

# A responsabilidade das empresas no Direito Penal Internacional e a jurisdição do Tribunal Penal Internacional sobre as pessoas coletivas – uma nova velha história



**Athina Sachoulidou**  
Professora Auxiliar de Direito Penal  
NOVA School of Law

O envolvimento de empresas em violações dos direitos humanos que constituem crimes internacionais tem atraído a atenção do público desde o Tribunal Militar Internacional (TMI) em Nuremberga. O espectro de atividades empresariais duvidosas em países afetados por conflitos pode ir desde a violação direta de mandatos do Direito Internacional Humanitário (DIH) por parte de empresas que operam no terreno até ao financiamento de governos ou milícias que utilizam os fundos para fins criminosos<sup>(1)</sup>. O apuramento da responsabilidade das empresas neste contexto faz parte do desafio mais vasto que é o de manter a eficácia da ordem jurídica internacional no que diz respeito à proteção dos direitos humanos num mundo cada vez mais globalizado<sup>(2)</sup>. Isto requer, em primeiro lugar, o reconhecimento da passagem do poder de atores estatais para atores não estatais, tais como as empresas, e, em segundo lugar, a avaliação desta mudança a nível legislativo, fornecendo

mecanismos adequados de responsabilidade e de responsabilização<sup>(3)</sup>.

Ao procurar superar os obstáculos teóricos associados à avaliação desta mudança de paradigma a nível internacional, o Direito Penal Internacional (DPI) parece ser – pelo menos à primeira vista – uma área de regulamentação promissora, tendo em conta as suas especificidades. O foco está no indivíduo, *um ator não estatal*, sendo ele o titular do dever de cumprimento das regras do DIH e da legislação de direitos humanos.

TMI de Nuremberga foi constituído para o julgamento e punição dos principais criminosos de guerra dos países do Eixo Europeu, quer enquanto indivíduos, quer enquanto membros de organizações (Artigo 6.º). Estas organizações, corporativas ou não, não se enquadram no âmbito subjetivo do julgamento, apesar da possibilidade de o Tribunal as declarar como criminosas (Artigo 9.º)<sup>(5)</sup>. Esta possibilidade, todavia, não equivale a um reconhecimento (mesmo implícito) da

**O apuramento da responsabilidade das empresas neste contexto faz parte do desafio mais vasto que é o de manter a eficácia da ordem jurídica internacional**

Além disso, na área do DPI, a jurisdição extraterritorial é mais aceite e possivelmente mais facilmente exercida em comparação com a legislação dos direitos humanos<sup>(4)</sup>.

Uma breve consulta do panorama da jurisprudência de Nuremberga e pós-Nuremberga revela, contudo, que não houve qualquer processo contra uma empresa *enquanto entidade jurídica*. De acordo com o seu Estatuto (Carta de Londres), o

responsabilidade criminal das pessoas coletivas<sup>(6)</sup>. Pelo contrário, a ausência de tal responsabilidade parece ser afirmada pela passagem talvez mais frequentemente citada do acórdão de Nuremberga: “[...] os crimes contra o direito internacional são cometidos por homens, não por entidades abstratas, e só punindo os indivíduos que cometem tais crimes é que as disposições do direito internacional podem ser

