

“Interesse ou benefício” como exigências para a responsabilização da pessoa jurídica decorrente de crimes ambientais no Brasil

A exegese italiana como contributo à interpretação do artigo 3º da Lei 9.605/98

Resumo. O texto explora a maneira como a literatura e a jurisprudência, na Itália, tratam as exigências do interesse e vantagem, necessárias para responsabilizar a pessoa jurídica em decorrência de crimes. Pontua, ainda, diferenças relativas aos modelos de imputação e à natureza da responsabilidade do ente coletivo quando comparadas as normativas italiana e brasileira. Por fim, verifica em que aspectos as conclusões de direito comparado são aplicáveis para a correta interpretação do art. 3º da Lei 9.605/98, no tocante aos critérios do interesse e benefício do ente coletivo, exigidos para seja responsabilizado penalmente por crimes ambientais.

Abstract. *This work explores the way how literature and jurisprudence in Italy deal with the requirements of the necessary interest and advantage in order to punish the companies as a consequence of its crimes, pointing out yet, amid other approaches, the difference between the models of imputation and the nature of the responsibility of the legal entity in comparison of the italian and the brazilian law. After that, it verifies in which aspects the conclusions of comparative law are applicable for the correct interpretation of the article 3rd of the brazilian Law 605/98, with reference to the criteria of companie's interest and benefit, which are requirements for the poenal responsibility regarding to environmental crimes in Brazil.*

RESUMO

1. INTRODUÇÃO. – 2. A NORMATIVA ITALIANA. – 2.1. CONDIÇÕES DE IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE AO ENTE COLETIVO SEGUNDO O DECRETO LEGISLATIVO 231. – 2.2. BREVE COMPARAÇÃO ENTRE A NORMATIVA BRASILEIRA E ITALIANA EM RELAÇÃO AO MODELO DE ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE. – 3. A EXEGESE ITALIANA ACERCA DA AUTONOMIA ENTRE OS CRITÉRIOS DO INTERESSE OU VANTAGEM DO ENTE PARA OS EFEITOS DO DECRETO LEGISLATIVO 231 DE 2001. – 4. A EXEGESE ITALIANA ACERCA DA DEFINIÇÃO DOS CONTORNOS DO INTERESSE OU VANTAGEM PARA O ENTE PARA OS EFEITOS DO DECRETO LEGISLATIVO 231 DE 2001. – 5. O APROVEITAMENTO NO BRASIL DA INTERPRETAÇÃO ITALIANA ACERCA DA AUTONOMIA E DEFINIÇÃO DOS CRITÉRIOS DO INTERESSE E DA VANTAGEM.

1

INTRODUÇÃO

Afirma-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica, no Brasil, a partir do art. 225,

parágrafo 3º, CR. Não obstante respeitável oposição de setores da doutrina¹, a Carta confirma, mediante cláusula constitucional criminalizadora, a tendência mundial de estender aos entes jurídicos consequências derivadas de crimes. É certo que há inúmeros modelos, variando quanto aos critérios de imputação – sistema de responsabilidade penal solidária com a pessoa física (por ricochete, por identificação) e sistemas de auto-responsabilidade (imputação ao ente independente da imputação à pessoa física e, sendo o caso, paralela) –, quanto à natureza da reação (penal, mediante penas ou medidas, ou extrapenal derivada de crimes), dentre outros aspectos.

A citada cláusula criminalizadora constitucional, pontualmente, declara que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. Textualmente, assinala que condutas e atividades de infratores do ambiente implicarão em sanções *penais e administrativas*, para além de eventual obrigação de reparo. Declara, ainda, que os infratores são *peçoas físicas ou jurídicas* – umas e outras. Todas, portanto, sujeitam-se a sanções penais e administrativas.

Afasta-se, aqui, a exegese de que a Constituição tenha dirigido as sanções penais às pessoas físicas e as administrativas aos entes coletivos (entendimento que apela para a ordem a partir da qual aparecem referidas, na frase contida na norma, as sanções em relação aos infratores). Ao contrário, a *ratio legis* é de proteção do ambiente de forma plena: daí invocar os dois setores do direito (penal e administrativo) para os dois grupos de infratores que identifica (pessoas físicas e jurídicas), bem como acrescentar que a reparação do dano não exime os infratores das responsabilidades decorrentes da normativa penal e administrativa.

De novo: a pretensão do legislador originário brasileiro não foi criar uma norma que seleciona este ou aquele tipo de sanção para este ou aquele grupo de infratores. Ao contrário: teleologicamente, a norma declara que devem ser *somados* os campos de exercício do poder punitivo estatal – administrativo sancionador e penal – para todos os tipos de infratores. A norma pretende, com isso, maximizar a tutela do ambiente. Do contrário, chegar-se-ia à conclusão absurda de que as sanções administrativas, dirigidas apenas às pessoas jurídicas, não poderiam ser aplicadas às pessoas físicas, a quem seriam dirigidas somente as penais... Não: o legislador ressalva que ambos os campos são cumuláveis para ambos os grupos de infratores².

Da determinação constitucional, derivou o texto do art. 3º da Lei 9.605/98, prevendo no campo infraconstitucional a responsabilidade penal da pessoa jurídica por crimes ambientais, nos seguintes termos: “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”. É, pois, no campo do direito penal ambiental que se estabelece atualmente, no Brasil, o único grupo de casos em que se pode punir penalmente o ente coletivo.

Este trabalho examina, precipuamente, o que se deve considerar como “interesse ou benefício” da entidade coletiva. O ponto de partida é a normativa italiana concernente à responsabilidade administrativa dos entes coletivos decorrente de crimes, bem como a correlata análise doutrinária e jurisprudencial. Na Itália, exige-se *interesse* ou *vantagem* para a responsabilização do ente coletivo, com clara correspondência ao “interesse

1. Cite-se, como amostra, a importante obra coletiva coordenada por DOTTI-PRADO, *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, 2ª Ed., São Paulo: RT, 2009.

2. De outro lado, o legislador deixa claro que a reparação do dano não obsta a imposição das sanções evocadas. Este aspecto acarreta, inclusive, dúvida sobre a constitucionalidade do art. 28 da Lei 9.605/98, quando erige a reparação do dano como condição forte da suspensão condicional do processo, que obsta o advento da sanção penal, acaso cumpridos os requisitos do período de prova. No mínimo, mostra-se duvidosa a constitucionalidade da reparação do dano como condição de aplicação do instituto.

2 A NORMATIVA ITALIANA

ou benefício” referido na lei brasileira. Assim, a coincidência do citado critério legal de imputação, no Brasil e na Itália, instou-nos à realização do estudo pela via do direito comparado. Para o pontual aspecto do que vem a ser o *interesse ou benefício* da pessoa jurídica, a literatura peninsular mostra-se verdadeira jazida a ser explorada.

Ao final, testa-se a validade, para o correto entendimento do art. 3º da Lei 9605/98 brasileira, das conclusões italianas em relação a quando ocorre o “interesse ou benefício da empresa”.

A base normativa central da responsabilidade administrativa derivada de crimes, atribuível às “pessoas jurídicas e sociedades, associações ou entes privados de personalidade jurídica que não desenvolvem funções de relevo constitucional”, assenta-se no Decreto Legislativo 231, de 08 de junho de 2001, autorizado pela Lei 300 de 2000, art. 11.

Frise-se, de logo, que dentre os critérios diretivos do decreto, a Lei 300 determinou, no art. 11, alínea q, que “as sanções administrativas incidentes sobre os entes são aplicadas pelo juiz competente para conhecer do crime e que para o procedimento de imposição da responsabilidade se aplicam, no que compatíveis, as disposições do código de processo penal, assegurando a efetiva participação e defesa dos entes nas diversas fases do processo penal”.

Desta norma deriva o seguinte: conquanto tenha natureza jurídico-administrativa declarada *ex vi legis*, a responsabilidade é fixada mediante processo, perante o juiz criminal. Valem as máximas *nulla poena sine iudicio* e *nulla poena sine iudice* para as sanções impostas aos entes coletivos, sem embargo de serem definidas como administrativas. Frisa-se este ponto para diferenciar as consequências previstas na normativa italiana das sanções administrativas tradicionais (inclusive no Brasil), impostas *ex officio* por autoridade administrativa, mediante auto-executoriedade, apoiada no poder de polícia estatal. Ademais, são garantidas as garantias do processo penal, mais extensas em comparação com aquelas previstas no âmbito do processo administrativo sancionador. O ente coletivo é equiparado, como imputado, à pessoa física (art. 35, Decreto Legislativo 201), de modo a dar-se sua efetiva participação e defesa no desenrolar do processo, na forma determinada pela lei delegante (conforme pontua CORSO³).

A Exposição de Motivos do Decreto 231 faz menção a um *tertium genus* de responsabilidade, entre o penal e o administrativo⁴, etiqueta criticada por PULITANÒ, cujas conclusões, sem embargo, dão-se no sentido de que a responsabilidade “não corresponde plenamente nem ao ilícito administrativo nem ao ilícito penal, na forma como tradicionalmente configurados”⁵. Inclusive, muitos autores se inclinam pela afirmação de que, substancialmente, a natureza da responsabilidade do ente coletivo na Itália seja *penal*, não obstante a redação do texto legal⁶. Há, naturalmente, quem defenda a natureza

3. CORSO, *La partecipazione dell'ente al procedimento penale ex D. Lgs. n. 231/2001*, in CORSO-PERONI (coord.), *Studi in Onore di Mario Pisani*, Milano, sem ano, p. 244. A maneira como se garante o direito de defesa ao ente, detalhado por CORSO, renderia outro estudo de direito comparado em tema cuja literatura brasileira é lacunosa. De fato, há um campo aberto de dúvidas a enfrentar em relação ao modo como a pessoa jurídica deve responder ao processo relativo aos crimes ambientais no Brasil, tanto no que toca às oportunidades de defesa formal, como a quem deve representá-la, dentre outras questões.

4. Disponível aqui “Tale responsabilità, poiché conseguente da reato e legata (per espressa volontà della legge delega) alle garanzie del processo penale, diverge in non pochi punti dal paradigma di illecito amministrativo ormai classicamente desunto dalla L. 689 del 1981. Con la conseguenza di dar luogo alla nascita di un *tertium genus* che coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo nel tentativo di temperare le ragioni dell'efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia” (Tal responsabilidade, porque consequente de crime e ligada (por expressa vontade da lei delegante) às garantias do processo penal, diverge em não poucos pontos do paradigma de ilícito administrativo até então classicamente derivado da Lei 689 de 1981. Com a consequência de dar lugar ao nascimento de um *tertium genus* que conjuga as características essenciais do sistema penal e do administrativo na tentativa de temperar as razões de eficácia preventivo geral com aquelas, ineludíveis, de máxima garantia. – tn).

5. PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2002, p. 418: “L'analisi dei dati normativi conduce alla conclusione che l'istituto introdotto dal d. lgs. n. 231 del 2001 non corrisponde appieno né all'illecito amministrativo né all'illecito penale, così come tradizionalmente configurati”.

6. Para um rol de autores que adotam este posicionamento, inclusive o próprio, v. PALIERO, *Dieci anni di 'corporate liability' nel sistema italiano: Il paradigma imputativo nell'evoluzione della legislazione e della prassi*, in *Le società – Mensile di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 12 (Supplemento), dez/2011, p. 15, nota 29. Também VIGANÒ, *I problemi sul tappeto a dieci anni dal D. Lgs. 231/2001*, Texto inédito, item 3.1.

administrativa, sob a base de que, se fosse penal, o texto não imporiam nenhum ônus de prova ao ente imputado, como faz no art. 6º (o ente deve demonstrar ausência de culpa organizacional para ser absolvido), bem como pela nomenclatura das sanções, declaradas “administrativas” no texto de lei⁷.

