

TÍTULO: Criminal compliance e autorresponsabilidade das pessoas jurídicas.

AUTOR: Fábio Tamborlin

I - EIXO DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA AO QUAL ADERE

A pesquisa em apreço diz respeito aos sistemas de imputação direcionados aos entes coletivos, encaixando-se, portanto, prioritariamente no seguinte eixo temático: **problemas dogmáticos da responsabilidade penal das pessoas jurídicas.**

II – DELIMITAÇÃO DO TEMA

A pesquisa em comento tem como objetivo construir argumentos favoráveis à adoção de um modelo de autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica em detrimento a um sistema pautado na heterorresponsabilidade. Ou seja, parte-se do pressuposto da imprescindibilidade da intervenção penal direta em relação aos entes coletivos no âmbito da hodierna sociedade do risco, sem a necessidade da prévia responsabilização penal de uma pessoa física ligada à atividade criminosa que se esteja reprimindo.

Nessa esteira, a pesquisa aprofundará a análise da legislação espanhola a fim de trazer um alerta em relação ao papel que pode ser atribuído ao *criminal compliance*, em especial no que concerne ao afastamento da responsabilização penal dos entes coletivos mediante a implementação dos referidos programas.

III – JUSTIFICATIVA

Os tribunais brasileiros aplicam, na grande maioria dos casos, o sistema de heterorresponsabilidade penal da pessoa jurídica. Sendo assim, vem sendo exigida a existência de uma pessoa física como corre para que o processo tenha seu devido andamento. Esse modelo pouco colabora para a punição de

delitos praticados pelos entes coletivos uma vez que a maior dificuldade continua presente: identificar e especificar a conduta da pessoa física.¹

O sistema de heterorresponsabilidade também pode ser chamado de responsabilidade por fato de outrem, responsabilidade vicária ou por ricochete. De acordo com essa matriz a pessoa física, gestora, administradora, ou dona da empresa, deve ser responsabilizada para que o ente coletivo também o seja. Desse modo, caso o administrador da empresa seja condenado, a responsabilidade ricocheteia vindo a atingir a pessoa jurídica.

Esse modelo, de um lado cria uma espécie de responsabilidade objetiva (automática) em relação à empresa, de outro torna muito complexo – praticamente impossível – o processo de incriminação do ente coletivo. Faz-se necessária a identificação da conduta criminosa de uma pessoa física no âmbito da estrutura organizacional da empresa assim como traçar um nexo entre essa atitude e eventual responsabilidade do ente coletivo enquanto uma organização. Além disso, deve restar demonstrado que a conduta criminosa realizou-se no interesse da pessoa jurídica.

No Brasil, o tema da responsabilidade penal das pessoas jurídicas era discutido, sobretudo, em relação aos crimes ambientais. A partir de 2014 essa discussão se ampliou em virtude da lei anticorrupção. Até o momento os magistrados não discutiram profundamente os diversos aspectos exaustivamente debatidos pela doutrina. Até o momento vem se aplicando, preponderantemente, o modelo de heterorresponsabilidade penal da pessoa jurídica.

Todavia, seguindo tendências internacionais, é possível afirmar que há grandes chances do modelo de autorresponsabilidade penal ganhar espaço. BUSATO vislumbrou essa tendência no âmbito doutrinário e legislativo:

Com efeito, a responsabilidade de pessoas físicas pode ocorrer concomitantemente à das pessoas jurídicas, de modo completamente independente destas, aliás, é justamente o modelo de autorresponsabilidade das pessoas jurídicas uma tendência que cada vez mais se afirma na doutrina e na própria legislação de outros países como o adequado.²

¹MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Série pensando o direito*. Nº 18/2009. p. 25.

²Idem.

Em síntese, o sistema de autorresponsabilidade penal, apesar de pendente de um aprimoramento, apresenta-se como o meio mais adequada à realização da gestão dos riscos produzidos pelas pessoas jurídicas. *Pari passu* ao fato de que é mais eficaz, uma vez que não precisa da prévia condenação da pessoa física como requisito mínimo, ele ainda não ofende a responsabilidade subjetiva, pois analisa especificamente a medida, em aspecto qualitativo e quantitativo, da responsabilidade do ente coletivo.

