

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

Rafael Marks Batista¹

Sumário: *Introdução; 1 Desenvolvimento; 1.1 Teorias sobre a constituição da pessoa jurídica; 1.2 Culpabilidade tradicional no direito brasileiro; 1.3 O agente criminoso inserido no ambiente corporativo-empresarial; 1.4 Flexibilização da culpabilidade segundo a teoria do crime: Apontamentos para a responsabilidade penal da pessoa jurídica; 1.5 Quebra do paradigma da atual culpabilidade calcada na racionalidade completa: Behavioral law and economics e o homo economicus; 1.6 Teoria dos sesgos cognitivos aplicada aos ambientes empresariais; 1.6.1 Distorção cognitiva pela conformidade; 1.6.2 Distorção cognitiva por efeito da obediência à autoridade; 1.6.3 Distorção racional por conta da função/cargo exercido; 1.7 Conclusão sobre os elementos de culpabilidade em ambientes corporativos-empresariais; Conclusão; Referências.*

Resumo: Crimes cometidos em contextos empresariais carregam uma complexidade no que tange aos seus agentes criminosos e o elemento da culpabilidade como princípio. A economia e a psicologia já reconheceram que grupos sociais, mais especificamente aqueles desenvolvidos em ambientes empresariais, exercem forças sobre as disposições racionais dos agentes ali inseridos. Assim, os crimes cometidos por esses agentes não possuem unicamente uma origem racional, qual seja, daquele que cometeu o crime, mas

1. Acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal do Paraná, cursando o 5º ano.

sim do ambiente no qual ele está inserido. A partir dessa premissa, entende-se ser possível adaptar a teoria do crime atualmente utilizada para que passe a comportar a possibilidade de aplicação de responsabilidade criminal pela pessoa jurídica, agente concorrente para o cometimento de crimes nesses contextos.

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

INTRODUÇÃO

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

Convém inicialmente destacar que o aporte aqui realizado da economia se justifica por conta de que o contexto em que se desenrola o presente estudo são os ambientes empresariais², justamente onde se desenvolvem as ações criminosas objetos desta pesquisa. *Segundamente*, a psicologia talhou sua entrada no presente estudo por direcionamento originado da própria economia. A psicologia foi utilizada como base para o estudo do aspecto da racionalidade do homem quando do cometimento do crime em um âmbito de atividade econômica.

As duas ciências acima apontadas passaram a se relacionar profundamente no começo do século XXI, mais precisamente em 2002, quando Vernon Smith e Daniel Kahneman foram laureados com o Prêmio Nobel de Economia³ exatamente por serem autores de teorias que concluíram não ser possível depender apenas da matemática para tomar decisões econômicas. Seus trabalhos mostraram que muitas vezes o lado psicológico de um investidor pode ser mais importante do que seu conhecimento financeiro. Verificou-se que a atividade econômica – bem como todas as relações sociais desenroladas em seu ambiente – sentem necessidade do aporte da psicologia em diversos momentos, pois é comum que se pretenda buscar explicação para uma conduta humana singular, ou coletiva, visando extrair dessa análise um padrão para futuramente prevê-la, a fim de gerar lucros ou minimizar perdas.

Voltando-se para o nosso foco de estudo e para o nosso ordenamento jurídico, observamos que a responsabilidade penal da pessoa jurídica já é aceita pelo direito brasileiro – apesar da resistência de grande parte da doutrina em

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

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

aceitar tal fato -, de forma muito tímida, é verdade, nos crimes ambientais previstos pela Lei nº 9.605/1998⁴. A aplicação de sanções penais a pessoas jurídicas também se faz presente na jurisdição de muitos outros países, tais como França, Inglaterra, Estados Unidos, Holanda, Espanha e Austrália.

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

Primeiramente serão estabelecidas algumas premissas necessárias para tornar mais produtivo o trabalho, como uma exposição sobre as teorias que envolvem a criação da pessoa jurídica para o direito, exposição sobre a culpabilidade *lato sensu*⁵ admitida pelo direito penal e também fazer um recorte sobre exatamente qual a criminalidade que se tem em mente quando realizado as pesquisas.

