciso que as concepções para pessoas físicas e jurídicas possam reconduzir-se a uma raiz comum, que sirva como linha geral de fundamento.

de fidelidade ao direito como condição para a vigência da norma; 2) o surgimento de uma cidadania corporativa leva ao reconhecimento de um mínimo de igualdade entre as pessoas jurídicas; 3) a capacidade que pessoas jurídicas têm de questionar a vigência da norma (GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. La culpabilidad de la persona jurídica. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Madrid: Thompson-Civitas, 2012. p. 169-170).

Como visto, é possível pensar num modelo de culpabilidade de pessoa jurídica relacionado com a realização de direitos fundamentais inerentes à dignidade humana. No entanto, tal conceito tem escassa conexão com modelos que fixam o fundamento da imputação em sistemas de responsabilidade social corporativa.

Como dito na introdução deste trabalho, a responsabilidade penal da pessoa jurídica já é uma realidade no sistema penal brasileiro. E há mais de 15 anos que decisões do Superior Tribunal de Justiça estabeleceram, ainda que precariamente, parâmetros para compreender o fundamento de imposição da sanção penal a empresas.

Todavia, não parece que o referido fundamento pode ser chamado de culpabilidade. E as razões pelas quais uma pessoa jurídica é pessoalmente responsável por suas infrações podem representar uma culpabilidade em sentido formal, mas não em sentido material.

Sendo a responsabilidade penal das pessoas jurídicas uma realidade, e diante das dificuldades para buscar um conteúdo material que seja compatível com o conceito de culpabilidade, deve-se prescindir da categoria dogmática da culpabilidade para fundamentar a responsabilidade penal empresarial. Ao fundamento da incidência da pena concreta – responsabilidade social – deve-se dar outra denominação distinta.

A manutenção da ideia de culpabilidade da pessoa jurídica representa um rompimento da relação visceral que existe entre pena e culpabilidade, e que poderia dar azo à incidência de penas sem culpabilidade (GRECO, 2019). No entanto, diante da decisão política de criminalização de pessoas jurídicas, e das opções legislativas e jurisdicionais para fundamentar a imposição de pena a entes coletivos, parece complicado chamar de culpabilidade algo que na verdade não é. É claro que a inserção de uma nova categoria dogmática para fundamentar a imposição de sanções penais a pessoas jurídicas submete a Teoria do Delito a novas tensões, que certamente definirão novos horizontes para além do conceito tradicional de culpabilidade. No entanto, é preferível a busca de um novo fundamento – que demandará estudos específicos e particularizados para a realidade da pessoa jurídica – do que simplesmente desvirtuar a ideia de culpabilidade por intermédio de uma adequação imperfeita.

6. CONCLUSÕES

A responsabilidade penal da pessoa jurídica, passados mais de 20 anos da edição da Lei 9.605/98, é uma realidade. No entanto, ainda não estão sedimentadas questões centrais relativas à incidência da Teoria do Delito em relação às pessoas

jurídicas. Uma dessas questões é sobre o fundamento da imposição da pena, que para as pessoas físicas se chama de culpabilidade.

Submetida a questão ao Superior Tribunal de Justiça, ali se decide, sem muitas variações, que a chamada culpabilidade da pessoa jurídica é a responsabilidade social, que se revela pela vontade do administrador em agir em seu nome e proveito.

Com base nessa concepção, e a referência obrigatória a um atuar humano como substrato, poderia se cogitar a adoção de modelos de imputação, ou heterorresponsabilidade. No entanto, tais modelos devem ser descartados, pois implicariam transferência de culpabilidade da pessoa física para a jurídica. A culpabilidade é intransmissível.

Assim, restariam modelos de autorresponsabilidade, que se fundam na ideia de que pessoas jurídicas possuem obrigações éticas e jurídicas e, na sociedade contemporânea, são protagonistas, como verdadeiros centros de imputação que intervêm no âmbito vital regulado pelo direito, e devem submeter-se às consequências jurídicas decorrentes das práticas de ilícitos penais.

No entanto, ainda que se possa, num elastério interpretativo, conceber a ideia de culpabilidade – que historicamente está fundada no respeito à dignidade da pessoa e no livre desenvolvimento da personalidade – aplicável às pessoas jurídicas, as teorias que a fundamentam trazem uma concepção que muito se assemelha à chamada culpabilidade por condução de vida, como um estado de coisas que preexiste à prática do crime, e que já está superada no que se refere à culpabilidade de pessoas físicas.

Assim, diante das dificuldades de se conectar um conceito material de culpabilidade com o fundamento da imposição da pena a pessoas jurídicas, é preciso reconhecer que o fundamento pelo qual se considera uma pessoa jurídica responsável por infrações penais não é culpabilidade em sentido estrito, mas, sim, outra categoria dogmática análoga ou equivalente, mas que com ela não se confunde, e que demandará estudos próprios e particularizados para esse fim.

