

LEANDRO SARCEDO

COMPLIANCE E

**RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA:
CONSTRUÇÃO DE UM NOVO MODELO DE IMPUTAÇÃO,
BASEADO NA CULPABILIDADE CORPORATIVA**

TESE DE DOUTORADO

ORIENTADOR:

PROFESSOR TITULAR SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

— SÃO PAULO, 2014 —

LEANDRO SARCEDO

**COMPLIANCE E
RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA:
CONSTRUÇÃO DE UM NOVO MODELO DE IMPUTAÇÃO,
BASEADO NA CULPABILIDADE CORPORATIVA**

Tese sob orientação do Professor Titular Sérgio Salomão Shecaira, do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito.

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
— SÃO PAULO, 2014 —**

BANCA EXAMINADORA:

São Paulo, __/____/2015.

Para CATARINA, amor infinito,
que me ensina coisas lindas e encantadas todos os dias.

AGRADECIMENTOS

“Tudo que escrevemos não vale o que deixamos de escrever.”

(Carlos Drummond de ANDRADE, *O avesso das coisas*.)

O primeiro agradecimento vai para CRISTIANA, companheira já de uma vida toda, que teve imensa paciência comigo, apesar de o despertador acordá-la todos os dias de madrugada, quando, para mim, já era hora de estudar e escrever. Sem seu exemplo e sua persistência, sem seu carinho e seu apoio, sem seu amor e seu incentivo, eu não teria tido força nem vontade de chegar até o final desta caminhada.

Agradeço, também, à minha mãe LUCIA e à minha irmã LUCIANE, que fazem resistir, em meu coração, a força e o sonho da criança piracicabana que eu nunca deixei de ser. Da mesma forma, agradeço à minha madrinha TÊ, que incondicionalmente ama este menino até hoje. Sem as referências e o amor dessas mulheres que sempre me protegeram, também não haveria motivos para prosseguir nas tortuosas caminhadas que insisto em empreender.

Ao LEONARDO, sócio e parceiro de tanto tempo, o meu agradecimento por “segurar as pontas” nos momentos em que tive de me ausentar para escrever, além da paciência empregada na leitura sagaz, na correção cuidadosa e nos comentários desafiadores que ajudaram a construir este trabalho.

Ao EDUARDO SAAD-DINIZ, jovem professor e amigo que eu tanto admiro, agradeço por todas as conversas, leituras e sugestões bibliográficas, que muito me incentivaram e ajudaram na construção desta tese.

E, por fim, um agradecimento especialíssimo ao SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA, eterno professor, orientador firme e generoso, exemplo de militância em prol de uma sociedade mais justa e humana. Apesar de sua imensa estatura intelectual, jamais se deixa encastelar em certezas. Ao contrário, sempre se esforça para espriar suas inquietações entre seus alunos, para depois os ensinar, apoiar e orientar na busca das respostas. Foi assim comigo. É assim com todos.

RESUMO

A crise global do capitalismo eclodida no ano de 2008 evidenciou o risco sistêmico a que a atividade econômica ficou exposta a partir da sua desregulamentação, implementada, a partir dos anos 1980, pelo chamado neoliberalismo, e do desenvolvimento dos meios de comunicação e informáticos, que a interligou em nível planetário. Seus efeitos devastadores somente puderam ser contidos por meio de intervenção estatal, com a injeção de muito dinheiro público na atividade econômica privada, o que trouxe à tona a discussão quanto ao real papel regulatório do Estado sobre a economia nesse contexto.

No panorama atual do desenvolvimento da sociedade capitalista e contemporânea, há, muitas vezes, verdadeiro divórcio entre os interesses do real proprietário da empresa (ausente ou passivo) e o corpo de gestores contratados da companhia, impondo a necessidade de maior confiabilidade e transparência na apuração e nos demonstrativos dos resultados empresariais. Surge daí o conceito de boas práticas de governança corporativa, do qual um dos pilares de sustentação é o denominado *compliance*, que funciona como uma estrutura verificadora e validadora do bom funcionamento, da correção e da confiabilidade da administração, prevenindo riscos iminentes à atividade empresarial.