Não seria rigorosamente exato atribuir-lhes natureza jurídica de efeitos extrapenais derivados da sentença penal condenatória, no sentido com que habitualmente esta expressão é empregada no Brasil: afinal, tais efeitos – previstos nos arts. 91 (genéricos) e 92 (específicos) do CP brasileiro – dirigem-se ao condenado, para além dos efeitos penais principais e secundários (v.g., reincidência), enquanto as sanções administrativas italianas atingem não a pessoa física condenada, mas a pessoa jurídica. Todavia, é certo que as sanções administrativas impostas aos entes são muito mais próximas dos efeitos extrapenais específicos (atinentes a um modelo de crimes e a eles conectados, exigentes de declaração) do que de uma verdadeira sanção administrativa, proveniente do poder executivo, auto-executável e forjada sob a base do poder de polícia. Afinal: a) são medidas extrapenais (de direito administrativo); b) são aplicadas pelo juiz criminal; c) são conseqüentes de uma condenação. Nisto, assemelham-se aos citados efeitos extrapenais específicos. Ademais, este aspecto justifica a extensão de garantias materiais (reserva legal, com destaque para a aplicação da lei posterior mais favorável, arts. 2º e 3º) e processuais em favor do ente.

2.1

CONDIÇÕES DE IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE AO ENTE COLETIVO SEGUNDO O DECRETO LEGISLATIVO 231

O decreto legislativo 231, art. 1º, normatiza a “responsabilidade dos entes pelos ilícitos administrativos dependentes de crime”.

Há uma dissonância entre este texto e a normativa de delegação de poderes: nela, não se menciona “ilícitos administrativos dependentes de crimes”, mas crimes, diretamente. Com efeito, é clara a pretensão da Lei 300 de responsabilizar administrativamente o ente coletivo por crimes, sem criar-se um “ilícito administrativo dependente” de crimes. Não há qualquer problema em infrações penais gerarem reações ou efeitos extrapenais, emanadas do júízo criminal. Novamente, invoquem-se os tradicionais artigos 91 e 92 do CP brasileiro, demonstrativos da desnecessidade da previsão italiana alusiva a “ilícito administrativo dependente” de crime.

No art. 5º do Decreto, prevê-se o conjunto de condições exigidas para firmar a responsabilidade administrativa do ente, em termos:

Art. 5. Responsabilidade do ente.

1. O ente é responsável pelos crimes cometidos no seu interesse ou vantagem:

a) por pessoas que ostentam funções de representação, de administração ou de direção do ente ou de uma de suas unidades organizacionais dotadas de autonomia financeira e funcional, bem como por pessoas que exercem, também de fato, a gestão e o controle das mesmas;

b) por pessoas submetidas à direção ou à vigilância de um dos sujeitos referidos na letra a.

2. O ente não responde se as pessoas indicadas no parágrafo 1º agiram no interesse exclusivo próprio ou de terceiros.

Para além destas condições, é possível extrair do art. 6º do Decreto uma ulterior condição: a existência de uma culpa organizacional, fundada no defeito de organização, ao não adotar “modelos de organização e gestão idôneos a prevenir crimes da espécie daqueles verificados”.

7. É a posição de MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale*, 4ª ed., Milano, 2012, pp. 701-702.

2.2

BREVE COMPARAÇÃO ENTRE A NORMATIVA BRASILEIRA E ITALIANA EM RELAÇÃO AO MODELO DE ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE

A norma do art. 5º deve ser colocada em comparação com o art. 3º da Lei 9.605/98, quando condiciona a responsabilidade administrativa, civil e penal da pessoa jurídica por infrações ambientais (inclusive crimes) quando cometidos por “decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”.

Desta comparação, resulta imediatamente visível, quanto aos sujeitos, um ponto de confluência ou semelhança entre os dois textos legais (abaixo, letra a) e pontos de distinção (abaixo, letra b). Seguem:

a) *semelhança* consiste na necessidade de que o fato seja cometido por pessoas físicas, de modo a *condicionar* a responsabilidade do ente. O texto italiano exige que o crime seja *cometido* pelas pessoas físicas que enumera⁸. Já o texto brasileiro exige que a infração sobrevenha por *decisão* das pessoas físicas que reporta.

Conquanto similares os textos legislativos, a interpretação que deles se faz, nos dois países, é distinta. No Brasil, a interpretação do art. 3º efetuada pela doutrina conclui pela existência de um sistema de responsabilidade por ricochete, no sentido de a imputação do crime à pessoa física, uma vez confirmada, conduzir à imputação do crime para a pessoa jurídica⁹ (heterorresponsabilidade penal da pessoa jurídica, que depende da atuação de uma pessoa física). Não se considera, por consequência, existir uma imputação direta da infração à pessoa jurídica, como autônoma realizadora do fato. Ao invés, a realização dá-se por execução (texto peninsular) ou a partir de decisão (texto brasileiro) de pessoas naturais. No mesmo sentido dão-se os precedentes do STJ¹⁰. Neles, é sólida a ideia de que vigora no sistema brasileiro uma responsabilidade por ricochete, em que a pessoa jurídica sofre a imputação a partir da imputação da pessoa física. Não haveria, a princípio¹¹, uma autorresponsabilidade penal, a teor dos citados julgados da Instância Rara.

Já na Itália, o art. 5º do Decreto 231 possui exegese diversa. O precedente da Corte di Cassazione n. 27.735, de 18 de fevereiro de 2010, Rel. MILO¹², trabalhou com um modelo

8. Nada obstante, o art. 8º do Decreto Legislativo 231 estipula a “autonomia” – melhor seria “subsistência” – da responsabilidade do ente coletivo nos casos em que a pessoa natural que cometeu o crime não seja identificada, quando inimputável ou quando extinto o crime do agente, exceto pela anistia (o CP italiano, de fato, ao invés de dispor sobre a extinção da punibilidade relativa ao crime, fala da extinção do crime, arts. 150 e ss., arrolando a anistia como uma das causas respectivas no art. 151). Não há, no sistema brasileiro, disposição semelhante. O que o texto brasileiro prevê é a não exclusão da responsabilidade da *pessoa física* quando se afirma a responsabilidade do ente coletivo (art. 3º, parágrafo único, Lei 9605/98).

9. Dentre outros, cite-se ESTELLITA, *Aspectos processuais penais da responsabilidade penal da pessoa jurídica prevista na Lei nº. 9.605/98 à luz do devido processo legal*, in VILARDI-PEREIRA-NETO (coord.), *Crimes Econômicos e Processo Penal*, São Paulo: Saraiva (Série GV Law), 2008, p. 214; GOMES, *Direito Penal*, Vol. 1., São Paulo: RT, 2007, p. 526. O autor não aceita uma responsabilidade penal da pessoa jurídica, senão uma responsabilidade “sancionadora”; SIRVINSKAS, *Tutela Penal do Meio Ambiente*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 60; MORAES, *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2010, p. 140, mencionando tratar-se de “responsabilidade por empréstimo”, em que não há concurso de ações entre a pessoa física e a jurídica. Esta não é autora do delito, senão de modo indireto, mediante um liame de natureza normativo-processual.

10. Dentre outros precedentes, a título ilustrativo, RHC 20558/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, publ. DJ. 14/12/2009; REsp 889.528/SC, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, publ. DJ. 18/06/2007; REsp 610.114/RN, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, publ. DJ. 19/12/2005, Recurso Especial nº. 989.089/SC, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Publ. DJ. 28 de setembro de 2009. Segue a ementa do último precedente, a título ilustrativo: “PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. DELITO AMBIENTAL. POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, “Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio” (REsp 889.528/SC, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ 18/6/07). 2. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para restabelecer a sentença condenatória em relação à empresa Dirceu Demartini ME.

11. “A princípio” porque a presença cumulativa dos requisitos exigidos tanto pelo texto brasileiro, como pelo Decreto italiano, conduz, na perspectiva de alguns autores, à identificação de uma “ação institucional”. Trata-se de ação praticada pelo ente coletivo. Ele é o autor da ação. Por exemplo, sustenta BAIGÜN (*La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*). Buenos Aires: Depalma, 2000, pp. 44-49) que a presença de três requisitos cumulados, consistentes em: 1- regulação normativa; 2- um plano organizacional; 3- interesse econômico, dá origem à ação institucional, imputável ao ente de forma plenamente independente de eventual imputação às pessoas físicas. Um plano organizacional – segundo requisito – exigiria: 1- uma coletividade humana; 2- fins racionais (previstos no contrato social); 3- um sistema de comunicação destinado a realizar os fins; 4- um sistema de poder (aí encaixando-se os órgãos diretivos previstos na lei brasileira, i.é, representantes legais, contratuais, membros de órgãos colegiados, bem como na normativa italiana, a saber, diretores, representantes, administradores do ente ou de unidades organizacionais autônomas do ente, funcional e financeiramente); 5- um nível de conflito interno. A partir destes requisitos, seria possível que o STJ mudasse a maneira como interpreta o art. 3º, de maneira a dispensar a responsabilização da pessoa física para punir-se a pessoa jurídica e, *ipso facto*, a exigência de denúncia em que a pessoa física figure como litisconsorte passivo obrigatório para responsabilização da pessoa jurídica.

12. *Cassazione Penale*, Milano, 5, 2011, p. 1876 e ss.

também dependente da atuação de uma pessoa física, porém como órgão da empresa. Trata-se de um apelo à teoria da identificação, que é um modelo de heterorresponsabilidade penal diverso do modelo de responsabilidade por ricochete. Nele, o ente pratica o crime, através de um órgão consistente no ser humano. Conquanto haja atribuição direta de crime ao ente, não é um modelo de autorresponsabilidade, pois *depende* da atuação de uma pessoa física. Consta do julgado a seguinte ementa:

“É manifestamente infundada a questão da legitimidade constitucional do art. 5 d. lg. 8 de junho de 2001, n. 231, argüida com referência ao art. 27 da Constituição [princípio da pessoalidade da pena], porque o ente não é chamado a responder por um fato alheio, porém próprio, considerando-se que o crime cometido no seu interesse ou em sua vantagem por sujeitos inseridos no âmbito da pessoa jurídica deve ser deste modo considerado por força da relação de identificação orgânica que liga os primeiros à segunda”¹³. (gn)

Tratava-se de hipótese na qual funcionário público foi denunciado por corrupção passiva, eis que recebeu quinze mil euros de três representantes da empresa “Brill Rover srl” para favorecê-los em processo licitatório. Este crime permite a responsabilidade administrativa da pessoa jurídica na Itália. No mérito, consta do precedente que:

“...a pessoa física que opera no âmbito das suas atribuições societárias, no interesse do ente, age como órgão e não como sujeito dele distinto; nem a degeneração de tal atividade funcional em ilícito penal é obstáculo para a identificação [do fato como praticado pela pessoa jurídica]. O decreto legislativo 231 de 2001 introduziu um *tertium genus* de responsabilidade em relação aos sistemas tradicionais de responsabilidade penal e de responsabilidade administrativa, prevendo uma autônoma responsabilidade administrativa do ente no caso de cometimento, no seu interesse ou em sua vantagem, de um dos crimes expressamente elencados na seção III de parte de um sujeito que possui uma posição de vértice, sob o pressuposto de que o fato-crime é ‘fato da sociedade [pessoa jurídica] pelo qual ela deve responder’”¹⁴.

Com este argumento, a Corte afastou a ideia de que a punição da pessoa jurídica, enquanto decorrência de crime cometido por pessoa física, violaria o princípio da pessoalidade ou intranscendência da pena¹⁵. Acrescentou que o Decreto Legislativo 231 também não ofenderia o princípio da culpabilidade, negando existir responsabilidade objetiva

13. *Idem*, p. 1876: “È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 5 d.lg. 8 giugno 2001, n. 231, sollevata con riferimento all’art. 27 Cost., poiché l’ente non è chiamato a rispondere di un fatto altrui, bensì proprio, atteso che il reato commesso nel suo interesse o a suo vantaggio da soggetti inseriti nella compagine della persona giuridica deve considerarsi tale in forza del rapporto di immedesimazione organica che lega i primi alla seconda”.