Após, deitar-se-á dúvida acerca da real completa culpabilidade dos agentes criminosos, prevista pelo modelo racional tradicional, inseridos em um ambiente corporativo-empresarial por meio de 2 vieses: (i) os postulados do estudo nominado *Behavioral Law and Economics*, realizado por Christine Jolls, Cass R. Sustein e Richard Thaler (1998), que consiste basicamente em um estudo que retira a ideia contemporaneamente assumida de completa racionalidade dos agentes em certos ambientes, indicando a possibilidade de verificação de comportamentos que não passam pela racionalidade completa, e que são determinados sim por certos ambientes. Em segundo lugar, tomar-se-á por base (ii), a Prospect Theory desenvolvida pelos economistas Daniel Kahneman e Amos Tversky (1982), interpretada e aproximada do Direito Penal pelo penalista espanhol Jesús María Silva Sánchez⁶, doravante nominada por este como teoria dos *sesgos cognitivos*, onde estes referidos *sesgos* atuariam na tomada de decisões em uma perspectiva grupal, o qual, corroborando com a primeira teoria, indicaria ocasiões e motivações em que decisões são tomadas sem que estas passem por todo um processo completo de racionalidade, levando a verdadeiros erros de cognição.

4. BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

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

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

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

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

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

1 DESENVOLVIMENTO

1.1 TEORIAS SOBRE A CONSTITUIÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

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

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

Resumidamente, a teoria da ficção (i) formulada por Savigny⁷, afirma que só a pessoa natural é capaz de titularizar direitos subjetivos e ter relações jurídicas, e pressupõe a pessoa jurídica como sendo criação artificial do Estado por intermédio da lei, ou seja, a pessoa constituída juridicamente é um mero ente fictício, assim como o direito como um todo. De acordo com esses princípios, a pessoa jurídica é concebida como algo artificial e só serviria como fato explicativo de certos direitos a uma coletividade de pessoas físicas.

A teoria da realidade objetiva (ii) nasceu na Alemanha, por Otto Gierke, em franca reação à teoria da ficção legal. Esta corrente considera a possibilidade de a vontade pública ou privada ser capaz de dar vida a

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

um organismo autônomo em relação a seus componentes, uma realidade sociológica que pode participar das relações e situações jurídicas. Sobre a teoria desenvolvida pelo alemão Gierke, Miguel Reale⁸ leciona que:

(...) quando os homens se reúnem para realizar qualquer objetivo, de natureza política, comercial, civil, estética ou religiosa, forma-se efetivamente uma entidade nova. Constitui-se um grupo que possui existência inconfundível com a de seus membros (...).

Por último, a teoria da realidade técnica (iii) situa a pessoa jurídica como produto da técnica jurídica, rejeitando a tese ficcional para considerar os entes coletivos como uma realidade, que não seria objetiva, pois a personificação dos grupos se opera por construção jurídica, ou seja, o ato de atribuir personalidade não seria arbitrário, mas à vista de uma situação concreta⁹.

No Brasil, da análise do art. 45 do Código Civil¹⁰, verifica-se que impera a teoria da realidade técnica, permitindo-se afirmar que a personificação da pessoa jurídica é, de fato, construção da técnica jurídica, podendo, inclusive, operar-se a suspensão legal de seus efeitos, por meio da desconsideração, em situações excepcionais admitidas por lei.

1.2 CULPABILIDADE TRADICIONAL NO DIREITO BRASILEIRO

Segundo elemento imprescindível para o presente estudo é o da culpabilidade.

A culpabilidade é o elemento utilizado pelo Direito para ligar o agente à punibilidade. O crime existe por si mesmo, mas, para que o crime seja ligado ao agente, é necessária a culpabilidade.

Assim, é de se observar que para a existência de um crime, segundo a lei penal brasileira, é suficiente que o sujeito haja praticado um fato típico e antijurídico. Portanto, para a existência do crime em si, é prescindível a culpabilidade, mas o crime só será ligado ao agente se este for culpável.

Segundo elemento imprescindível para o presente estudo é uma breve análise sobre a culpabilidade como princípio, forma que ela será aqui tratada, ou seja, culpabilidade como conceito contrário à responsabilidade objetiva¹¹.

8. REALE Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Pg. 45.

9. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: introdução ao direito civil. 20. Ed. Atualização de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1. p. 310.