Surge, nesse cenário, uma concepção de *autorregulação regulada* ou *forçada* da atividade econômica, pela qual o Estado supera uma postura meramente repressora de desvios encontrados, que relegava ao particular sua própria organização, passando a impor uma pauta mínima de obrigações organizacionais, que necessita ser cumprida e implementada para prevenir riscos de condutas antiéticas ou mesmo criminosas. O papel do direito penal, sempre mais modesto do que dele se espera, acaba ganhando muita importância por atuar como norma de reforço à tutela de deveres organizacionais e de autofiscalização da atividade econômica. Os meios eleitos para atingir esses objetivos são a utilização de tipos penais de perigo abstrato, omissivos ou comissivos por omissão; a incriminação da corrupção privada; a promulgação de leis extraterritoriais que preveem a colaboração entre Estados no combate à criminalidade; a adoção de sistemas legais autodenominados administrativos, mas que são penais em sua essência; a crescente aceitação e utilização da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Partindo de constatações criminológicas e proposições político-criminais, a presente tese visa a propor a criação de um sistema de imputação penal das pessoas jurídicas baseado na ideia de fato próprio culpável, com a culpabilidade atrelada ao conceito de defeito de organização, visando a superar o déficit na aplicação do modelo adotado pela Lei nº 9.605/1998, na qual não há o estabelecimento de quaisquer critérios para delimitar o âmbito das ações corporativas culpáveis.

Para tanto, buscaram-se, em modelos jurídicos alienígenas (italiano, chileno e espanhol), experiências e exemplos que pudessem auxiliar na proposição de critérios reitores de um novo modelo adaptado à realidade brasileira, pelos quais se almeja a maximização das possibilidades de aplicação do instituto, de um lado, e a maior amplitude possível das garantias penais, de outro.

Palavras-chave: *compliance*; responsabilidade penal da pessoa jurídica.

ABSTRACT

The global crisis of capitalism, which emerged in 2008, displayed the systemic risk that economic activity was exposed to. This risk occurs due to the deregulation implemented from 1980 by the so-called neoliberalism as well as due to the development of both the media and IT which have globally interconnected economic activity. The devastating effects of neoliberalism could only be restrained through state intervention, with the injection of great amounts of public money into private economic activity. In this context, this practice brought up the discussion on the actual regulatory role of the state in economy.

In the current scenario of the development of contemporary capitalist society, there is often an actual separation between the interests of the real owner of the company (who is absent or passive) and the board of hired managers of the company. This fact generates the need for increased reliability and transparency in the calculation and statements of business results. The concept of good corporate governance practices is thus generated, which has *compliance* as one of its supporting pillars. Compliance works as a testing and validating structure of managerial functioning, correctness and reliability, thus, preventing risks that are inherent to business activity.

In this scenario, the concept of *regulated or forced self-regulation* of economic activity was created. By this concept, the state goes beyond the previous position of merely repressing identified deviations, which meant that the organization could regulate itself. Now the state imposes an agenda of organizational duties, which need to be fulfilled and implemented to prevent risks of unethical or even criminal behavior. The role of criminal law, which has had a more modest scope than expected, ends up gaining importance because it acts as reinforcement rule for the protection of organizational duties and self-inspection of economic activity. The means chosen to achieve these goals are the use of criminal types of abstract danger, which may be either omissive or comissive by omission; incrimination of private corruption; enactment of extraterritorial laws that provide for collaboration among States in combating crime; adoption of legal systems in the administrative scope that are criminal in their essence; the increased acceptance and use of the criminal liability of legal entities.

Starting from criminological findings and political-criminal propositions, this thesis aims at proposing the creation of a criminal imputation system of legal entities, based on the idea of a fact itself that can be considered as liable. The guilt is attached to the concept of organization defect in order to overcome the deficit in the implementation of the model adopted by Law No. 9.605/1998, which has not established any criteria to specify the scope of corporate actions that may be considered as liable to penalty for law offence.