14. *Ibidem*, p. 1878: “...la persona fisica che opera nell’ambito delle sue competenze societarie, nell’interesse dell’ente, agisce come organo e non come soggetto da questo distinto; né la degenerazione di tale attività funzionale in illecito penale è di ostacolo all’immedesimazione. Il d. lgs. n. 231 del 2001 ha introdotto un *tertium genus* di responsabilità amministrativa, prevedendo un’autonoma responsabilità amministrativa dell’ente in caso di commissione, nel suo interesse o a suo vantaggio, di uno dei reati espressamente elencati nella Sezione III da parte di un soggetto che riveste una posizione apicale, sul presupposto che il fatto-reato è fatto della società, di cui essa deve rispondere”.

15. Bem antes da citada decisão, PULITANÒ sustentava ausente qualquer violação do princípio da pessoalidade: assinala, de partida, que o princípio foi pensado em relação ao ser humano, bem como que isto não conduziria a uma vedação da responsabilidade penal do ente, desde que possível fundar critérios de imputação “pessoal” do fato ao ente. Após, estabelece que a coerência lógica do ordenamento jurídico conduz à seguinte conclusão: “...una volta ammessa la possibilità ed opportunità di “creare” un autonomo centro d’imputazione di attività e di rapporti giuridici, la medesima logica che vale per l’imputazione all’ente dell’agire lecito di suoi “esponenti” (...) non può ragionevolmente non valere anche per l’imputazione del fatto illecito e delle sue conseguenze” – (... uma vez admitida a possibilidade e oportunidade de “criar” um autônomo centro de imputação de atividade e de relações jurídicas, a mesma lógica que vale para a imputação ao ente do agir lícito dos seus expoentes (...) não pode razoavelmente não valer também para a imputação do fato ilícito e das suas consequências – tn). Cfr. PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri d’imputazione*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2002, pp. 421 e 422, respectivamente. Parece ser a posição do STJ no RESP 610.114/RN, 5ª. Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJ 19.12.05, item 5 da ementa. De nossa parte, antecipamos que mesmo uma responsabilidade derivada de fato de terceiro, em relação ao ente, poderia ser estruturada, considerando justamente que o princípio da pessoalidade é voltado historicamente a pessoas físicas, enquanto garantia. Naturalmente que o evento deve conectar-se à pessoa jurídica de algum modo, incumbindo ao legislador desenvolver critérios. Mas não é preciso, em relação a este princípio, que o critério eleito derive em uma imputação de responsabilidade à pessoa jurídica autônoma e independente da pessoa física. O legislador possui, aqui, um vasto campo de eleição do modelo adequado às suas pretensões político-criminais.

atribuída ao ente coletivo, afirmando que a respectiva responsabilidade administrativa só poderia ser declarada diante de uma *culpa de organização*, derivada de não predispor “um conjunto de cuidados preventivos idôneos a evitar a realização dos crimes (...) a constatação de tal déficit organizativo permite uma reta e fácil imputação ao ente do ilícito penal realizado no seu âmbito operativo”¹⁶. A acusação deve demonstrar a existência e a imputação do crime em relação às pessoas físicas que o art. 5º do Decreto cita, bem como a ação no interesse do ente. Então, a responsabilidade se estende “por ricochete” do indivíduo ao ente “no sentido segundo o qual vão individualizados precisos canais que ligam teleologicamente a ação de um ao interesse do outro e, portanto, os elementos indicativos da culpa de organização do ente, que tornam autônoma sua responsabilidade”¹⁷.

É clara, aqui, a utilização da expressão *responsabilidade penal por ricochete* de uma maneira contrária à do STJ: enquanto este usa a expressão para falar de uma ausência de autonomia da imputação do fato ao ente¹⁸, por depender de decisão tomada por pessoa física, para a Corte de Cassação italiana, a prática pressuposta de crime por pessoa física não impede que se considere autônoma a responsabilidade do ente, já que aquela é mero órgão desta. Nestes termos – e no dizer da Corte de Cassação – é a própria pessoa jurídica que comete o fato, mediante um ser humano atuante como órgão seu.

Comentando o precedente, FRANCESCO VIGANÒ afirma que a Corte italiana oscilou entre dois modos de atribuir o fato ao ente: o primeiro, assentado na “teoria da identificação” ou imediação, que...

“...postula, pontualmente, uma relação de identificação entre o ente e a pessoa física que age – utilizando uma terminologia corrente no âmbito do direito civil – em nome e por conta do ente, empenhando diretamente o ente mediante conduta própria; de modo que a responsabilidade do ente, aqui, configura-se como responsabilidade direta pelo fato criminoso, que se considera por ele cometido, através do seu representante legal”¹⁹.

Nesta hipótese, o fato criminoso é diretamente realizado pelo ente, atuando a pessoa física como mero órgão seu²⁰. O processo pode ser movido contra a pessoa jurídica com exclusividade, sem litisconsórcio passivo com a pessoa física. São imputações autônomas aquelas feitas a uma e outra, segundo o sistema de imputação estabelecido pelo Decreto Legislativo 231. Citada autonomia também é assinalada por SCOLETTA, que acrescenta tratar-se de modelo em consonância com as diretivas comunitárias²¹.

16. *Ibidem*, p. 1878: “...un insieme di accorgimenti preventivi idonei ad evitare la realizzazione di reati del tipo di quello realizzato; il riscontro di un tale deficit organizzativo consente una piana e agevole imputazione all’ente dell’illecito penale realizzato nel suo ambito operativo”.

17. *Ibidem*, p. 1878: “tale accertata responsabilità si estende “per rimbalzo” dall’individuo all’ente collettivo, nel senso che vanno individuati precisi canali che colleghino teleologicamente l’azione dell’uno all’interesse dell’altro e, quindi, gli elementi indicativi della colpa di organizzazione dell’ente, che rendono autonoma la responsabilità del medesimo”.

18. Idêntica a postura da Corte de Cassação francesa no precedente citado por PALIERO (*Dalla vicarius liability alla colpevolezza d’impresa*, in *Studi in Onore di Mario Pisani*, Vol. III, Milano, sem ano, p. 439). No caso, empresa ferroviária foi condenada por crime omissivo culposo, em episódio ocorrido no interior de uma estação, sem que houvesse sido identificada a pessoa a quem imputar o erro na apreciação das fontes de perigo. Observa PALIERO que a Corte francesa reformou e absolveu a empresa, dizendo que para responsabilização do ente, “não releva o fato de que a sociedade devesse valorar os riscos através da própria função técnica e, conseqüentemente, adotar as relativas precauções”, sendo necessário, em todos os casos, que “as negligências sejam cometidas culpavelmente por sujeitos que revistam a qualidade de órgão ou de representante, responsáveis pelo específico risco concretizado”. O autor assinala, porém, esforços doutrinários e jurisprudenciais franceses para transformar o sistema de responsabilidade solidária, por ricochete, em sistema de imputação autônoma do fato ao ente, ao menos em seu aspecto subjetivo – culpabilidade, no esquema neokantiano de análise de crime adotado na França e Itália (op. cit., p. 440).

19. VIGANÒ, *I problemi sul tappeto a dieci anni dal D. Lgs. 231/2001*, Texto inédito, p. 9: “... postula, per l’appunto, un rapporto di immedesimazione tra ente e persona fisica che agisce per utilizzare una terminologia corrente in ambito civilistico in nome e per conto dell’ente, impegnando direttamente l’ente per il tramite della propria condotta; sicché la responsabilità dell’ente viene qui a configurarsi come responsabilità diretta per il fatto di reato, che si considera come commesso dall’ente attraverso il proprio legale rappresentante”.

20. EPIDENDIO-PIFFER, *La responsabilità degli enti per reati colposi*, in *Le Società – Mensile di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 12 (supplemento), dez/2011, p. 44, falam em “responsabilità per fatto proprio”.

21. SCOLETTA, *Obblighi europei di criminalizzazione e responsabilità degli enti per reati ambientali (Note a margine del d.lgs. n. 121/2011 attuativo delle direttive comunitarie sulla tutela dell’ambiente)*, in *Rivista Giuridica dell’Ambiente*, janeiro-2012, p. 33 (4.1, primeiro parágrafo). Na doutrina brasileira, avizinha-se da posição de SHECAIRA, *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, pp. 98-100, que ressalta haver uma realidade da pessoa jurídica, que impõe reconhecer-se uma ação institucional, enquanto equivalente funcional da conduta humana, dentro da qual reside uma vontade pragmática, que em nada se confunde com a vontade individual do agente praticante do fato. Também endossa – invocando literatura francesa – uma

O segundo modo de atribuir a infração ao ente, que teria sido invocado no *decisum* da Corte de Cassação, seria a “teoria da culpa de organização” do ente, que o responsabiliza...

“...pelo omissivo impedimento do crime cometido pela pessoa física (não interessando se em posição de poder ou subordinada), com base em uma reprovação de culpabilidade que se funda sobre a ausente adoção de medidas preventivas e organizativas idôneas a impedir a comissão dos crimes do tipo dos quais se verificaram”²².

Aqui, também há imputação ao ente independente da imputação feita à pessoa física. Porém, enquanto o fato é atribuído à pessoa física diretamente, a atribuição à pessoa jurídica dá-se porque não atuou para evitar a infração – sustenta VIGANÒ – em situação na qual lhe incumbia evitar a infração, mediante papel de garante. Há hipótese de comissão por omissão, também denominada omissão imprópria ou impura²³. Pontua, ao final, que o texto italiano se aproxima mais do segundo modelo que do primeiro²⁴, haja vista a efetiva exigência de culpa organizacional, centrada no defeito da atividade de direção ou vigilância que viabiliza o evento danoso. Esta exigência deriva, efetivamente, do art. 6º do Decreto Legislativo 231 de 2001.

Para além da efetiva mescla de modelos de atribuição de responsabilidade administrativa ao ente constatada no precedente da Corte de Cassação, interessa-nos que ambos *distançam-se* claramente do modo como o STJ imputa responsabilidade penal às pessoas jurídicas em crimes ambientais: a) a teoria da identificação, conquanto modelo de heteroresponsabilidade penal do ente coletivo (pois não prescinde da atuação de um ser humano), permite entender o fato como “praticado” pelo ente coletivo, através do ser humano atuante como órgão daquele; b) o apelo à culpa por defeito de organização é típico de modelos de autorresponsabilidade penal, de todo alheios à atuação da pessoa física. Pelo critério fixado no Brasil pelo STJ, o fato é atribuído à pessoa física, como obra dela²⁵. A partir daí, “respinga” na pessoa jurídica²⁶.

culpabilidade de empresa, resultante da comparação da posição dela com outras de mesmo tamanho e em idêntica situação.

22. VIGANÒ, *I problemi sul tappeto a dieci anni dal D. Lgs. 231/2001*, Texto inédito, p. 9: “postula, invece, una responsabilità in capo all’ente per omissivo impedimento del reato commesso dalla persona fisica (non importa se apicale o subordinata), sulla base di un rimprovero di colpevolezza che si fonda sulla mancata adozione di misure preventive e organizzative idonee ad impedire la commissione di reati del tipo di quelli verificatisi”.