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

11. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.46.

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

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

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

A culpabilidade é um conceito muito amplo e arraigado no pensamento ocidental que mesmo em sentido técnico se mostra plurívoco¹². Em sentido amplo – justamente o qual se presente usar na presente obra - fala-se em princípio da culpabilidade, amalgamado na máxima *nullum crimen sine culpa*, segundo o qual só se pode tornar alguém responsável quando existe nexu subjetivo, volitivo, entre ação e resultado.

Por seu turno, a tipicidade e a antijuridicidade são juízos objetivamente verificáveis de desvalor sobre um fato, isto é, análise objetiva de se o fato se mostra em oposição ao direito verificável no mundo real. Vencida esta constatação, é preciso aferir se ao autor do fato se pode opor reprovação diante de sua conduta. Eis o conteúdo central da categoria dogmática da culpabilidade: um juízo de censura endereçado ao agente por não ter agido conforme a norma quando podia fazê-lo.¹³

Na doutrina brasileira prepondera que a culpabilidade seja composta pela imputabilidade, pelo potencial conhecimento da ilicitude e pela inexigibilidade de conduta diversa.

Existe, no entanto, outro sentido para a culpabilidade, a qual se mostra como fundamento da pena. Ou seja, para o direito atualmente posto, para que a pena seja imposta ao agente criminoso, é necessário que se verifiquem

12. BITENCOURT, op.cit., p.16.

13. PRADO, Luis Régis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v.I, p. 425; Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pg. 408 e s.; MAGALHÃES NORONHA, E. *Direito Penal*. 39. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. I, p. 113.

uma série de requisitos, que são: imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa, que não são o sentido que se pretende dar neste texto.

Fundamento da presente obra é a discussão sobre tal construção, porque um tanto quanto descolada da realidade. Neste sentido, Tangerino¹⁴ afirma que “o conceito de culpabilidade foi erigido sobre bases de uma determinada visão tanto de sujeito senhor todo-poderoso de suas escolhas (...)”, irreal, que carece que bases empíricas para sua aplicabilidade.

É de se ressaltar que o direito penal já sofreu com os movimentos pendulares entre o determinismo e o livre-arbítrio¹⁵. Hoje, parece que nos dirigimos ao extremo do pêndulo que versa sobre os determinismos, tendo em vista principalmente as pesquisas neurocientíficas¹⁶.

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

1.3 O AGENTE CRIMINOSO INSERIDO NO AMBIENTE CORPORATIVO-EMPRESARIAL

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

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

14. TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

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

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

plenamente individualizável, sem a convergência de grandes variáveis, o que não é objeto do presente estudo.

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

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

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

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

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

hipotética, que suscitou, gestou, viabilizou e também garantiu o cometimento do crime pelo funcionário?

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

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

1.4 FLEXIBILIZAÇÃO DA CULPABILIDADE SEGUNDO A TEORIA DO CRIME: APONTAMENTOS PARA A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

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

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

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

Ao nosso sentir, o mais aconselhável que se tem a fazer, é entender que, “em alguns setores do direito penal, seja possível o abandono da fórmula rígida, livre vontade-culpabilidade, modificando-se o conceito de culpa, sentido lato”¹⁷

Sobre possível exceção à regra cunhada pela teoria do crime, já no início do século passado, Affonso Arinos ponderou¹⁸ que:

os sentimentos dos homens se dissolvem no total do sentimento do grupo, o qual, necessariamente, é diferente dos

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

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

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

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

Neste sentido:

o ponto de partida dessa perspectiva dicotômica se apoia na natureza qualitativamente distinta da ação da pessoa jurídica que, por razões de clareza, pode ser denominada 'ação institucional'. (...) Tem-se, dessa forma, um conceito de vontade distinto, que se materializa em uma 'ação institucional'¹⁹

A doutrina de além mar²⁰ já se debruçou sobre o tema, e se faz importante um recorte de sua contribuição:

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

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

20. MENDES, João de Castro. *Teoria Geral do Direito Civil*. Lisboa: Ed. AAFDL, 1.978, vol. 1, p. 223-224. apud PRADO, Amauri Renó Do. A culpabilidade da pessoa jurídica. *Revista FMU direito*, São paulo, v. 26, n. 37, p. 01-06, fev. 2012.