Therefore, we researched experiences and examples in foreign legal models (Italian, Chilean and Spanish legal models) that could help to propose criteria that lead to a new model adapted to the Brazilian reality, in which we aim, on the one hand, to maximize the possibilities of this new legal model, and, on the other hand, reach penal guarantees as widely as possible.

Keywords: *compliance; criminal liability of legal entities.*

RÉSUMÉ

La crise globale du capitalisme, éclose à partir de l'an 2008, a mis en évidence le risque systémique auquel l'activité économique a été exposée, à partir de sa dérégulation, mise en application à partir des années 1980, par ce qu'on a appelé le néolibéralisme, liée au développement des moyens de communication et de l'informatique, qui a étendu cette liaison à l'extension de la planète. Ses effets dévastateurs n'ont pu être contenus que par l'intervention de l'État, moyennant un grand investissement d'argent public, au profit de l'activité économique privée, ce qui a fait émerger la discussion concernant le rôle régulateur effectif de l'État sur l'économie, dans ce contexte.

Au Panorama actuel du développement de la société capitaliste et contemporaine, il y a, maintes fois, un vrai divorce entre les intérêts du réel propriétaire de l'entreprise (absent ou passif) et l'ensemble des gestionnaires engagés par la compagnie, imposant un besoin de fiabilité et de transparence au calcul et à la vérification définitive des résultats de l'entreprise. C'est de là qui surgissent les bonnes pratiques de gouvernance corporatiste, dont un des piliers de sustentation est celui nommé *compliance*, qui agit comme une structure de vérification et validation du bon fonctionnement, de la correction et de la fiabilité de l'administration, prévenant des risques immanents à l'activité de l'entreprise.

Apparaît donc, dans ce décor, une conception d'*autorégulation réglée ou forcée* de l'activité économique, moyennant laquelle l'État dépasse une attitude de simple repression des déviations trouvées, qui reléguait aux particuliers leur propre organisation, imposant néanmoins un minimum d'obligations à accomplir et développer, pour prévenir les risques de conduites anti-éthiques, ou même criminelles. Le rôle du droit pénal, toujours plus modeste que celui qu'on attend, finit par acquérir une grande importance du fait de son action comme norme de réinforcement de la tutelle des devoirs de l'organisation et autofiscalisation de l'activité économique. Les moyens élus pour atteindre ces objectifs, consistent à utiliser des modèles abstraits d'ommission ou de comission par omission; imputation de la corruption privée; promulgation de lois extraterritoriales prévoyant la collaboration entre États au combat de la criminalité; adoption de systèmes légaux autodésignés administratifs, étant pourtant pénaux dans leur essence; la croissante acceptation et utilisation de la responsabilité pénale de la personne morale.

La présente thèse vise à proposer la création d'un système d'imputation pénale des personnes morales, à partir de constatations criminologiques et de propositions politico-criminelles, basées sur l'idée de fait propre imputable, étant l'inculpation attelée au concept de défaut d'organisation, visant à dépasser le déficit de l'application du modèle adopté par la loi n° 9.605/1998, où il n'y a aucun critère établi pour délimiter le domaine des actions corporatistes imputables.

Pour ce faire, on a cherché dans des modèles juridiques étrangers (italien, chilien et espagnol), des expériences et des exemples pouvant aider à la proposition de critères dirigeants d'un nouveau modèle adapté à la réalité brésilienne, moyennant lesquels on souhaite obtenir la maximisation des possibilités d'application de règles et principes juridiques, d'un côté, et l'amplitude maximale possible des garanties pénales, de l'autre.

Mots-clés: *compliance; responsabilité pénale de la personne morale.*

RIASSUNTO

La crisi globale del capitalismo sorta dal 2008 ha evidenziato il rischio sistemico al quale l'attività economica è stata esposta dalla liberalizzazione, avvenuta dal 1980, dal cosiddetto neo-liberismo, insieme allo sviluppo dei mezzi di comunicazione e IT che l'ha collegata a livello planetario. I suoi effetti devastanti furono limitati solo attraverso l'intervento dello Stato, con l'immissione di grandi quantità di denaro pubblico in attività economica privata, il che ha riproposto la discussione sul vero ruolo regolatore dello Stato sull'economia in questo contesto.