Gómez-Jara Díez³ defende um modelo de autorresponsabilidade penal empresarial o qual não se fundamenta, essencialmente, nas condutas das pessoas físicas, buscando-se a essência da responsabilização justamente na própria organização. Segundo o autor,⁴ o cidadão corporativo deve ser fiel ao direito, sendo que a não institucionalização de uma cultura empresarial visando à consecução dessa finalidade implica a manifestação da culpabilidade jurídico-penal empresarial.

Desse modo, a culpabilidade empresarial é caracterizada por um déficit de fidelidade ao direito o qual proporciona a manifestação de uma cultura empresarial de não cumprimento do conjunto normativo que compõe o ordenamento jurídico. Como consequência desse pensamento, a implementação de um programa de *compliance* voltado ao estabelecimento dessa cultura empresarial de cumprimento normativo implicaria a exclusão da culpabilidade penal da pessoa jurídica.⁵

O *compliance* não pode ser utilizado como uma estratégia visando a impossibilitar a imputação penal das pessoas jurídicas. Especialmente no direito de matriz romano-germânica (*Civil Law*) foram colocadas barreiras à responsabilização penal dos entes coletivos, conforme análise realizada por Busato.⁶ Contudo, em razão da percepção, e conseqüente suscetibilidade, dos

³GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 33-35.

⁴Ibidem.p. 54.

⁵Ibidem. p.83-84.

⁶BUSATO, Paulo César, *in* BUSATO, Paulo César; Guaragni, Fábio André. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisitos legais do interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal*. Curitiba, Juruá editora, 2013. p. 27-29.

cidadãos em relação às ameaças do hodierno vulcão civilizatório, os entraves em relação à referida imputação vêm sendo superados.

As pessoas jurídicas possuem um potencial imensurável de lesionar bens jurídicos, não sendo razoável, nem muito menos proporcional, deixá-las incólumes aos efeitos penais. Assim como ocorre em relação às pessoas físicas, a incidência, ou não, do direito penal deve depender do bem em questão e do grau da ofensa (lesão ou perigo de lesão) a ele direcionada.

No ordenamento jurídico espanhol, ao menos no aspecto formal, houve a adoção de um modelo de autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica por meio da promulgação da Lei orgânica nº 05/2010. O artigo 31 do Código penal espanhol disciplina que independentemente da individualização da pessoa física responsável pelo fato criminoso será possível a incriminação do ente coletivo. As pessoas jurídicas são responsáveis pelos delitos cometidos em seu nome ou em conta própria, e em seu benefício direto ou indireto, pelos representantes legais ou por aqueles que atuando individualmente ou como integrantes de um órgão da pessoa jurídica estão autorizados a tomar decisões em nome do ente coletivo.

A possibilidade de imputação de condutas criminosas às pessoas jurídicas somada à desvinculação em relação à responsabilização da pessoa física representaram grandes avanços político-criminais, uma vez que foi viabilizada a persecução penal em relação a atores penais detentores de capacidade lesiva em relação aos bens jurídicos tutelados penalmente.

Em 2015, a Lei orgânica nº1 acrescentou alguns tópicos ao artigo 31 do diploma legal em apreço visando a disciplinar questões relativas ao *compliance*. O artigo 31 bis dispõe que as pessoas jurídicas serão eximidas de responsabilidade penal caso haja o cumprimento de algumas condições. Esses requisitos, em conjunto, exigidos do ente coletivo, configuram um programa de *compliance*.

A primeira das condições constantes no artigo 31 bis diz respeito à adoção, pelo órgão de administração da pessoa jurídica, de um modelo de organização e gestão, o qual tenha sido executado com eficácia, e que faça a inclusão de medidas de vigilância e controle aptas a prevenir delitos, ou, ao menos, a reduzir os riscos da prática delitiva. A supervisão desse modelo de gestão de riscos deverá ser conduzida por um órgão autônomo do ente

coletivo, visando-se a uma maior fidedignidade dos resultados do controle efetuado.

Faz-se necessário, também, que os atores individuais tenham praticado o delito a partir de uma fraude ou de atitudes ilusórias perante o modelo de organização e prevenção. Ademais, tendo-se em vista o afastamento da responsabilidade penal, é inadmissível a ocorrência de uma omissão ou um exercício insuficiente das atividades de supervisão, vigilância e controle por parte do órgão de gestão dos riscos.