1. NORMAN FARRELL, “Attributing Criminal Liability to Corporate Actors. Some Lessons from the International Tribunals”, *Journal of International Criminal Justice*, 8 (2010), 873 (874); WOLFGANG KALECK e MIRIAM SAAGE-MAASS, “Corporate Accountability for Human Rights Violations Amounting to International Crimes. The Status Quo and its Challenges”, *Journal of International Criminal Justice*, 8 (2010), 699 (700–709).
2. JONATHAN KOLIEB, “Through the Looking-Glass: Nuremberg’s Confusing Legacy on Corporate Accountability under International Law”, *American University International Law Review*, 32 (2017), 569 (573).
3. J. KOLIEB, “Through the Looking-Glass...” cit., p. 573; LARISSA VAN DEN HERIK e JERNEJ LETNAR ERNI, “Regulating Corporations under International Law. From Human Rights to International Criminal Law and Back Again”, *Journal of International Criminal Justice*, 8 (2010), 725 (726).
4. L. VAN DEN HERIK e J. LETNAR ERNI, “Regulating Corporations under International Law...”, cit., p. 740.
5. “Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind – Report by JEAN SPYROPOULOS, Special Rapporteur”, *Yearbook of the International Law Commission*, 2 (1953), U.N. Doc. A/CN.4/25/1950, p. 260.
6. REGIS BISMUTH, “Mapping a Responsibility of Corporations for Violations of International Humanitarian Law Sailing between International and Domestic Legal Orders”, *Denver Journal of International Law & Policy*, 38 (2010), 203 (208).
7. Nürnberg Trial, 6 F.R.D. 69, 110 (IMT 1946).

aplicadas”<sup>(7)</sup>. No entanto, acredita-se que a mesma afirmação apenas serviu como uma rejeição explícita do argumento dos arguidos de que o direito internacional deveria concentrar-se nas ações dos Estados e que os indivíduos não deveriam ser punidos perante um tribunal penal internacional<sup>(8)</sup>.

Direcionando o foco para a história recente do DPI, a jurisdição *ratione personae* do Tribunal Penal Internacional (TPI) é moldada de

incluindo: 1) *dificuldades práticas* (por exemplo, problemas probatórios que o TPI encontraria se tivesse de processar as pessoas coletivas); 2) *questões normativas-políticas* relacionadas, entre outras, com a – então – rejeição da responsabilidade criminal das pessoas coletivas a nível nacional e a incompatibilidade de uma disparidade deste tipo com a natureza do TPI como tribunal de último recurso (Artigo 17.º do Estatuto de Roma); e 3) *razões morais*,

que chamam a atenção para a natureza coletiva dos crimes internacionais e apelam ao reconhecimento da responsabilidade das empresas nas violações de direitos humanos para proteger a integridade do DPI<sup>(13)</sup>, bem como para os traços especiais do direito penal como fórum de responsabilidade em comparação com as sanções administrativas e a responsabilidade civil. Estes traços incluem um mecanismo bem equipado para investigação e recolha de provas, um procurador acessível às vítimas, muitas vezes indefesas e incapazes de litigar, maior publicidade, fortes mensagens educativas, um processo justo e, por conseguinte, maior proteção dos direitos dos suspeitos e arguidos<sup>(14)</sup>. Até que ponto a necessidade de maiores garantias processuais e de poder de comunicação do mecanismo de responsabilidade pode contornar as persistentes cargas doutrinárias, particularmente resultantes do *princípio de culpa centrado no ser humano*, é uma questão de – muitas vezes contraditória – tradições jurídicas a nível dos Estados Partes para o Estatuto de Roma<sup>(15)</sup>.

No caso do TPI, a extensão da sua jurisdição às pessoas coletivas com base nos argumentos acima mencionados exigiria alterações complexas. Estas emendas implicariam não só a referência explícita a pessoas coletivas no Artigo 25.º, n.º 1, do Estatuto de Roma e a clarificação de que o termo “pessoas”, utilizado no Artigo 1.º, refere-se tanto às pessoas singulares como às pessoas coletivas, mas também uma distinção delicada entre estas duas para uma variedade de fins: a produção de provas, o exercício do direito a um processo justo,