Sullo sfondo dello sviluppo della società capitalista e contemporanea, vi è spesso una netta separazione tra gli interessi del reale proprietario della società (assente o passivo) e il corpo di dirigenti assunti dalla società, imponendosi la necessità di una maggiore affidabilità e trasparenza nei controlli e nelle dichiarazioni di risultati imprenditoriali. Da qui sorge il concetto delle buone pratiche di governance corporativa, il cui pilastro di sostegno è chiamato compliance, che agisce come una struttura di verifica e convalida di buon funzionamento, di correttezza e di affidabilità dell'amministrazione, prevenendo i rischi inerenti alle attività imprenditoriali.

Nasce, in questo scenario, una concezione di *autoregolamentazione regolata o forzata* dell'attività economica, in cui vi è il superamento della posizione puramente repressiva dello Stato, che relegava al privato la sua stessa organizzazione, passando a imporre una tariffa minima di obblighi organizzativi, che deve essere soddisfatta e realizzata per prevenire i rischi di condotte antietiche o addirittura criminali. Il ruolo del diritto penale, sempre più modesto di quanto ci si aspetti, finisce per guadagnare molta importanza come regola rinforzo alla protezione di doveri organizzativi e di autocontrollo dell'attività economica. I mezzi scelti per raggiungere questi obiettivi sono l'uso delle categorie penali di pericolo astratto, omissivi o commissivi per omissione; criminalizzazione della corruzione privata; promulgazione di leggi extraterritoriali che prevedono la collaborazione tra gli Stati membri nella lotta alla criminalità; adozione di sistemi giuridici auto denominati amministrativi, ma che sono penali nella loro essenza; la crescente accettazione e uso della responsabilità penale delle persone giuridiche.

Partendo dalle costatazioni criminologiche e proposte politico-penali, questa tesi si intende proporre la creazione di un sistema di imputazione penale delle persone giuridiche, sulla base dell'idea del fatto proprio colpevole, con la colpevolezza legata al concetto di difetto di organizzazione al fine di superare il deficit nella applicazione del modello adottato dalla legge n 9.605/1998, nella quale non è stabilito alcun criterio per delimitare l'ambito delle azioni societarie colpevoli.

Pertanto, si è cercato, nei modelli giuridici stranieri (italiano, cileno e spagnolo), le esperienze e gli esempi che potessero aiutare nella proposizione di criteri alla base di un nuovo modello adattato alla realtà brasiliana, nelle quali puntiamo a massimizzare le possibilità di applicazione dell'istituto, da un verso, e la maggiore ampiezza possibile delle garanzie penali, dall'altro.

Parole chiave: *compliance; responsabilità penale delle persone giuridiche.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	16
1 – GLOBALIZAÇÃO E CRISE ECONÔMICA.....	19
1.1. Desregulamentação da atividade econômica globalizada.....	19
1.2. Crise do capitalismo global e intervenção estatal na atividade econômica...31	
1.3. Principais regulamentações internacionais do assunto.....	36
1.4. Sistema brasileiro de prevenção e combate à lavagem de dinheiro.....	40
2 – GOVERNANÇA CORPORATIVA E COMPLIANCE.....	48
2.1. <i>Compliance</i> como pilar garantidor da governança corporativa.....	51
2.2. Programa de cumprimento normativo e gestão dos riscos corporativos.....	57
2.3. <i>Chief compliance officer</i> , descumprimento dos deveres de vigilância e responsabilidade individual.....	65
2.4. <i>Criminal compliance</i> : prevenção ou armadilha?.....	77
2.5. Teoria da associação diferencial <i>versus</i> governança corporativa.....	83
3 – RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA.....	96
3.1. Direito penal econômico e direito administrativo sancionador.....	97
3.2. Política criminal e poder comunicativo do direito penal nos crimes econômicos.....	107
3.3. Tutela de bens jurídicos supraindividuais.....	118
3.4. Culpabilidade corporativa. Modelos de heterorresponsabilidade, autorresponsabilidade e misto.....	127
4 – MODELOS DE RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA.....	140
4.1. Modelo brasileiro (artigo 225, § 3º, da Constituição da República e Lei nº 9.605/1998 – Lei de Crimes Ambientais).....	143
4.1.1. A Lei nº 12.529/2011 – Lei de Defesa da Concorrência.....	156
4.1.2. A Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção.....	166
4.2. Itália.....	174
4.3. Chile.....	188
4.4. Espanha.....	202