23. VIGANÒ, *I problemi sul tappeto a dieci anni dal D. Lgs. 231/2001*, Texto inédito, p. 9: No segundo modelo, “... l’ente continui a rispondere per fatto proprio: consistente, però, non già nell’aver commesso il reato attraverso il proprio organo, bensì per l’appunto nell’omesso impedimento del reato da parte della persona fisica, secondo in fondo il medesimo modello che vige per l’imputazione dell’omesso impedimento di un reato altrui da parte di una persona fisica titolare di un obbligo giuridico impeditivo ex art. 40 comma 2 c.p. (si pensi alla madre che non impedisce che il proprio compagno abusi sessualmente del figlio)” (...o ente continua a responder por fato próprio: consistente, porém, não já em ter cometido o crime através do próprio órgão, mas pontualmente pelo omissivo impedimento do crime de parte da pessoa física, segundo no fundo o mesmo modelo que vige para a imputação do omissivo impedimento de um crime de terceiro de parte de uma pessoa física titular de uma obrigação jurídica impeditiva ex art. 40, parágrafo 2 CP (pense-se na mãe que não impede que o próprio companheiro abuse sexualmente do filho – tn).

24. PALIERO, *Dieci anni di ‘corporate liability’ nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell’evoluzione della legislazione e della prassi*, in *Le società – Mensile di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 12 (Supplemento), dez/2011, p. 8, entende que este é o modelo seguido pela lei italiana, quando define o “preceito” primário, na estrutura do tipo atribuível ao ente coletivo: “Preceito, a sua volta sostanzialmente definibile, in estrema sintesi, come obbligo (da sanzione presidiato) per la persona giuridica di impedire la commissione di uno specifico novero di reati da parte delle persone fisiche, in presenza del ‘doppio legame’ della funzionalità (e questo vale per l’autore del reato) e dell’interesse/vantaggio (e questo vale per il fatto di reato)” (Preceito a seu turno materialmente definível, em síntese, como obrigação (garancida pela sanção) para a pessoa jurídica de impedir a comissão de um específico número de crimes por parte das pessoas físicas, na presença do duplo vínculo da funcionalidade (isto vale para o autor do crime) e do interesse/vantagem (para o fato do crime). – td). Haveria, por conseguinte, um ilícito próprio do ente. Responde autonomamente enquanto centro de imputação da ação (op. cit., p. 9), dando-se responsabilidade pelo “omissivo impedimento do evento” (op. cit., p. 11), em concurso com a pessoa física (op. cit., 14). Na doutrina brasileira, apontando o concurso necessário entre a pessoa física e a jurídica, SHECAIRA, *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 168.

25. VIGANÒ, *I problemi sul tappeto a dieci anni dal D. Lgs. 231/2001*, Texto inédito, item 3.1, p. 9.

26. Imputar é atribuir algo a alguém como obra sua. No pensamento de IMMANUEL KANT (*Doutrina do Direito*, 2ª ed., São Paulo: Ícone, 1993, p. 42), contido na célebre Introdução à Metafísica dos Costumes: “A imputação (imputatio), em moral, é o juízo pelo qual se declara alguém como autor (causa libera) de uma ação, a qual toma o nome de fato (factum) e que está submetida às leis. Se esse juízo implica ao mesmo tempo em conseqüências jurídicas, derivadas desse fato, a imputação é jurídica (imputatio judiciária, s. válida) (...)”.

27. Remeta-se, ainda uma vez, à nota 15: o caminho adotado pelo STJ, ao menos à luz das balizas doutrinárias disponíveis, não é o único possível.

3
**A EXEGESE ITALIANA ACERCA DA
AUTONOMIA ENTRE OS CRITÉRIOS DO
INTERESSE OU VANTAGEM DO ENTE
PARA OS EFEITOS DO DECRETO
LEGISLATIVO 231
DE 2001**

a) as diferenças tangentes à abrangência subjetiva concernente às pessoas físicas:
b.1) para conduzir à responsabilidade administrativa do ente, o texto italiano reporta, além dos respectivos representantes, também pessoas que o dirigem e administram. Incluem-se *gerentes, diretores, enfim, gestores de modo geral*. O texto brasileiro exige que os representantes legais ou contratuais tomem a decisão. Assim, não se responsabiliza o ente coletivo, no Brasil, quando um gerente que não ostenta função de representação legal ou contratual, toma a decisão que implica na infração. Dá-se o reverso na Itália.

b.2) a norma italiana alcança a pessoa jurídica, penalizando-a administrativamente pela prática de crime cometido por *subordinados* aos ocupantes de cargos de direção, administração, representação, toda vez que estes dirijam ou vigiem aqueles. No Brasil, o âmbito é bem mais restrito: uma infração qualquer, praticada por subordinados ou empregados do ente coletivo, até poderá ser tomada em conta para responsabilizá-lo, *desde que tenham agido em cumprimento da decisão* dos representantes legais, contratuais ou membros do órgão colegiado. Assim, não basta provar que o empregado era vigiado ou dirigido por tais pessoas físicas, como na Itália: mais que isso, o órgão ministerial deverá demonstrar que os subordinados cumpriam a decisão das anteditas pessoas. Na Itália, parece bastante que o Ministério Público demonstre o vínculo de subordinação e os deveres de direção e vigilância que incumbiam ao superior hierárquico – naturalmente, deve estar entre estes deveres práticas que evitem a infração. Porém, o superior hierárquico, na Itália, não tem que tomar nenhuma decisão que gere a infração, como seu desdobramento.

Para além da abrangência subjetiva, cujo quadro comparativo foi traçado com brevidade nos itens a e b, acima, importa assinalar que, no Brasil, a Lei 9.605/98 não prevê qualquer culpa por defeito de organização como exigência para atingir a pessoa jurídica penalmente. Não há norma correlata à italiana, prevendo hipóteses de exoneração da responsabilidade da pessoa jurídica.

Tais comparações, tangentes à abrangência das normativas no que toca às pessoas físicas cujas atuações prévias condicionam o desate da responsabilidade administrativa derivada de crimes, na Itália, e das responsabilidades administrativa, civil e penal por crimes ambientais, no Brasil, não são – de toda maneira – o centro de pesquisa. O alvo é a definição do que constitui o *interesse ou vantagem do ente*, pela doutrina italiana, ao interpretar o Decreto 231 de 2001. Após, verificar a capacidade de rendimento destas definições para o entendimento do art. 3º da Lei 9.605/98, quando exige que a decisão que deságua na infração seja tomada “no interesse ou benefício” do ente coletivo.

Na Itália, não é pacífico se os critérios de interesse do ente coletivo, de um lado, e da sua vantagem, por outro, são autônomos entre si²⁷.

A autonomia veio afirmada pelo legislador, através da exposição de motivos da normativa. Após sublinhar que reproduzia os comandos da Lei 300 de 2000 (delegante) *ipsis literis* em relação à previsão dos critérios do interesse e da vantagem para o ente coletivo como condicionantes para sua responsabilização, adicionou:

“É caso de acrescentar, apenas, que a invocação do interesse do ente caracteriza num sentido marcadamente subjetivo a conduta delituosa da pessoa física, que ‘se contenta’ com uma verificação *ex ante*; ao contrário, a vantagem, que pode ser trazida para o ente ainda que a pessoa física não tenha agido no seu interesse, exige sempre uma verificação *ex post*”²⁸.

28. Uma ótima síntese da discussão foi efetuada por SCOLETTA, *Responsabilità ex crimine dell'ente e delitti colposi d'evento: la prima sentenza di condanna*, in *Le Società – Mensile di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 9, set/2010, pp. 1118-1121.

29. Disponível aqui. Acessado em 23 de janeiro de 2012. Segue o original: “È appena il caso di aggiungere che il richiamo all'interesse dell'ente caratterizza in senso marcatamente soggettivo la condotta delittuosa della persona fisica e che “si accontenta” di una verifica *ex ante*; viceversa, il vantaggio, che può

Porém, setores da doutrina, imediatamente à publicação do decreto, rebateram a *mens legislatoris*, aduzindo tratar-se de um critério único, sendo a vantagem mero reforço lingüístico do critério central, consistente no *interesse*²⁹. Invoca-se, também, o art. 5º, parágrafo 2º do Decreto, que permite o afastamento da responsabilidade do ente, ainda que obtenha *vantagem*³⁰, quando o fato é praticado “no interesse exclusivo próprio ou de terceiros”³¹. Desta maneira, os critérios devem assumir um “significado unitário, polarizado sob o conceito estável e produtivo de interesse: o ilícito se caracteriza (sobretudo) pela genética destinação meta-individual”³².

Todavia, SCOLETTA esclarece que, após, a Corte de Cassação confirmou a *mens legislatoris*, através do precedente de 20 de dezembro de 2005, número 3615, caso JOLLY MEDITERRANEO, através do qual se distinguiu “um interesse inicial da sociedade a um locupletamento – prefigurado, embora eventualmente não alcançado de fato – em consequência do ilícito, em relação a uma vantagem objetivamente obtida pelo êxito do crime, ainda que não expressamente vislumbrado *ex ante* pelo agente”, repetindo a orientação no precedente de 02 de outubro de 2008, n. 2808³³. Outros julgados também constroem a autonomia do critério do interesse em relação à vantagem ancorados no art. 12 do Decreto 231, quando prevê atenuante para a hipótese do crime cometido com interesse prevalente da pessoa física ou de terceiros – mas não exclusivo (caso que excluiria a responsabilidade do ente, cf. o já citado art. 5º, parágrafo 2º) – desde que não gere vantagem para o ente ou, uma vez gerada, que seja mínima³⁴. A previsão de pena reduzida para situações em que houve o interesse do ente (comungado com a pessoa natural) sem obtenção, por ele, de vantagem, evidenciaria a autonomia funcional do critério do interesse, profligada nestes precedentes jurisprudenciais³⁵. Em resumo, só o *interesse* da pessoa jurídica no crime permite seja punida mediante responsabilidade administrativa, independente de auferir vantagem. Esta, uma vez obtida, seria reforço probatório daquela. Assim, fica clara a autonomia do *interesse* em relação à vantagem.

Por fim, SCOLETTA, desenvolve raciocínio que evidencia a independência funcional da *vantagem* em relação ao interesse. Esta autonomia ou independência seria restrita a crimes culposos, no seu entender.

Sustenta que, quanto aos crimes dolosos, efetivamente o art. 5º, 2º não permite a punição da pessoa jurídica quando o interesse no crime for exclusivo da pessoa física ou de

essere tratto dall'ente anche quando la persona fisica non abbia agito nel suo interesse, richiede sempre una verifica ex post”.

30. PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2002, p. 425: “Credo sia preferibile interpretare i due termini come un'endiadi che addita un criterio unitario, riducibile ad un 'interesse' dell'ente inteso in senso obiettivo” (Creio seja preferível interpretar os dois termos como uma hendiade que aponta um critério único, redutível a um interesse no ente entendido no sentido objetivo. – tn)”

31. SCOLETTA, *Responsabilità ex crimine dell'ente e delitti colposi d'evento: la prima sentenza di condanna*, in *Le Società – Mensile di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 9, set/2010, pp. 1119, nota 8.

32. PALIERO, *Dieci anni di 'corporate liability' nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell'evoluzione della legislazione e della prassi*, in *Le società – Mensile di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 12 (Supplemento), dez/2011, p. 9: “...la ben possibile (...) divergenza di interessi fra persona ed ente funge da discriminante della responsabilità: l'interesse (esclusivo) della persona fisica libera l'ente da ogni responsabilità” (“...a bastante possível (...) divergência de interesses entre pessoa e ente produz distinção quanto à responsabilidade: o interesse (exclusivo) da pessoa física libera o ente de qualquer responsabilidade”).

33. SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo quale critério di ascrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006, p. 112: “Occorre dunque attribuire alla disposizione un significato unitario, polarizzato sul concetto stabile e pregnante di interesse: l'illecito si caratterizza (innanzitutto) per la genetica destinazione 'meta-individuale'”.