7. REFERÊNCIAS

- ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1974.
- ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré de. *As três escolas penais*. São Paulo: Freitas Bastos, 1952.
- BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio sobre el sujeto del derecho penal*. Tesis doctoral – Facultad

- de Derecho, Departamento de Derecho Público, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1997.
- BARBOSA, Julianna Nunes Targino. A culpabilidade na responsabilidade penal da pessoa jurídica. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Org.) *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BIDINO, Claudio. Responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil e teoria da dupla imputação necessária: comentários ao Acórdão RE 548.181 do STF *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 123, p. 383-405, set. 2016.
- BUSATO, Paulo César. *Tres Tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su “dogmática” y al sistema de la reforma de 2010. *Cuadernos de política criminal*, [S.l.], n. 101, p. 5-33, 2010.
- CARROLL, Archie B. Corporate social responsibility evolution of a definitional construct. *Business & Society*, [S.l.], v. 38, n. 3, p. 268-295, set. 1999.
- COCHRAN, Philip L. The evolution of corporate social responsibility. *Elsevier-Business Horizons*, Indianapolis, v. 50, p. 449-454, 2007.
- CORRÊA DE OLIVEIRA, J. Lamartine. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- COUSO SALAS, Jaime. *Fundamentos del derecho penal de culpabilidad: historia, teoría y metodología*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006.
- CUSSAC, José L. González. O modelo espanhol de responsabilidade penal das pessoas jurídicas do CP de 2010. Trad. Paulo César Busato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 132, ano 25, p. 39-60, jun. 2017.
- DANNECKER, Gerhard. Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Trad. Ana Cristina Rodríguez Yague. *Revista Penal*, Salamanca, n. 7, p. 40-54, 2001.
- DIVINO, Sthéfano Bruno Santos. Responsabilidade penal de Inteligência Artificial: uma análise sob a ótica do naturalismo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 171, p. 153-183, 2020.
- DOHNA, Alexander Graf zu. *La estructura de la Teoría del delito*. Trad. de la 4. ed. alemana por Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1958.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Liberdade, culpa, direito penal*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- FOFFANI, L. Bases para una imputación subjetiva de la persona moral. ¿Hacia una culpabilidad de las personas jurídicas? *Nuevo Foro Penal*, [S.l.], v. 6, n. 75, mar. 2013.

- GÓMEZ JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- GÓMEZ JARA-DIEZ, Carlos. La culpabilidade de la persona jurídica. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ JARA-DIEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Madrid: Thompson-Civitas, 2012.
- GALÁN MUÑOZ, Alfonso. La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la lo 5/2010: entre la hetero- y la autorresponsabilidad. *Revista General de Derecho Penal*, [S.l.], n. 16, 2001.
- GORDILHO, Heron J. de Santana. *Abolicionismo animal*. 2. ed. Salvador: EdUFBA, 2017.
- GRECO, Luís. Reflexões sobre a conexão entre pena e culpabilidade. In: VIANA, Eduardo; MONTENEGRO, Lucas; GLEIZER, Orlandino (Org. e Trad.). *As razões do Direito Penal: quatro estudos*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.
- HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. Trad. Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- HEINE, Günther. La responsabilidad penal de las empresas: evolución y consecuencias nacionales. Trad. Aldo Figueroa Navarro e José Hurtado Pozzo. In: HURTADO POZO, José; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo; SIMONS VALLEJO, Rafael. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*. Valência: Tirant lo Blanch, 2001.
- JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- KINDHÄUSER, Ürs. *Derecho Penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Trad. Claudia López Díaz. Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho; Universidad Externado de Colombia, 1996.
- LEITE, Alaor. Observações provisórias sobre a responsabilização penal das pessoas jurídicas. In: BUSATO, Paulo César; GRECO, Luis (Coord.). *Responsabilidade penal de pessoas jurídicas: seminário Brasil-Alemanha*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
- MACIEL, Fernando Antônio Barbosa. *Capacidade e entes não personificados*. Curitiba: Juruá, 2001.
- MARTÍN, Luis Gracia. Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, [S.l.], n. 18, 2016. Disponível em: [http://criminnet.ugr.es/recpc]. Acesso em: 12.04.2021.
- MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O novo conceito material de culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

- MEZGER, Edmund. *Derecho Penal*. Trad. da 6. ed. alemã de 1955. Buenos Aires: Valetta Ediciones, 2004. t. I.
- NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Actualidad Penal*, Madrid, n. 2, p. 15-27, 1995.
- PRADO, Luiz Regis. *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Ed. RT, 2001.
- ROBLES PLANAS, Ricardo. ¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos. *Indret – Revista para el Análisis del Derecho*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, n. 2, p. 1-25, 2006.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Die aktuelle Forderung eines Verbandsstrafrechts: ein kriminalpolitischer Zombie. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, München, n. 1, p. 01-18, 2014.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. La evolución ideológica de la discusión sobre la “responsabilidad penal” de las personas jurídicas. *Derecho Penal y Criminología*, Madrid, v. 29, n. 86-87, p. 129-148, 2008.
- SZNICK, Valdir. *Direito penal ambiental*. São Paulo: Ícone, 2001.
- TIEDEMANN, Klaus. Die Bebußung von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität. *Neue Juristische Wochenschrift*, [S.l.], ed. 19, p. 1169-1173, 1988.
- TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidade Penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 3, n. 11, p. 21-35, 1995.
- TORRALBA ROSELLÓ, Francesc. Ideas de dignidad: una exploración filosofica. In: MARTÍNEZ, Julio; PERROTIN, Catherine; TORRALBA, Francesc. *Repensar la dignidad humana*. Lleida: Editorial Milenio, 2005.
- WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Trad. José Cerezo Mir. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.
- ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos: análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.



PESQUISA DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Penal

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- *Compliance* e responsabilidade penal ambiental da pessoa jurídica no Século XXI, de Andréia Leal Ferro – *RBCCrim* 160/19-55.