5 – PROPOSTA DE UM NOVO MODELO DE RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA PARA O BRASIL.....	219
5.1. A Constituição de 1988 e a responsabilidade penal da pessoa jurídica.....	220
5.2. Anteprojeto de Código Penal (Projeto de Lei do Senado nº 236/2012).....	228
5.3. Por uma Parte Geral própria da responsabilidade penal da pessoa jurídica.....	237
5.4. Deveres de <i>compliance</i> como critérios de aferimento da culpabilidade da pessoa jurídica e como sistema de garantias.....	244
6 – CONCLUSÕES.....	253
7 – BIBLIOGRAFIA.....	266
ANEXO I.....	286
ANEXO II.....	314
ANEXO III.....	324

INTRODUÇÃO

A atividade econômico-financeira, em seu atual estágio de desenvolvimento na sociedade contemporânea, apresenta-se, mais do que nunca, globalizada, com suas operações intensamente interligadas em todo o planeta.

Da mesma forma, globalizados foram e continuam sendo os efeitos da crise do capitalismo instalada em todo o planeta, originada nos Estados Unidos da América do Norte no ano de 2008 e que se expandiu por todos os continentes, deixando à mostra as consequências mais nefastas da profunda desregulamentação da atividade econômico-financeira implementada a partir da década de 80 do século XX, com o chamado neoliberalismo.

Como o socorro financeiro que impediu a completa bancarrota dos mercados financeiros teve sua origem nos cofres públicos, renovou-se a importância da discussão sobre o papel regulatório que o Estado-nacional pode e deve exercer sobre a atividade econômico-financeira. Salta-se de uma fase de exclusiva autorregulação da atividade econômica, na qual o Estado agia somente de forma repressiva quando desvios eram constatados, para uma fase de autorregulação regulada ou forçada, na qual o Estado repassa ao particular deveres de organização e vigilância com vistas a prevenir a ocorrência de fraudes ou mesmo de condutas antiéticas. Em outras palavras, passa-se a obrigar o particular a cooperar com o Estado na prevenção e na repressão de ilícitos.

Ganha importância e aceitação a ideia de que devem existir, nas corporações, estruturas especialmente criadas com a finalidade de dar cumprimento às obrigações legais incidentes sobre cada um dos ramos da atividade econômica e/ou financeira, bem como de fiscalizar e impedir as iniciativas em sentido contrário, tudo dentro de um sistema que tem como objetivo principal fazer a gestão do risco empresarial. São as chamadas estruturas de cumprimento, ou, na forma como são mais conhecidas, estruturas de *compliance*.

Nesse quadro, renova-se o papel que o direito penal assume na sociedade contemporânea, enquanto norma de reforço e incentivo a condutas desejadas, adquirindo, com isso, funções cada vez mais próximas do direito administrativo, por meio da antecipação da tutela de bens jurídicos de interesse coletivo ou supraindividuais. Exige-se

das empresas organização com a finalidade de atender objetivos que seriam próprios do Estado, cominando punição – regulatória, administrativa ou penal – àqueles que descumprem estas obrigações.

Nesse quadro, a responsabilidade penal da pessoa jurídica, além de cada vez mais ganhar adeptos no mundo acadêmico, vem se tornando realidade presente na legislação de um número crescente de países, mesmo porque essa é uma tendência que atende aos compromissos que estão sendo exigidos dos Estados-Nacionais pelos organismos internacionais, tais como ONU e OCDE. Exemplos recentes são o Chile e a Espanha, países em que essa possibilidade legal tem vigência recentíssima.