34. SCOLETTA, *Responsabilità ex crimine dell'ente e delitti colposi d'evento: la prima sentenza di condanna*, in *Le Società – Mensile di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 9, set/2010, pp. 1120-1121, nota 10. Segue o trecho do precedente, no original: “potendosi distinguere un interesse 'a monte' della società ad una locupletazione – prefigurata, pur se di fatto, eventualmente, non più realizzata – in conseguenza dell'illecito, rispetto ad un vantaggio obiettivamente conseguito all'esito del reato, perfino se non espressamentedivisato *ex ante* dall'agente”. No caso JOLLY MEDITERRANEO, a Corte Italiana textualmente rejeitou a ideia doutrinária da hendiade (soma de dois substantivos em um), chegando a reportar a impossibilidade gramatical desta figura retórica, que reclamaria a conjunção aditiva *e* entre as palavras interesse e vantagem, ao invés do disjuntivo *ou*. O precedente, acessado em 25 de janeiro de 2012, está disponível aqui.

35. EPIDENDIO-PIFFER, *La responsabilità degli enti per reati colposi*, in *Le Società – Mensile di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 12 (supplemento), dez/2011, p. 43, consideram que citado art. 12 conduz à prevalência do interesse sobre a vantagem.

36. SCOLETTA, *Responsabilità ex crimine dell'ente e delitti colposi d'evento: la prima sentenza di condanna*, in *Le Società – Mensile di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 9, set/2010, p. 1120.

terceiros, mesmo que obtenha vantagem: *a contrario sensu*, para ser punida, deve possuir interesse no crime. Este interesse pode ser exclusivo do ente, ou comungado com a pessoa natural ou terceiros. Já nos crimes culposos, “cuja realização podem prescindir completamente de uma específica intenção voltada à satisfação de um interesse de um sujeito (ou de uma pluralidade de sujeitos) particular”, estabelece-se “então, o terreno eleito para a operacionalidade (autônoma) do critério da vantagem”³⁶.

Na summa, os precedentes da Corte de Cassação, com papel de uniformização de jurisprudência na Itália, caminham pela afirmação da autonomia entre os critérios do *interesse* e da *vantagem*. A doutrina não é pacífica.

De nossa parte, assinalamos:

a) que o texto legislativo não contém palavras inúteis – critério tradicional de exegese – de modo que compreender a expressão *vantagem* como um reforço lingüístico da ideia de interesse não é razoável;

b) que o disjuntivo *ou* separa os critérios na redação do art. 5º, parágrafo 1º;

c) que a conjugação dos arts. 5º e 12 indica claramente a independência dos critérios;

d) que a ausência de norma que fale de um “mínimo” interesse do ente – simétrica àquela que faz menção à *vantagem* mínima, como circunstância atenuante – impõe concluir que o interesse “não tem peso” quando a *vantagem* é obtida, de modo que se torna duvidosa a multirepetida preponderância do interesse sobre a *vantagem*, enquanto critério, mesmo em crimes dolosos;

e) que a exegese do art. 5º, parágrafo 2º do Decreto 231 deve ser realizada no sentido de que só exclui a responsabilidade do ente quando *não incide a vantagem* e o *interesse* é exclusivo da pessoa física ou terceiros;

f) que o art. 5º, parágrafo 2º, do Decreto 231 indica que o *interesse* viabilizador da punição da pessoa jurídica pode ser exclusivo ou concorrente com a pessoa física, de modo a completar o art. 5º, parágrafo 1º, uma vez que este reporta “crimes cometidos no seu interesse [do ente]”, sem dizer se este interesse é exclusivo ou concorrente;

g) que o art. 5º, parágrafo 2º, exclui a responsabilidade do ente quando a pessoa física teve exclusivo interesse no crime e a *pessoa jurídica não obteve vantagem*, pois busca somente esclarecer o tipo de *interesse* que conduz à punição do ente (exclusivo deste ou concorrente com o interesse da pessoa física e/ou terceiros);

h) que esta conclusão, conducente à plena autonomia entre os critérios – valendo um ou outro para autorizar a responsabilidade do ente – apóia-se na própria Exposição de Motivos (*Relazione Governativa*), ao sustentar que “a *vantagem* (...) pode ser trazida para o ente também quando a pessoa jurídica não tenha agido no seu interesse”³⁷;

i) que a compreensão da *vantagem* como critério autônomo em relação ao interesse reforça-se, sobretudo, quando se percebe seu compasso e sintonia com a imputação de responsabilidade ao ente de modo direto, tendo como base a teoria da identificação (citada inclusive na exposição de motivos do decreto) integrada por imputação que evidencie déficit de organização – em que ente não cumpre função de garante;

j) que a *vantagem*, enquanto critério autônomo, não resulta em imputação derivada de uma “conseqüência (somente) eventual do ilícito”³⁸, pois não está isolada dos demais pressupostos de imputação, atinentes aos sujeitos (em posição de vértice ou

37. SCOLETTA, *Responsabilità ex crimine dell'ente e delitti colposi d'evento: la prima sentenza di condanna*, in *Le Società – Mensile di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 9, set/2010, p. 1120.

38. Ver a passagem do texto original, nota 33.

39. SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006, p. 115, ao defender a ausência de autonomia da *vantagem* como critério imputativo, parece isolá-lo de todo o contexto que, no mais, o artigo 5º exige para a imputação do fato ao ente. Isto fica claro quando sustenta a equivalência da atribuição de responsabilidade ao ente com “un reato in concorso a chi, ‘a valle’ della realizzazione del reato, si trovi soltanto nella posizione, meramente passiva, di avvantaggiarsi degli esiti dell’illecito, senza aver offerto alcun contributo” (“...um crime em concurso a quem, no fim da realização do crime, se ache somente na posição, meramente passiva, de tirar *vantagem* do êxito do ilícito, sem haver para ele contribuído”). Ora, o déficit organizacional, a atuação do agente ligado ao ente nos termos do art. 5º e a incidência de crime-antecedente catalogado na normativa para atingir o ente é o *quantum satis* para permitir conclusão de que o ente “contribuiu” para o evento.

subordinados sob direção ou vigilância), ao catálogo de crimes antecedentes e ao déficit organizacional (art. 6º).

Aqui, é importante uma reflexão. De fato, não defendemos que o só-fato de o ente obter vantagem fortuita determine que seja responsabilizado. Os demais critérios previstos no Decreto 231 servem como autênticas mecânicas de *restrição* da responsabilidade, quando o ente obtém vantagem fortuita.

Quanto à restrição operada pelo catálogo *numerus clausus* da normativa, vale evidenciar que está absolutamente inclinada para o âmbito da criminalidade econômica, preventiva de ofensas ao bem jurídico ordem econômica. Ainda quando se desdobra em figuras pluriofensivas, como a tutela da vida e da integridade física (art. 25, *septies*), fá-lo conectada com normas de segurança do trabalho. Então, o catálogo de crimes já anuncia a conexão com entes coletivos – em particular, com o universo corporativo empresarial.

Este estreitamento, todavia, não basta. Surgem, por isso, dois outros estreitamentos da responsabilidade, quando a vantagem é fortuita em favor do ente. Primeiro: quando o texto de lei menciona que as pessoas físicas devem estar em posição de vértice no âmbito da pessoa jurídica, exigindo estarem investidas de funções de representação, de administração ou direção do ente ou de suas unidades organizativas, ainda que de fato, com gestão e controle delas, não se trata de uma mera exigência de forma. No conteúdo material, esta exigência coliga a pessoa ao ente (o mesmo em relação as hipóteses de crimes praticados por subalternos). Assim, ainda que cometa o fato por puros e exclusivos interesses pessoais, a pessoa física deve fazê-lo no âmbito *material* de pessoa em posição de comando. Isto é, valer-se desta posição. No exemplo, se uma pessoa física vale-se da posição de comando em um ente para praticar um estelionato vitimando o Estado, com interesses exclusivamente pessoais e, de modo fortuito produz vantagem em favor do ente, a *conexão* com o ente está estabelecida. O âmbito organizativo facilitou o crime que – para além, rendeu inusitada e inesperada vantagem para o ente. É o bastante para responsabilizá-lo³⁹.

Sustentam EPIDENDIO e PIFFER que o *interesse* do ente configura-se toda vez que se possa considerar “que o sujeito em posição qualificada no ente, por força desta, seja destinatário do preceito penal e da norma cautelar (pense-se no titular da posição de garantia), enquanto voltados à atividade da empresa e, portanto, uma atividade desenvolvida pela pessoa física na sua veste qualificada no interior do ente e não a título pessoal”⁴⁰. De acordo! Porém, este argumento define antes o *contexto material* exigido pelo art. 5º quanto às pessoas físicas do que o *interesse*. Interesse seria a idoneidade do crime para render algo em favor do ente, a partir da ação de pessoas neste contexto.

Até porque, no limite, haverá uma terceira restrição: se, nesta situação, o ente demonstrar que não operou com *déficit* de organização (não se discute aqui a questão da inversão do *onus probandi*), será exculpado e não sofrerá responsabilidade. Se o fato praticado no exclusivo interesse da pessoa física é tão descontextualizado do âmbito organizacional (o que é difícil, desde que o agente deve usar de sua posição de comando ou vértice) que o modelo organizativo, mesmo preenchidos os requisitos do art. 6, parágrafo 2º, não tem como impedir, a imputação descabe por forçar exageradamente o

40. O precedente da Corte de Cassação, seção VI, de 23 de junho de 2006, n. 32.627/2006, caso LA FIORITA (apud EPIDENDIO-PIFFER, *La responsabilità degli enti per reati colposi*, in *Le Società – Mensile di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 12 (supplemento), dez/2011, p. 40) exclui a atribuição de responsabilidade quando há vantagem fortuita obtida pelo ente quando não conducente ao ente ou atribuível à sua “vontade”, por faltar identidade orgânica entre o agente física e o ente coletivo. Aquele não agiu nem parcialmente no interesse do ente. Porém, a prática da ação *no contexto* de posição de comando é suficiente à atribuir responsabilidade ao ente pelo critério da identificação. Daí é que se reconduz o fato ao ente coletivo.

41. EPIDENDIO-PIFFER, *La responsabilità degli enti per reati colposi*, in *Le Società – Mensile di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 12 (supplemento), dez/2011, p. 44: “...l’interesse dell’ente è infatti configurabile ogni qual volta possa ritenersi che il soggetto in posizione qualificata nell’ente, proprio per tale sua posizione, sia destinatario del precetto penale e della norma cautelare (si pensi ad esempio al titolare della posizione di garanzia), in quanto essi riguardano l’attività di impresa e, quindi, un’attività svolta dal soggetto persona fisica nella sua veste qualificata all’interno dell’ente e non a titolo personale”.

âmbito de alcance da norma contida no art. 6º. Afinal, a exigência de modelos organizacionais impeditivos do fato é desenhada para o contexto de atuação do ente. A vantagem fortuita auferida fora dos contextos para os quais se exigem instâncias organizacionais de controle “idôneas a prevenir crimes” (art. 6º, a) não conduz à imputação de responsabilidade ao ente. Como parâmetro, invoca-se o critério de imputação objetiva de CLAUS ROXIN, segundo o qual só se imputa um fato a alguém se a norma violada tinha por meta evitar o tipo de lesão causado. Diz:

“Com a realização de um perigo não coberto pelo risco permitido se dá em regra geral a imputação ao tipo objetivo. Sem embargo, cada vez se impõe mais a opinião de que, apesar disso, ainda assim pode fracassar a imputação quando o alcance do tipo, o fim de proteção da norma típica (ou seja, da proibição de matar, lesionar, danificar, etc.), não abarque resultados do tipo dos produzidos, em que o tipo não está destinado a impedir tais acontecimentos”⁴¹.