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

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

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

1.5 QUEBRA DO PARADIGMA DA ATUAL DA CULPABILIDADE CALCADA NA RACIONALIDADE COMPLETA: *BEHAVIORAL LAW AND ECONOMICS* E O *HOMO ECONOMICUS*

“As circunstâncias nas quais nos encontramos comumente têm mais relação com as decisões que tomamos e atitudes que temos do que nossos traços de caráter.”²¹

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

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

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

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

Todo comportamento humano pode ser visto como participantes que maximizam sua utilidade, partindo de uma estável disposição de preferências e acumulação de uma quantidade ótima de informação e outras entradas numa

21. PRENTICE, Robert A.. Ethical decision making: more needed than good intentions. Financial analysts journal, Virginia, v. 63, n. 6, p. 17-30, jan. 2007. p. 17

variável de mercados²².

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

O objetivo da *law and economics* comportamental é de explorar o comportamento humano para a lei. Como base para o estudo é importante ter em mente a resposta ao questionamento: “Como ‘pessoas reais’ diferem do ‘*homo economicus*?’”²³.

O *homo economicus* indicado pelos autores é o *economic man* de Herbet A. Simon²⁴, ou o popularmente conhecido – e aplicado ao direito - como homem racional. De modo sintético, Simon explica o homem econômico como sendo aquele que transita por todos os âmbitos da vida, mas mais importante no âmbito econômico desta, sendo o homem que se imagina ter conhecimento de relevantes aspectos do ambiente em que está inserido, sendo este conhecimento senão absolutamente completo, impressionantemente claro e distinto. Assume-se também que o homem econômico e racional possua um bem organizado e estável sistema de preferências e habilidades de cálculo e estatísticas, o que lhe possibilita calcular as alternativas de ação que lhe são propostas e qual dessas irá lhe possibilitar atingir um maior nível em sua escala pessoal de preferência.

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

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

22. BECKER, Gary S.. *The economic approach to human behavior*. 3 ed. Chicago: University of Chicago Press, 1976.

23. JOLLS, SUSTEINS e THALER. 1998. *op.cit.*

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

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

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

A *bounded rationality* é uma ideia que foi introduzida primeiramente pelo economista Herbert A. Simon, a partir do óbvio fato de que as habilidades cognitivas dos seres humanos não são infinitas²⁵. Nós temos limitadas habilidades de processamento e sérias falhas de memória, assim, o comportamento humano é diferente sistematicamente daquele previsto pelos padrões de modelo econômico e de completa racionalidade.

A psicologia cognitiva sentencia que o pensamento do homem pressupõe duas fases quando do desenvolvimento racional: julgamento; e tomada de decisão²⁶. Sobre os julgamentos, estes mostram sistemáticas partidas de modelos de previsões imparciais e decisões que comumente violam os axiomas de utilidade esperada.

Um breve exemplo sobre a enorme diferença entre julgamentos de fato racionalmente produzidos e previsões imparciais, é o uso de certos critérios socialmente aceitos, como desvelado pelo trabalho de Daniel Kahneman e Amos Tversky²⁷. Um exemplo de critério socialmente aceito que influencia no julgamento e que leva a conclusões possivelmente erradas é aquele em que as pessoas tendem a concluir que a probabilidade de um evento é maior caso eles tenham testemunhado a ocorrência desse evento recentemente, e, contrariamente, em casos que eles não tenham testemunhado tal evento acontecer recentemente. Não munido de um profundo estudo de lógica e matemática, percebe-se que esta tendência é completamente irracional, pois não possui qualquer base empírico-científica.

25. SIMON, op.cit.

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

27. KAHNEMAN, D e TVERSKYNO, A. Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases, in Judgment Under Uncertainty 3, 11 (Daniel Kahneman, Paul Slovic & Amos Tversky eds., 1982)

Extraí-se dos estudos de Kahneman e Tversky²⁸ que atalhos de pensamento e regras são previsíveis e na maioria das vezes, errôneos. Isso significa que alguém usando critérios comumente aceitos para tomadas de decisões ou julgamentos utiliza-se de atalho de pensamento com o fim de poupar tempo de pensamento, mas o sistema usado por uma pessoa assim faz previsões diferentes de alguém que usa o modelo racional padrão de escolha.