### A grande maioria das jurisdições nacionais consideram as pessoas coletivas – e empresas em particular – responsáveis por condutas ilícitas ao abrigo das suas leis penais

uma forma bastante clara, com o Artigo 25.º, n.º 1, do Estatuto de Roma a determinar que “o Tribunal será competente para julgar as pessoas singulares”. A história da redação do Estatuto de Roma mostra, contudo, que a responsabilidade das pessoas coletivas esteve inicialmente na mesa das negociações, com os delegados franceses a sugerirem que o TPI também deveria ter jurisdição sobre pessoas coletivas, com exceção dos Estados, quando os crimes fossem cometidos em nome dessas pessoas coletivas ou pelas suas agências ou representantes, e que esta responsabilidade não excluiria a responsabilidade criminal de pessoas singulares que fossem perpetradores ou cúmplices dos mesmos crimes<sup>(9)</sup>. Esta proposta não foi adotada no texto final por várias razões,

uma vez que os Estados foram chamados a regular a responsabilidade de todas as outras entidades que não eles próprios<sup>(10)</sup>.

Hoje, a grande maioria das jurisdições nacionais consideram as pessoas coletivas – e empresas em particular – responsáveis por condutas ilícitas ao abrigo das suas leis penais (apesar de moldarem os pré-requisitos dessa responsabilidade de forma diferente)<sup>(11)</sup>. Neste contexto, poder-se-ia razoavelmente questionar se a jurisdição do TPI pode ser alargada para abranger pessoas coletivas, uma vez que o direito interno serve como prova de que (pelo menos) os obstáculos (normativos) podem ser removidos – tal como argumentado em 2008 pela Comissão Internacional de Juristas<sup>(12)</sup>. Esta opinião é também apoiada por especialistas,

8. Brief for Kiobel-Navi Pillay as Amicus Curiae Supporting Petitioners, *Kiobel v. Royal Dutch Petrol. Co.*, 133 S. Ct. 1659 [2013] (No. 10-1491), pp. 19–20; J. KOLIEB, “Through the Looking-Glass...” cit., pp. 590–592.

9. UNITED NATIONS DIPLOMATIC CONFERENCE OF PLENIPOTENTIARIES ON THE ESTABLISHMENT OF AN INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, U.N. Doc. A/CONF. 183/2/Add.1, Rome, 1998, Artigo 23.º, n.º 5 e 6.

10. ALBIN ESER, “Individual Criminal Responsibility. Mental Elements – Mistake of Fact and Mistake of Law”, em ANTONIO CASSESE, PAOLA GAETA and JOHN R.W.D. JONES [ed.], *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. 1, Oxford University Press, 2002, p. 779; MORDECHAI KREMNITZER, “A Possible Case for Imposing Criminal Liability on Corporations in International Criminal Law”, *Journal of International Criminal Justice*, 8 [2010], 909 [917]; DAVID SCHEFFER, “Corporate Liability under the Rome Statute”, *Harvard International Law Journal*, 57 [2016], 35 [38].

11. Para uma visão geral, GERD EIDAM, em *id.* [ed.], *Unternehmen und Strafe. Vorsorge- und Krisenmanagement*, 5ª Edição, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2018, Capítulo 6, para. 48 et seq.

12. INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS EXPERT LEGAL PANEL ON CORPORATE COMPLICITY IN INTERNATIONAL CRIMES, *Corporate Complicity & Legal Accountability*, Vol. 2: *Criminal Law and International Crimes*, Geneva, 2008, pp. 57–59.

13. Para uma visão geral, J. KOLIEB, “Through the Looking-Glass...” cit., p. 575.

14. M. KREMNITZER, “A Possible Case for Imposing Criminal Liability...”, cit., p. 916.

15. Para uma visão geral, ATHINA SACHOULIDOU, *Unternehmensverantwortlichkeit und -sanktionierung. Ein strafrechtlicher und interdisziplinärer Diskurs*, Baden-Baden, Mohr Siebeck, 2019.

a presença física e/ou representação do arguido perante o tribunal, requisitos de cooperação do Estado e sanções<sup>(16)</sup>. Estas alterações exigiriam a maioria de dois terços dos Estados Partes (Artigo 121.º, n.º 3, do Estatuto de Roma). Posteriormente, para entrarem em vigor em todos os Estados Partes, é necessário o depósito dos instrumentos de ratificação ou de aceitação por sete oitavos dos Estados Partes, em conformidade com o Artigo 121.º, n.º 4 do Estatuto de Roma. Este é já um grande desafio diplomático, tendo em conta que os Estados, cujas economias podem ser alimentadas por empresas multinacionais, muito provavelmente reagiriam de forma bastante hesitante, considerando os potenciais custos financeiros associados à interferência do TPI nas atividades corporativas extraterritoriais<sup>(17)</sup>.