Mutatis mutandis – e ciente das diferenças entre os modelos de imputação de fatos aos seres humanos, no marco do tipo objetivo e, dentro dele, da teoria da imputação objetiva, por um lado, comparado aos critérios de responsabilidade do ente arrolados pelo Decreto 231 – o art. 6º desenha um modelo de organização voltado a impedir crimes dentro de um contexto. Se o evento está fora deste contexto, ainda que produza vantagem fortuita para o ente, não ocorrerá a responsabilidade.

Como se vê, o critério da vantagem pode operar autonomamente, sem que isto implique em responsabilizar o ente pela obtenção de vantagens fortuitas.

k) que não há qualquer lesão ao princípio da culpabilidade, no aspecto em que coincide com a ideia de responsabilidade subjetiva⁴², tanto pelo endosso do que sustentou a Corte de Cassação, em decisão acima colacionada⁴³, como pelo fato de que a vedação de responsabilidade objetiva pura no direito penal ocidental resulta da progressiva valorização do *ser humano* (e não de pessoas jurídicas). Aqui, impende um desenvolvimento mais amplo.

Esta valorização inicia-se numa perspectiva teocêntrica cristã medieval, na qual a subjetividade humana é valorizada a partir do conceito de livre arbítrio (não há uma pura predestinação divina). Mediante o livre-arbítrio, o homem pode agir de modo virtuoso ou pecador. Após, superada a Idade Média e o correlato paradigma teocêntrico, o modelo cartesiano, em que o *cogito* antecipa a plena valorização da autonomia humana e de seu pensamento, finca as bases da Modernidade e do correspondente antropocentrismo. Tal movimento histórico resulta em necessário respeito aos aspectos anímicos, subjetivos e psíquicos do homem. Por isso, veda-se uma responsabilidade objetiva pura para o direito penal dirigido aos seres humanos. Trata-se de cimentada superação de alguns modelos da antiguidade, que se escoravam na responsabilidade objetiva.

Estes modelos excogitavam a importância da vontade humana porque construídos a partir de uma cosmovisão que atribuía a regência de tudo o que ocorria no mundo a divindades, de maneira que todos os acontecimentos eram revelação de vontades divinas, incumbindo ao homem interpretá-las em cada fato. Destas interpretações resultava, não raro, a imposição de sanção penal por um resultado conectado ao ser humano de modo

42. ROXIN, *Derecho Penal – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Trad. Diego Manuel Luzón-Peña, Miguel Dias y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal da 2ª ed. alemã, Parte general, tomo I, Madrid: Ed. Civitas, 1997, p. 386-387.

43. Não se perca de vista que o princípio tem três acepções materiais: a) exigência de responsabilidade subjetiva para imposição de reações penais; b) sinônimo de censurabilidade ou reprovabilidade ao agente, que agiu de modo ilícito quanto possuía dirigibilidade de conduta, atribuída pela norma, no conhecido critério de ROXIN (*Derecho Penal – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Trad. Diego Manuel Luzón-Peña, Miguel Dias y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal da 2ª ed. alemã, Parte general, tomo I, Madrid: Ed. Civitas, 1997, p. 807) c) exigente de proporcionalidade na reação punitiva, aspecto sobremaneira voltado ao legislador, quando da elaboração dos preceitos secundários dos tipos e, fundamentalmente, aos magistrados, quando da aplicação da pena (no Brasil, é o sentido da expressão “culpabilidade” contida no art. 59, CP).

44. Corte di Cassazione n. 27735, de 18 de fevereiro de 2010.

exclusivamente físico, causal ou naturalístico (heteronomia divina). Nestes ambientes, a vontade humana pouco importava, impondo-se modelos de responsabilidade objetiva.

Conclui-se que a pessoa jurídica *nunca interessou ao desenvolvimento do princípio da culpabilidade*, no aspecto da vedação da responsabilidade penal objetiva. As pessoas jurídicas são estranhas à concreta historicidade do princípio da culpabilidade. Neste sentido, ainda que tomando em conta o princípio citado no seu aspecto processual (certeza de culpa), bem adverte PULITANÒ: “Longe de representar a garantia de certeza da ação, como o princípio da culpabilidade pretende ser, a tese que nega na raiz a capacidade de culpabilidade das pessoas jurídicas é suporte ideológico de pretensões de injustificado privilégio”⁴⁴.

É evidente que o direito penal deve ter limites em relação aos efeitos que prevê para as pessoas jurídicas. Porém, não se pode fazer, *tout court*, um transporte dos limites de atuação estatal penal, consolidados como princípios de contenção do poder de punir, construídos em favor da proteção de seres de carne e osso, para entes coletivos, tanto se reputados *fictio juris* como se tomados enquanto realidade (funcionando a pessoa física como mero órgão). Veja-se que o ente coletivo não é um ser moral, de modo a falar-se de uma subjetividade similar à do ser humano. Para este foi criado o princípio da culpabilidade. Para a pessoa jurídica, podem ser pensados – e desde que necessários ao funcionamento de uma teoria analítica do crime como sistema de imputação – equivalentes funcionais. A extensão dos princípios protetivos do ser humano, em direito penal, para a pessoa jurídica deve ser repensada.

Enfim, havendo vantagem para o ente, o art. 5º, parágrafo 2º não opera como mecanismo de afastamento da responsabilidade.

Estende-se a possibilidade de atingir-se o ente coletivo quando obtém *vantagem* com o crime, independentemente de dar-se um exclusivo interesse da pessoa física ou de terceiros, também nos crimes dolosos. É a maneira mais plena de o critério da *vantagem* ter autonomia substancial, ultrapassando a estreita faixa dos crimes culposos.

Se o fato ocorrer no interesse do ente, ainda que sem vantagem para ele, a exigência legal está preenchida e permite a respectiva responsabilização administrativa, derivada de crime. Se o fato se der com vantagem para o ente, mas sem seu interesse, de igual modo a exigência do Dec. Leg. 231 foi satisfeita. Vê-se que não são critérios cumulativos. Um ou outro bastam à imputação.

4

A EXEGESE ITALIANA ACERCA DA DEFINIÇÃO DOS CONTORNOS DO INTERESSE OU VANTAGEM PARA O ENTE PARA OS EFEITOS DO DECRETO LEGISLATIVO 231 DE 2001

Impede, agora, definir o que são e quando incidem interesse e vantagem.

De partida, fixe-se – pela letra do artigo 5º – que o crime deve ser praticado no interesse ou vantagem do ente.

A doutrina italiana divide-se quanto ao modo de compreender o que é e quando há o interesse do ente. Uma corrente sustenta que o interesse deve ser *objetivamente* constatado⁴⁵: independente dos fins da pessoa física, o crime é no *interesse* do ente coletivo quando se mostra *apta* para beneficiá-lo. O interesse seria a “qualidade que caracteriza a conduta idônea a produzir um benefício para o ente”, não se confundindo com “o dolo específico do autor do crime”, na precisa definição de EPIDENDIO e PIFFER⁴⁶. As formas de benefício são inúmeras, girando em torno da redução de custos ou incremento de ganhos. Estes benefícios têm que ser projetáveis *ex ante factum*, a partir da aptidão do comportamento criminoso para produzi-los. O fato de, *ex post factum*, não ocorrerem os benefícios, desserve ao afastamento do critério, de modo a afirma-se, ainda assim, o *interesse* do ente. Poder-se-ia definir o interesse, por este critério, como a objetiva

45. PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2002, p. 423.

46. Por exemplo, PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2002, p. 425.

47. EPIDENDIO-PIFFER, *La responsabilità degli enti per reati colposi*, in *Le Società – Mensile di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 12 (suplemento), dez/2011, p. 36.

aptidão, *ex ante factum*, que um comportamento criminoso tem para produzir benefícios, de qualquer natureza, em favor do ente.

Outra corrente compreende o interesse como critério essencialmente *subjetivo*: a *finalidade do agente, pessoa física, orientada ao benefício da pessoa jurídica* seria necessária para o reconhecimento de que o crime foi praticado no interesse do ente. Também se trata de um critério cuja avaliação se antepõe ao evento: retrotrai-se ao momento da formação dos fins na mente da pessoa física que cometeu o fato. Quando, *ex ante factum*, a pessoa física (elencada no art. 5º do Decreto 231) visou produzir com seu comportamento criminoso benefícios para o ente coletivo, enquanto *meta optata*, incide o interesse requerido pela norma para a imputação da responsabilidade administrativa derivada de crime à pessoa jurídica. Nestes termos, o conceito de interesse seria o fim, estabelecido de antemão e subjetivamente pela pessoa física, de alcançar benefícios para o ente mediante um comportamento criminoso. É expressamente a compreensão do legislador, segundo a *Relazione Governativa* já citada (v. nota 33).

Não obstante a exposição de motivos, a primeira corrente é mais adequada. Se o interesse fosse conectado à pura subjetividade da pessoa física, conclui acertadamente SELVAGGI, teriam “relevo: a associação, objetivamente indemonstrável, do crime ao interesse coletivo; bem como a associação do crime a um interesse ‘fantasiado’ [imaginado] como coletivo (sem em realidade sê-lo). Em todos estes casos, faltaria, todavia, uma forma de reconhecimento exterior do fato como cometido no interesse do ente e o conteúdo do critério de imputação viria exposto a graves ‘empobrecimentos’⁴⁷. Assim, é adequado compreender-se o interesse no sentido objetivo: não se verifica só a finalidade da pessoa física e sua integração com os interesses da empresa, mas também se a ação pretendida pela pessoa física efetivamente é capaz de render em favor do ente, no plano perspectivo (*ex ante factum*).

Ademais, quanto mais se reforça a tendência doutrinária e jurisprudencial na direção de afirmar a autorresponsabilidade penal do ente coletivo, em detrimento dos modelos de heterorresponsabilidade penal (por ricochete ou por identificação), mais inviável fica a sustentação de que o interesse deriva da *subjetividade do ser humano praticante do fato*. O critério subjetivo em modelos de autorresponsabilidade apresenta-se inviável.

Tem-se reconhecido, na jurisprudência italiana, o interesse do ente coletivo ainda que o crime seja culposos⁴⁸. O Decreto 231 atribuiu ao ente responsabilidade derivada de crimes cometidos com violação das normas concernentes à tutela da saúde e segurança do trabalho que resultem em lesões ou homicídio culposos do trabalhador (art. 25 *septies*). Também a atribui quando o delito pressuposto constitui contravenção penal ambiental admissível de imputação culposa. Os primeiros crimes são materiais; os últimos, de mera atividade. Quanto a estes últimos, nenhuma dificuldade. Porém, quanto aos crimes culposos materiais (exigentes de resultado naturalístico), a jurisprudência italiana recentemente superou a questão de haver incompatibilidade entre o *interesse* do ente e o evento danoso. Aventava-se que o resultado morte jamais seria expressão de interesse do ente, de modo que a responsabilidade da pessoa jurídica não teria como incidir, já que – nos crimes materiais – o resultado faz parte do evento criminoso e este, *por inteiro*, deve se dar no interesse da pessoa jurídica.

48. SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006, p. 125: “Se così fosse, avrebbero teorica-mente rilievo: l'associazione, oggettivamente improbabile, del reato all'interesse collettivo; nonché l'associazione del reato ad un interesse 'fantasticato' come collettivo (senza in realtà esserlo). In tutte queste situazioni, mancherebbe, però, una sorta di riconoscibilità esteriore del fatto come commesso nell'interesse dell'ente ed il contenuto del criterio di imputazione verrebbe esposto a gravi 'impoverimenti'”. No mesmo sentido, SCOLETTA, *Responsabilità ex crimine dell'ente e delitti colposi d'evento: la prima sentenza di condanna*, in *Le Società – Mensile di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 9, set/2010, p. 1121.