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

1.6 TEORIA DOS SESGOS COGNITIVOS APLICADA AOS AMBIENTES EMPRESARIAIS

Adentrando-se no tema das racionalidades limitadas que podem induzir a erro o agente inserido em ambientes grupais, trazemos o segundo estudo mencionado na introdução e que servirá como base para o desenvolvimento da ideia aqui pretendida, que é fruto da adaptação dada cabo por Jesús María Silva Sánchez²⁹ dos estudos realizados Daniel Kahneman e Amos Tversky no âmbito da *Prospect Theory*³⁰.

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

Sánchez concluiu de seus estudos que as pessoas estão acostumadas a se comportarem de uma forma determinada em diferentes grupos sociais, como no familiar, no trabalho e no grupo social. Ainda, verifica-se que ao adentrar em novos ambientes sociais, as pessoas tendem a assumir padrões de conduta também novos, sem notarem isso. Esta influência imperceptível é denominada pelo autor como força situacional. Segundo Silva Sánchez³¹, em um grupo podem haver as forças dos papéis que cada pessoa exerce, as normas, as regras veladas e a autoridades.

Neste ponto, fica ainda mais evidente que outras ciências podem (e devem) interferir no direito penal. Aqui, recorta-se a interferência no que toca a atual teoria do crime, podendo-se deduzir algumas consequências, pois os agentes tendem a operar não pelos padrões clássicos do sujeito racional,

28. KAHNEMAN, D e TVERSKYNO, A. "Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk" (1979)

29. SILVA SÁNCHEZ, op.cit., p 228.

30. KAHNEMAN, D e TVERSKYNO, A. 1979. Ibid.

31. SILVA SÁNCHEZ, op.cit. p. 227

como atualmente é proposto. Seria proveitoso ao direito considerar uma racionalidade limitada, mais próxima da realidade. Consequência inafastável é que geraria implicações intrincadas sobre a imputação subjetiva dos agentes inserido em ambientes empresariais e corporativos, que é exatamente o ponto a que se pretende abordar no presente estudo.

Sobre os aportes científicos, a ciência da psicologia cognitiva³² mostra que um agente humano dispõe de dois modos de racionalização: o intuitivo e o reflexivo. No intuitivo, as impressões, associações, intenções e disposições para a ação advêm sem muito esforço. O sujeito não se concentra na ação, agindo praticamente de forma automática. Contrariamente, no pensamento reflexivo, todas as atividades mentais são mais bem trabalhadas. Assim, é no modo de racionalização intuitivo que tendem a se formar os modos de pensamento eivados de erros de percepção advindos dos chamados por Silva Sánchez de vieses cognitivos (*sesgos cognitivos*). Assim, objetiva-se conduzir a um direito penal que desenvolva um agente mais realista que o clássico sujeito racional, que emprega a ideia de pessoal razoável como o famoso “homem médio”.

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

1.6.1 DISTORÇÃO COGNITIVA PELA CONFORMIDADE

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

O agente dispõe de uma tendência de se mostrar de acordo com a opinião do grupo de referência, mesmo que suas convicções sejam contrárias³³. Nas palavras de Sánchez:

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

32. STERNBERG, Robert J. Psicologia Cognitiva. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 2000.

33. PRENTICE, op.cit., p.18.

autor)³⁴.

Nessa mesma linha, temos o efeito conhecido como pensamento coletivo (*groupthink*) ou coesão de grupo (*group cohesion*)³⁵. Isto se pode explicar por dois enfoques. Primeiramente o individual. Um agente membro de um grupo é propenso a ter medo de ser rechaçado quando não segue as ideias impostas pelo líder do grupo ou por sua maioria. Por isso frequentemente as pessoas se prestam a participar de um *groupthink* relativo a absolutamente o oposto de suas próprias crenças.