O código penal espanhol disciplina, ainda, a adoção de modelos de controle interno no âmbito de pessoas jurídicas de pequeno porte, dispondo que no tocante a elas a supervisão do modelo adotado poderá ser executada diretamente por um órgão da administração do ente coletivo.

No Brasil, não houve a regulação das matérias acima tratadas, responsabilidade penal da pessoa jurídica e *compliance*, mas a primeira foi objeto de discussão ao longo dos debates a respeito do anteprojeto de código penal e, tendo-se em vista os diversos ordenamentos jurídicos pelo mundo; assim como os novos desafios que permeiam a sociedade hodierna, com certeza esses temas serão bastante debatidos e poderão dar azo a dispositivos legais previstos no código penal ou em leis esparsas, restando clarividente a relevância do tema na conjuntura atual.

IV – OBJETIVO GERAL

Construir um arcabouço argumentativo favorável à adoção de um sistema de autorresponsabilidade penal das pessoas jurídicas em consonância com o entendimento de que inexistem entraves dogmáticos para a responsabilização penal dos entes coletivos, especialmente em um sistema penal desvinculado tanto da doutrina finalista quanto da preponderância da ontologia.

V – OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Expor o contexto brasileiro no que diz respeito à responsabilidade penal das pessoas jurídicas;

- Demonstrar as falhas inerentes a um modelo de heterorresponsabilidade penal dos entes coletivos;
- Colaborar com a defesa de um modelo de autorresponsabilidade penal das pessoas jurídicas;
- Realizar um alerta no tocante às funções que podem ser atribuídas aos programas de *compliance* a partir, especialmente, da legislação espanhola referente à essa temática.

VI - MARCOS TEÓRICOS OU REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS PROVISÓRIAS

BUSATO, Paulo César; GUARAGNI, Fábio André. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. *Vontade penal da pessoa jurídica: um problema prático de imputação de responsabilidade criminal*. Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1470>. Acesso em 08 de setembro de 2017.

_____. *Responsabilidade penal de pessoas jurídicas no projeto do novo código penal brasileiro*. Revista Liberdades, Edição Especial – Reforma do Código Penal, 2012. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=135. Acesso em: 10/08/2017.

_____.; *Fundamentos político-criminais para a responsabilidade penal da pessoa jurídica: crítica da política criminal que sustenta o princípio societas delinquere non potest, desde a perspectiva do quarto Estado*. Revista Jurídica UNOESC. v.3, n. 3, (jan/dez), 2002.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *Réplica a Javier Cigüela*, in InDret: Revista para el Análisis del derecho, n. 2.16, p. 1-39, abr. 2016. Disponível em:

<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/314379/404485> Acesso em 02/09/2017.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à lei 9605/98*. Tradução Cristina Reindolff da Motta. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

GUARAGNI, Fábio André. *Da tutela de interesses individuais aos supraindividuais: dialogando com Beccaria in BUSATO, Paulo César. Ler Beccaria hoje*. v.1. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

KUHLEN, Lothar. *Cuestiones fundamentales de compliance y Derecho penal in [Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel e Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno – eds.] Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula; GIACOMO, Roberta Catarina. *Novas teses dogmáticas jurídico-penais para a proteção do bem jurídico ecológico na sociedade de risco*. Revista Liberdades. Nº2 – setembro-dezembro, 2009.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Série pensando o direito*. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Nº 18/2009. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wpcontent/uploads/2015/07/18Pensando_Direito3.pdf Acesso em: 05 de agosto de 2017.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. *Compliance y sanciones penales para La empresa in [Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel e Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno – eds.] Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

ROBLES PLANAS, Ricardo. ¿ Delitos de persona jurídicas? *In Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 2, Espanha (Barcelona), p. 1-25, abr. 2006.

Disponível em: http://www.indret.com/es/derecho_penal/8/?&sa=1&fc=86&sn=8
Acesso em 05/09/2017.

TIEDEMANN, Klaus. *Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado in* Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, ano 3, n. 11, jul-set/1995, p. 21-35.

_____, El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico *in* ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Directores). *El derecho penal económico en la era compliance*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2013.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *La Cuestión de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, un Punto y Seguido*. Disponível em: <http://letrasjuridicas.com.mx/Volumenes/10/zuniga10.pdf> Acesso em: 04/09/2017.