49. EPIDENDIO-PIFFER, *La responsabilità degli enti per reati colposi*, in *Le Società – Mensile di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 12 (supplemento), dez/2011, p. 36, arrolam alguns: Tribunal de Trani, seção de Molfetta, 26 de outubro de 2009; Tribunal de Torino, seção de Pinerolo, 23 de setembro de 2010; Tribunal de Novara, 01 de outubro de 2010; Tribuna de Cagliari, 04 d julho de 2011.

O precedente do Tribunal de Trani-Molfetta, de 11 de janeiro de 2010, afastou este raciocínio, afirmando que se deve verificar “somente se a *conduta* que determinou o evento morte ou as lesões pessoais tenha sido ou não determinada por escolhas imbricadas objetivamente na esfera de interesse do ente ou se a citada conduta ao menos gerou-lhe um benefício sem aparentes interesses exclusivos de outros”⁴⁹. Noutros termos, o precedente separa a conduta do resultado naturalístico – evento de morte ou de lesões –, descarta-o e, detendo-se pontualmente sobre a conduta, avalia se está alinhada com os interesses do ente ou redundando em vantagem para ele (no caso, a vantagem não foi considerada elemento autônomo, de forma que o art. 5º, 2º, no dizer da Corte, afastaria a imputação da responsabilidade ao ente). A conduta, para a espécie típica do art. 25, *septies*, deve violar normas cautelares de segurança do trabalho.

É correto o precedente. Afinal, nos crimes culposos, os fins não são coincidentes com o resultado. Embora não seja um requisito do crime culposos⁵⁰, em regra o fim é mesmo lícito – e fins lícitos certamente estão integrados no panorama de interesses do ente, servindo aos crimes culposos. Por isso, não importa o resultado para verificar se o fato foi no interesse da empresa, quando o crime culposos é material. Assim, sendo o *interesse* objetivo, os fins devem pretender gerar benefício: o mau uso de meios adequadamente escolhidos – ou a má escolha dos meios – para obter o fim é que causa o evento.

Por outro lado, na perspectiva finalista do crime culposos como manifestação de puro desvalor de ação⁵¹ (integrando-se o resultado ao crime, eventualmente, como mero *fator de azar*) ou, na perspectiva do funcionalismo sistêmico, pós-finalista, centralizando a imputação na quebra do papel social (o que também conduz a um direito penal de desvalor de ação), com mais razão verificar-se-ia o *interesse* objetivo da empresa tomando-se em conta só a conduta, e não o resultado físico por ela gerado⁵².

Ressalve-se que nos crimes dolosos, tudo muda: a ilicitude aparece como móvel daquilo que, *ex ante*, apresenta-se com capacidade de rendimento em prol do ente coletivo, de modo a não integrar-se dentre os fins lícitos a que se propõe a estrutura organizacional.

Já a vantagem, para a literatura e jurisprudência italianas – *quando admite a autonomia entre os critérios* – seria verificada quando o fato criminoso, já consumado, redundasse em benefícios econômicos de qualquer tipo para o ente, objetivamente constatados⁵³. Portanto, a análise da vantagem é objetiva e – distinguindo-se daquela relativa ao interesse – realizar-se-ia *ex post factum*⁵⁴. Então, define-se vantagem como um benefício objetivo obtido pelo ente coletivo, procedente do crime, constatado após sua

50. No original: “dovendosi di volta in volta accertare solo se la condotta che ha determinato l’evento la morte o le lesioni personali sia stata o meno determinata da scelte rientranti oggettivamente nella sfera di interesse dell’ente oppure se la condona medesima abbia comportato almeno un beneficio a quest’ultimo senza apparenti interessi esclusivi di altri” (apud EPIDENDIO-PIFFER, *La responsabilità degli enti per reati colposi*, in *Le Società – Mensile di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 12 (supplemento), dez/2011, pp. 38-39).

51. Afinal, se o crime culposos resulta da criação de risco proibido para o bem jurídico alheio (ou quebra de cuidado objetivo devido, num viés mais tradicional), no bojo de uma atividade que almeja um fim qualquer, este pode até mesmo ser ilícito (um ladrão que furta vinhos de um porão e, pela pressa, deixa aberta a respectiva porta, com saída para um pátio contíguo a um colégio, vindo uma criança a cair pelo espaço e quebrar o braço, responde pelo furto na modalidade dolosa e pelas lesões culposamente). Aqui, dá-se crime culposos com fins ilícitos. Ressalve-se que não é a regra.

52. ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, 6ª ed., Buenos Aires: Ediar, 1996, p. 346. Atualmente, o autor não endossa mais o finalismo, construindo seu sistema a partir da função de redução do poder punitivo em favor da abertura de espaços para um estado de direito (funcionalismo redutor).

53. Vale o comentário feito há muito por MUÑOZ CONDE, *Teoria Geral do Delito*, Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 1988, p. 21: “Ao realizar-se no exterior, a ação sempre modifica alguma coisa, produzindo um resultado. Mas este resultado não é parte integrante da ação. Existe uma tendência doutrinária em considerar a ação manifestada como um resultado, o que constitui, porém, confusão entre a manifestação de vontade, e resultado, como consequência externa derivada da manifestação da vontade e as modificações que se produzem no mundo exterior como consequência daquela manifestação. Não é a mesma coisa ‘o produzir’ e ‘o produzido’”.

54. SCOLETTA, *Responsabilità ex crimine dell’ente e delitti colposi d’evento: la prima sentenza di condanna*, in *Le Società – Mensile di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 9, set/2010, p. 1120. Para este pesquisador, a vantagem teria autonomia exclusivamente em relação aos crimes culposos, coligada à conduta (não ao resultado naturalístico), dando-se *ex post* e objetivamente (vide, a propósito, notas 38 e 40).

55. VIGANÒ, *I problemi sul tappeto a dieci anni dal D. Lgs. 231/2001*, Texto inédito, item 2.3, p. 7. O antedito precedente 2808, caso JOLLY MEDITERRANEO, da Corte de Cassação, sez. II, de 20 de dezembro de 2005 (apud SCOLETTA, *Responsabilità ex crimine dell’ente e delitti colposi d’evento: la prima sentenza di condanna*, in *Le Società – Mensile di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 9, set/2010, p. 1119), deixa claro que a vantagem é auferida objetivamente e *ex post factum*, ao contrário do interesse, manifesto *ex ante*. Disponível aqui, acessado em 25 de janeiro de 2012.

5

O APROVEITAMENTO NO BRASIL DA INTERPRETAÇÃO ITALIANA ACERCA DA AUTONOMIA E DEFINIÇÃO DOS CRITÉRIOS DO INTERESSE E DA VANTAGEM

realização⁵⁵. No caso dos crimes culposos de evento (materiais), a vantagem igualmente cinge-se à conduta. Objetivamente, e *ex post factum*, o comportamento em que se dá quebra do dever objetivo de cuidado é vantajoso para o ente enquanto “abatimento dos custos inerentes à atuação de medidas anti-infortunistas”⁵⁶.

As conclusões ora desenvolvidas são plenamente aplicáveis ao texto do art. 3º da Lei 9.605/98. Por um lado, a lei brasileira reproduz critérios similares; por outro, não possui obstáculos semelhantes àqueles que setores da doutrina italiana opõem à autonomia entre os critérios.

Quando ao primeiro aspecto: a lei brasileira condiciona a responsabilidade administrativa, civil e penal da pessoa jurídica, em matéria de crimes ambientais aos “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”. O critério do interesse é textual na lei peninsular. Já o benefício é similar à vantagem, permitindo discussão acerca de tratar-se exclusivamente de benefício financeiro ou de outro gênero.

Em relação a este aspecto, deriva da conjugação do art. 3º com o art. 15, inciso II, alínea a, ambos da Lei 9605/98 a seguinte interpretação sistemática: se este prevê que como agravante o cometimento da infração para obtenção de *vantagem pecuniária*, percebe-se que o agente pode ser movido pela pretensão de outras vantagens. Isto serve como indicativo de que o benefício (ou vantagem) auferido pela pessoa jurídica, citado no art. 3º, não fica cingido àquela pecuniária. E – de fato – uma destruição de floresta em área de preservação permanente (crime previsto no art. 38 da Lei 9.605/98) para a extensão de um vestiário da empresa, por exemplo, visando maior conforto para os operários, não conduz à direta vantagem pecuniária. No entanto, trata-se de fato praticado no benefício da empresa, considerado o bem-estar dos empregados como fator motivacional positivo para o trabalho. Assim, é válido qualquer tipo de interesse ou benefício. Ajusta-se ao direito brasileiro a lição de PULITANÒ: “Não é exigido pela lei, embora seja o normal, que o interesse ou a vantagem tenham um imediato conteúdo econômico”⁵⁷.

Voltando aos requisitos: também no Brasil, o legislador coloca-os em bases alternativas – interesse ou benefício⁵⁸. Daí deriva que a ausência de palavras inúteis no texto – critério de exegese já utilizado para entender o Decreto 231 – demande a caracterização de ambos como permissivos autônomos, não cumulativos, de imputação de responsabilidade. De outra parte, inexistente qualquer dispositivo na Lei 9.605/98 similar ao art. 5º, parágrafo 2º do Decreto 231. No panorama brasileiro, o esteio de argumentação empregado pelos autores que descartam a autonomia entre os critérios não encontra similar.

Neste contexto, conclui-se que a decisão de cometer a infração ambiental, no Brasil, conduzirá à responsabilidade da pessoa jurídica: a) se houver interesse e benefício para ela; b) se houver interesse dela, exclusivo ou comungado com o interesse pessoal das pessoas físicas responsáveis pela tomada de decisão (representantes legais, contratuais ou

56. O antedito precedente 2808, caso JOLLY MEDITERRANEO, da Corte de Cassação, sez. II, de 20 de dezembro de 2005 (apud SCOLETTA, *Responsabilità ex crimine dell'ente e delitti colposi d'evento: la prima sentenza di condanna*, in *Le Società – Mensile di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, n. 9, set/2010, p. 1119), deixa claro que a vantagem é auferida objetivamente e *ex post factum*, ao contrário do interesse, manifesto *ex ante*. O precedente está disponível em http://www.personaedanno.it/attachments/allegati_articoli/AA_003504_resource1_orig.pdf. Acessado em 25 de janeiro de 2012.

57. MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale*, 4ª ed., Milano, 2012, p. 703: “In altri termini, va cioè accertato in concreto se il soggetto abbia agito per conto dell'ente attraverso 'sistematiche violazioni di norme cautelari', con conseguente abbattimento dei costi inerenti all'attuazione di misure antinfortunistiche”.

58. PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2002, p. 426. Neste sentido, na doutrina brasileira: VIVIANI, *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: aspectos controvertidos no direito brasileiro*, Curitiba: Juruá, 2009, p. 115; PRADO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações*, in PRADO-DOTTI, *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica – Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*, 2ª ed., São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2009, p. 151.

59. SIRVINSKAS, *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica na Lei 9.605/1998*, in PRADO-DOTTI (Org), *Doutrinas Essenciais – Direito Penal Econômico e da Empresa*. vol. 1 – Teoria Geral da Tutela Penal Transindividual, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais (Edições especiais Revista dos Tribunais 100 anos), 2011, p. 1058.

membros do órgão colegiado), ainda que não obtenha qualquer benefício; c) se obtiver algum benefício, ainda que a decisão não tenha sido tomada no seu interesse⁵⁹, mas no interesse exclusivo das pessoas físicas nominadas no art. 3º.