O segundo enfoque é o coletivo, segundo o qual o pensamento do grupo pode produzir dois efeitos opostos: ou um comportamento ordenado e sistemático de seus membros ou um comportamento desordenado e assistemático destes. Em ambos os casos, diante da possibilidade de que dentro do grupo algo funcione mal, seus membros não se detêm a analisar a situação a revisar suas pautas de conduta e, por final a questionarem-se como grupo. Tudo isso seria, no melhor dos casos, uma mera perda de tempo, mas, pior ainda, uma descoberta de condutas ilícitas que os membros preferem evitar conhecer, sob a falsa ilusão de que se não se tomar conhecimento delas, elas, não existirão ou deixarão de existir. Para isso, o mecanismo de defesa mais comum é que individualmente os membros do grupo internalizem determinadas “etiquetas mentais” que autojustificam o comportamento do grupo. Etiquetas como “somos um grupo bom e sensato”, “nada está acontecendo e tudo passará”, “existem piores”, entre outros, servem para ajudar a relaxar um eventual sentimento de culpa e responsabilidade³⁶.

Sobre isso se debruçou Solomon E. Asch, em seu estudo denominado “*Studies of Independence and Conformity: A minority of one against a unanimous Majority*”³⁷. O referido estudo realizou experimento em que se buscou compreender as condições de independência do indivíduo - e consequentemente a falta dela - diante de pressões advindas dos grupos sociais a que pertence.

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

34. SILVA SÁNCHEZ. op.cit., p. 226

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

36. PRENTICE, op.cit., p.20.

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

dizer erroneamente que uma das três cordas era do tamanho da corda padrão, enquanto que evidentemente não era.

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

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

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

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

O autor da obra e do experimento, pela observação geral e na posse do resultado do estudo específico realizado, chegou à conclusão de que o processo fundamental da social-psicologia era de conformação³⁸.

Reconhecendo o grande poder de grupos mediante o estudo realizado, conclusão nossa é de que se podem induzir pessoas a mudarem suas opiniões e convicções em quase toda direção desejada, que as pessoas podem prontamente dizer que é verdade aquilo que se imputava ser mentira, que nós podemos implicar a uma ação idêntica a aura de correção ou o estigma de ser errado³⁹.

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

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

38. ASCH, op.cit., p. 68.

39. ASCH, op.cit., p. 2.

ação valorada subjetivamente como criminosa pelo legislador tão distante da realidade das atividades econômicas.

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

1.6.2 DISTORÇÃO COGNITIVA POR EFEITO DA OBEDIÊNCIA À AUTORIDADE

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

Esta ideia está presente no experimento realizado pelo psicólogo social Stanley Milgram⁴⁰, que concluiu que a maioria das pessoas, quando se encontram em um contexto de obediência, tende a fazer o que lhes é ordenado, pois há uma dissociação entre a responsabilidade do agente e daquele que ordenou, sendo a este imputada.

Segundo Milgram⁴¹, a obediência é um determinante de comportamento. Esse autor relembra que, por exemplo, crimes terríveis como o massacre de milhões de pessoas durante a segunda guerra mundial nos campos de concentração se deu por causa de ordens. Afirma ainda que câmaras de gás, campos de concentração, cotas diárias de cadáveres foram produzidos com a mesma eficiência de qualquer indústria também por causa da obediência. Para Milgram, essas políticas inumanas foram originadas da mente de uma única pessoa, mas só puderam ser realizadas em grande escala por um grande número de pessoas que simplesmente obedeciam ordens. Obediência é o mecanismo psicológico que une a ação individual voltado a objetivos políticos. É o cimento que une os homens à autoridade⁴².

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

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

41. MILGRAM, Op.cit., p. 373.

42. MILGRAM, Op.cit., p. 374.

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

Com o estudo, Milgram concluiu que: “*subjects accept situation*”⁴³.

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

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

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

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

“Superior hierárquico”, em teoria, é facilmente apontável, no entanto, quando tratamos de uma grande empresa, com uma cadeia de comando muito extensa na qual as ordens são repassadas por vários níveis até chegar no órgão ou agente executório da cadeia, a ordem já se dissolveu e torna-se impossível apontar de quem ou de onde emanou a ordem. Dissolve-se

43. MILGRAM, Op.cit., pg. 375.

tanto na cadeia de comando que seria mais prudente indicar como gerador da ordem a empresa como um todo, ou seja, a pessoa jurídica que abarca aquela atividade econômica na qual se deu o crime cometido pelo mero agente executivo da ordem.