Se estes obstáculos forem ultrapassados, a questão seguinte que se levanta é a de saber se o DPI é, *de facto*, a melhor opção na abordagem às violações de direitos humanos perpetradas por empresas. Embora a legislação dos direitos humanos abranja uma grande variedade de direitos, incluindo (mas não unicamente) os direitos civis, políticos, económicos e culturais, o objeto do DPI é consideravelmente mais restrito, concentrando-se expressamente no genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e o crime de agressão (Artigo 5.º do Estatuto de Roma)<sup>(18)</sup>. Além disso, a função do TPI baseia-se no princípio da complementaridade que determina que o TPI não pode exercer a sua jurisdição se um Estado, que tem jurisdição sobre o caso em questão, estiver a investigá-lo, já tenha iniciado o processo, já o tenha concluído ou tenha decidido não o fazer, a menos que esse Estado não queira ou não possa genuinamente levar a cabo a investigação ou a ação penal ou que a decisão tomada tenha



resultado dessa falta de vontade ou incapacidade (Artigo 17.º do Estatuto de Roma). A hierarquização da jurisdição nacional não é apenas um sinal de respeito pela soberania dos Estados, mas também o resultado de considerações práticas de eficiência, na medida em que os Estados têm melhor acesso às provas e testemunhas, bem como melhores recursos à sua disposição para levar a cabo os procedimentos<sup>(19)</sup>.

A falta de jurisdição sobre pessoas coletivas e os grandes desafios associados ao seu futuro estabelecimento não prejudicam, contudo, o facto de o TPI continuar a constituir um local bastante singular para julgar processos *contra funcionários individuais de empresas* – desde que as suas ações ou omissões possam ser incluídas no âmbito dos crimes tipificados no Estatuto de Roma<sup>(20)</sup>. Nesse sentido, o crime corporativo está na ordem do dia do TPI<sup>(21)</sup>.

Para concluir, considerando a persistente falta de jurisdição do TPI sobre as pessoas coletivas e as

dificuldades normativas e políticas associadas às tentativas de subverter este *status quo* e as restrições de execução que frequentemente surgem a nível nacional, é necessário estabelecer prioridades alternativas para permitir o acesso das vítimas à justiça. O enfoque deve residir em responsabilizar os funcionários das empresas perante o TPI pelos crimes abrangidos pela sua jurisdição (fazendo uso, por exemplo, do mecanismo de responsabilização do superior hierárquico, tal como consagrado no Artigo 28.º alínea b) do Estatuto de Roma) e promover instrumentos nacionais de responsabilidade criminal ou *quase* criminal das empresas para assegurar que os crimes internacionais se integrem no seu âmbito (quando ainda não é o caso)<sup>(22)</sup>. Medidas deste tipo seguem uma abordagem mais pragmática da responsabilidade das empresas, que também se adapta melhor às especificidades da realidade jurídica a nível internacional e nacional.

16. D. SCHEFFER, "Corporate Liability ...", cit., p. 39.

17. D. SCHEFFER, "Corporate Liability ...", cit., p. 38.

18. L. VAN DEN HERIK e J. LETNAR ERNI, "Regulating Corporations under International Law...", cit., p. 741.

19. ROBERT CRVER et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2ª Edição, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 153.

20. D. SCHEFFER, "Corporate Liability...", cit., p. 36.

21. J. KOLIEB, "Through the Looking-Glass...", cit., p. 601. 22. D. SCHEFFER, "Corporate Liability...", cit., p. 39.