Quanto aos contornos da ideia de interesse da pessoa jurídica, o art. 3º impõe que a expressão seja conectada com a *decisão* do representante legal, contratual e dos membros do órgão colegiado: nestes termos, a *decisão* tomada *no interesse* do ente constitui o pressuposto para a atribuição de responsabilidade penal pela prática de crimes ambientais. Ora, a tomada da decisão conducente à infração dá-se no início da prática delitiva. Assim, a avaliação de se a decisão atinente à prática da infração foi tomada no interesse do ente coletivo efetivamente naturalmente deve ser averiguada *ex ante factum*. Por outro lado, a decisão da prática da infração – e não a infração (como na Itália) – deve ser idônea objetivamente à produção de rendimento de qualquer natureza.

Mesmo nos crimes culposos – e a legislação ambiental brasileira prevê alguns (v.g., arts. 38, 38-A, dentre outros) – é possível a responsabilidade penal do ente coletivo, desde que se evidencie que, *ex ante*, a decisão tomada pelas pessoas físicas, cujo mau emprego de meios, ou má eleição dos mesmos, resultou em incidência típica culposa, deu-se com fins coordenados com o interesse da empresa⁶⁰. Assim, se a empresa está instalada em terreno que contém, parcialmente, área de preservação permanente, a tomada de decisão de ampliar o estacionamento, por exemplo, apresenta fim coligado aos interesses do ente coletivo (e – já foi dito –, não necessariamente pecuniários). Se, para tanto, os meios forem empenhados de modo a, inadvertida e descuidadamente, atingir-se floresta em formação que integrava a parcial área de preservação contida no terreno do ente, afirmar-se-á a respectiva responsabilidade penal. Note-se que a decisão pela *conduta* que se revela criadora de risco além do permitido, pelo modo como realizada – ou conducente à quebra do cuidado objetivo devido – é determinante do preenchimento do pressuposto para responsabilizar o ente, e não o resultado naturalístico que, por infortúnio, sobrevém⁶¹. Inadequada, nestes termos, a conclusão do TRF da 2ª Região, 5ª Turma, que trancou ação penal movida contra a Petrobrás S/A em caso de vazamento de óleo na Baía da Guanabara, mediante o raciocínio de que “tratando-se de acidente que em nada beneficiou a pessoa jurídica, não há justa causa para a ação penal”. É evidente que o resultado de vazamento de óleo, ofensivo ao ambiente, não está ligado ao interesse da empresa – que justamente quer beneficiar e⁶² comercializar o óleo, e não dispersá-lo no ambiente. Porém, a decisão determinante da infração, consistente em *extrair* o óleo, atende objetivamente, *ex ante*, o interesse da empresa. E o mau uso dos meios para tanto, v.g., utilização de material inadequado para o desgaste local, mau treinamento ofertado aos operadores, etc., produz a consequência concomitante eventual da derrama de óleo.

A defesa deve criar dúvida razoável de que o resultado adveio de caso fortuito, em situação de imprevisibilidade objetiva por parte dos representantes legais/contratuais ou membros do órgão colegiado quando da tomada da decisão tangente à exploração do óleo e dos meios que seriam usados para tanto, para além de descaracterizar os demais

60. VIVIANI, *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: aspectos controvertidos no direito brasileiro*, Curitiba: Juruá, 2009, p. 116, assinala que se a pessoa física comete o fato no interesse próprio, o ente coletivo fica isento de vantagem, após discernir interesse e vantagem, em posição aparentemente diversa da ora defendida. Todavia, não comenta acerca da autonomia ou não entre os critérios, tampouco sobre o tratamento das situações em que o interesse é cumulado entre o ente e a pessoa física.

61. Contra, entendendo difícil configurar-se a responsabilidade do ente por crime culposos, PITOMBO, *Denúncia em face da pessoa jurídica, na perspectiva do direito brasileiro*, in PRADO-DOTTI, *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica – Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*, 2ª ed., São Paulo: Editora revista dos Tribunais, p. 237. Entende PITOMBO, ainda, que a natureza da responsabilidade contida na Lei 9605/98 é administrativa, ancorado na impossibilidade de haver pena privativa de liberdade para a pessoa jurídica, dentre outros argumentos.

62. ESTELLITA, *Aspectos processuais penais da responsabilidade penal da pessoa jurídica prevista na Lei nº. 9.605/98 à luz do devido processo legal*, in VILARDI-PEREIRA-NETO (coord.), *Crimes Econômicos e Processo Penal*, São Paulo: Saraiva (Série GV Law), 2008, pp. 222-224, defende a possibilidade de imputação de crimes culposos com semelhante critério. A autora arrola dois precedentes a favor da imputação do crime culposos, atentos à conduta, e um contrário, justamente por se apegar ao resultado, “que em nada beneficiou a pessoa jurídica”...

63. Apud ESTELLITA, *Aspectos processuais penais da responsabilidade penal da pessoa jurídica prevista na Lei nº. 9.605/98 à luz do devido processo legal*, in VILARDI-PEREIRA-NETO (coord.), *Crimes Econômicos e Processo Penal*, São Paulo: Saraiva (Série GV Law), 2008, pp. 222.

elementos do tipo (conduta, resultado, nexa causal – estes dois, só para crimes culposos materiais – quebra do cuidado objetivo devido (mediante criação de risco proibido), relação de determinabilidade entre o descuido e o resultado). Porém, não há de se considerar que a exploração de óleo, cerne da decisão, com um dado tipo de equipamento e a partir de um dado *know-how* para o qual o corpo técnico foi capacitado, tenha sido alheia aos interesses do ente.

Percebe-se, pois, que os fins de algum modo devem estar conectados aos interesses do ente. Do contrário, o requisito legal não se cumpre, afastando-se a responsabilidade do ente, exceto tenha obtido algum *benefício* derivado da infração.

O benefício deve ser aquilatado *ex post factum* e, tal qual a vantagem, de modo objetivo: uma infração, derivada de decisão dos agentes em posição de comando citados no art. 3º, que renda em favor do ente, de modo financeiro ou diverso, será suficiente à caracterização da responsabilidade⁶³. Os exemplos do ganho pecuniário, da redução de custos, do incremento da capacidade de concorrência, de diferenças comparativas com relação aos demais entes participantes da área da vida econômica, de aumento da capacidade de distribuição ou produção, servem como exemplos.

Note-se que, no Brasil, também o benefício obtido *fortuitamente* pelo ente não implicará em automática responsabilidade, mesmo quando a decisão der-se exclusivamente no interesse das pessoas físicas nominadas no art. 3º. Não vai aqui qualquer contradição com a aventada autonomia entre os critérios do interesse e do benefício. Trata-se, simplesmente, de assinalar que os demais critérios servirão como restritivos da responsabilidade do ente, conforme se abordou no tocante ao Decreto 231 italiano.

Com efeito, a tomada de decisão que leva à prática da infração deve ser operada não por pessoas que – formalmente – sejam representantes legais, contratuais ou membros do órgão colegiado de um ente. Devem estar *atuando* nestas condições⁶⁴. Assim é que se conecta o crime ao ente, por uma primeira via. A estrutura organizacional, portanto, dá *ensejo ou oportuniza a atuação*. Ainda que não se dê no interesse do ente, mas exclusivamente no interesse da pessoa física, aquela conexão, somada ao benefício fortuito obtido, implica na responsabilidade do ente. Veja-se: se a empresa possui em seu terreno, parcialmente, área de preservação permanente, e o representante legal manda derrubar parte da floresta para usar a madeira em construção de uma casa de campo – sem nenhum interesse para o ente – e, todavia, isto implica em um conforto de espaço de manobra de veículos para todos, funcionários, fornecedores e dirigentes, de modo que o ente angaria fortuita vantagem, este fato é *capaz de gerar a responsabilidade do ente*. Afinal, a ordem de derrubada da floresta deu-se a partir da posição de representante legal. Um estranho, alheio ao ente, nada ordenaria e, acaso ordenasse, não seria atendido.

Porém, se o mesmo representante de empresa derruba floresta protegida em chácara particular e, por engano, o transportador destina a madeira para a empresa da qual é representante, que determinara fosse levada para alimentar as caldeiras da escola de natação do seu irmão, e a madeira acaba sendo aproveitada como insumo na linha de produção da empresa, dá-se um benefício fortuito, em decisão que conduzia à infração completamente alheia aos interesses da empresa. Aqui, não haverá responsabilidade

64. PITOMBO, *Denúncia em face da pessoa jurídica, na perspectiva do direito brasileiro*, in PRADO-DOTTI, *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica – Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*, 2ª ed., São Paulo: Editora revista dos Tribunais, p. 238-239, separa interesse e benefício em termos: “interesse caracteriza-se como a relação da pessoa jurídica e um bem jurídico que se mostra apto a satisfazer uma sua necessidade (...). Por sua vez, o benefício se apresenta como a concretização do interesse”. Daí deriva: a) o interesse verificado de modo objetivo, como relação de *idoneidade* de um bem para satisfazer um interesse; b) o benefício, enquanto concretização do interesse, é objetivo e verificado *ex post factum*. Ainda, o segundo funciona claramente como elemento probatório do primeiro, o que enfraquece a autonomia entre os elementos.

65. SHECAIRA, *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, pp. 137-138, menciona a necessidade de que o agente, ligado ao ente, aja dentro da “esfera de atividade da empresa (...) com o auxílio de seu poderio, o qual é resultante da reunião das forças econômicas agrupadas em torno da empresa”. Veja-se a preocupação do autor em desenhar um conteúdo material para a atuação do agente à testa do ente coletivo. A questão é definir *qual* é este desenho: de nossa parte, a ação pode escapar à esfera de atividade fim do ente – do contrário, inclusive, seria difícil punir a pessoa jurídica justamente nos casos mais graves, de *desvio de fins ou finalidades* – mas é preciso que a existência real do ente coletivo dê ensejo, oportunize o exercício da decisão que resulta em infração ambiental. É o quanto basta para este conteúdo material estar presente.

porque a decisão *não foi tomada pelo representante legal do ente enquanto detentor desta posição, em sentido substancial*⁶⁵. Não foi a estrutura organizacional que ensejou o fato. Ademais, o contexto *normativo* organizacional – fixado pelos estatutos (normativa interna) e leis estatais – busca atender fins e objetivos. Se o âmbito concreto da infração refoge a este contexto, o próprio uso do art. 3º da Lei 9.605/98 acaba por ser estendido indevidamente, gerando responsabilização inaceitável. A observação de ROXIN⁶⁶, acima transcrita, exorta sejam respeitados os contextos para os quais são fixados os alcances das normas, no âmbito da teoria da imputação objetiva. É plenamente adequada para restringir a responsabilidade à pessoa jurídica.

De tudo se conclui que a doutrina e a jurisprudência, na Itália, trilharam caminhos sobre temas pouco ou ainda não enfrentados no Brasil. O volume de material doutrinário, para além do invejável ambiente de pesquisa instalado no país europeu, deve-se também ao alcance bem maior da responsabilidade dos entes coletivos, quando cotejado ao panorama brasileiro. Do catálogo de crimes precedentes, constam, dentre os já mencionados e outros, estelionato com dano para o Estado, delitos informáticos (sequer sistematizados no Brasil), delitos de criminalidade organizada, concussão e corrupção, falsificação de moeda e similares, crimes contra a indústria e o comércio, societários, delitos com finalidade de terrorismo, abusos de mercado, lavagem de dinheiro, falso testemunho, tudo na forma do art. 25 do Decreto Legislativo 231. Daí, também, a formação gradual de um volumoso acervo jurisprudencial.

No conjunto, fornecem pegadas, a indicar-nos caminhos.

66. A propósito desta exigência, também para responsabilização da pessoa natural, veja-se o precedente do STJ HC 119.511/MG, 5ª. Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 13.12.10.

67. ROXIN, *Derecho Penal – Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*, Trad. Diego Manuel Luzón-Peña, Miguel Dias y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal da 2ª ed. alemã, Parte general, tomo I, Madrid: Ed. Civitas, 1997, pp. 386-387.