1.6.3 DISTORÇÃO RACIONAL POR CONTA DA FUNÇÃO/CARGO EXERCIDO

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

Essa teoria advém do experimento realizado pelo psicólogo Philip Zimbardo⁴⁴ em 1971, e que deu origem ao livro autor nominado *“The Lucifer Effect: Understanding How Good People Turn Evil”*. O objeto do estudo realizado por Zimbardo foi a psicologia do encarceramento, visando demonstrar a imensa força das forças situacionais na, como ele chama, *origins of evil*. Após o estudo, Zimbardo apontou como criador dessa situação o Sistema, o qual tem como fontes a política, a economia, religião, história e a cultura, sendo estes os elementos que definem as situações e lhes outorga uma entidade legítima ou ilegítima⁴⁵.

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

A questão que Zimbardo tentou responder ao dar cabo do experimento foi: “Se você colocar pessoas boas em lugares ruins, as pessoas triunfam, ou o lugar os corrompe?”⁴⁶.

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

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

45. ZIMBARDO, Op.cit., p. 2.

46. ZIMBARDO, Op.cit., p. 20. Tradução do autor.

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

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

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

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

1.7 CONCLUSÃO SOBRE OS ELEMENTOS DE CULPABILIDADE EM AMBIENTES CORPORATIVOS-EMPRESARIAIS

Dos estudos apresentados, parece possível concluir que a atuação em uma coletividade é determinada por uma “cultura corporativa”, ou sistema de “crenças compartilhadas” (*belief system shared*⁴⁷). Isto indica que as regras próprias do grupo se sobrepõe à capacidade racional do sujeito. A transmissão da herança de pensamento do grupo é o que alguns criminólogos chamam de difusão de práticas ilegais (*diffusion of illegal practices*⁴⁸). Sobre o mesmo tema, o Direito Penal já se debruçou, cunhando-se a expressão “atitude criminógena do grupo” (*kriminelle Verbandsattitüde*)⁴⁹, sendo que esta abarca tanto o plano cognitivo como o volitivo-motivacional.

Sobre o processo de introdução dos pressupostos cognitivos do grupo ao agente de modo efetivo, este deve ser gradual. Com efeito, a aculturação pode ser especialmente eficaz e imperceptível quando realizado de modo paulatino. Essa prática é conhecida como o “incrementalismo” (*incrementalism*),

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

48. CLINARD, Marshall. B., QUINNEY, Richard. e WILDEMAN, John. *Criminal Behaviour Systems: A Typology*. 3 ed. New York: Routledge, 2015. p. 134.

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

ou síndrome do “sapo em fervura” (*boiling frog*), que significa que muitos “comportamentos antiéticos ocorrem quando as pessoas inconscientemente abaixam sua barra ética (*lower their ethical bar*) ao longo do tempo através de pequenas mudanças em sua ética de comportamento”⁵⁰.

Como o exposto, em vez de tomar uma decisão significativa e consciente de violar os preceitos éticos e legais, as pessoas mais frequentemente se deixam levar para baixo por uma força negativa em conjunto com seus pares quando inseridos em uma organização⁵¹

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

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

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

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

Neste ponto, memora-se a literalidade do texto legal brasileiro contido no Título IV do Código Penal⁵², que prevê em seu art. 29 que “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.”.

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

50. GINO, Francesca; BAZERMAN, Max H.. Slippery slopes and misconduct: the effect of gradual degradation on the failure to notice others unethical behavior. Harvard business school working paper, Cambridge, v. 06, n. 007, p.111-222, fev. 2007. p. 04. Tradução do autor.

51. PRENTICE, op.cit., p.19.

52. BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

CONCLUSÃO

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

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

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

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

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

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

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

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

Por todo o exposto, tem-se que é justificável um esforço para quebramos paradigmas e as amarras meramente teóricas e doutrinárias, vislumbrando um efeito prático no direito, lembrando-se sempre do valor que o direito tem para o controle social.

REFERÊNCIAS

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

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

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

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

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

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

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

GINO, Francesca; BAZERMAN, Max H.. Slippery slopes and misconduct: the effect of gradual degradation on the failure to notice others unethical

behavior. Harvard business school working paper, Cambridge, v. 06, n. 007, p.111-222, fev. 2007

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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