Todo esse quadro de novas perspectivas de regulação estatal sobre a atividade econômica vem acarretando mudanças de enfoque e novas posturas administrativas nas empresas transnacionais – o que inclui empresas nacionais que atuam no exterior –, que se veem compelidas a criar sistemas de cumprimento e obediência às legislações de seus países de origem e dos países em que operam, como forma, principalmente, de evitar possíveis imputações penais em sua matriz.

A auto-organização corporativa, por meio da adoção de boas práticas de governança corporativa e de estruturas de *compliance*, mais do que mera estratégia de *marketing* social e empresarial, passou a ter, na atualidade, papel de verdadeira estrutura interna de normatização e de fiscalização de condutas ligadas à gestão da pessoa jurídica, com a finalidade de submetê-la às regras administrativas e regulatórias estatais incidentes em determinada atividade empresarial. Em termos ideais, busca-se, com isso, o planejamento e a prevenção de riscos, os quais, se realizados em razão de falha no sistema de controle e cumprimento implementado, acabam ocasionando imposição de sanções penais, administrativas e/ou regulatórias.

Como, numa sociedade globalizada, é difícil ao Brasil permanecer alheio aos influxos de modelos legislativos estrangeiros, ainda mais se considerando que as matrizes das empresas transnacionais que aqui operam estão sujeitas às normas e responsabilizações existentes nos sistemas legais de seus países de origem, tornam-se irresistíveis as pressões pela harmonização entre os sistemas jurídicos dos diversos países, de forma que é iminente a retomada da discussão sobre a ampliação do rol de possibilidades de responsabilização

penal da pessoa jurídica por aqui, na mesma medida em que ganham força, nos meios empresariais brasileiros, as práticas inerentes ao *compliance* e, também mais especificamente, ao *criminal compliance*.

Embora a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, no Brasil, tenha sido incorporada ao ordenamento jurídico já há algum tempo, é certo que o foi de maneira muito tímida e incipiente, em razão da deficiente técnica legislativa da Lei Federal nº 9.605/98.

Não obstante o ambiente doutrinário hostil à responsabilidade penal da pessoa jurídica que sempre existiu no Brasil, ultimamente, parece que os imperativos político-criminais decorrentes das discussões doutrinárias a respeito do tema estão, de fato, chegando ao País. O primeiro passo sensível é a guinada que o Supremo Tribunal Federal vem imprimindo na jurisprudência até então dominante no País a respeito do tema, deixando de exigir a imputação concomitante do fato delituoso a uma pessoa física (dupla imputação), passando a enxergá-lo como fato próprio culpável do ente social.

Ao mesmo tempo, o Projeto de novo Código Penal atualmente em discussão no Congresso Nacional propõe ampliar o rol de possibilidades legais de aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica, que se tornaria autônoma e independente da responsabilização da pessoa física correspondente.

Com base em saberes hauridos em outras áreas do conhecimento (economia, administração de empresas, funcionamento do mercado de capitais etc.), a presente tese de doutoramento tem objetivo de demonstrar que é constitucionalmente viável e juridicamente possível a construção de um novo modelo de responsabilização penal da pessoa jurídica no Brasil, baseado na ideia de fato próprio culpável do ente social. Para tanto, busca-se o que há de aproveitável em experiências legislativas que já vêm sendo adotadas em alguns países (Itália, Chile e Espanha), bem como discute-se qual o papel do *compliance* na fixação da chamada culpabilidade empresarial.

1 – GLOBALIZAÇÃO E CRISE ECONÔMICA

A fim de que se possa traçar um panorama histórico e institucional a respeito das condições sociais e econômicas que permeiam e envolvem a atividade econômica globalizada na atualidade, é preciso voltar os olhos para o desenvolvimento mais ou menos recente do capitalismo e, para tanto, necessita-se observar, com força, o que se passou, ultimamente, em seu núcleo principal, representado pelos Estados Unidos da América do Norte.

Então, poder-se-ão exceder as observações e as conclusões para os demais países, sejam eles os de maior relevo na conjuntura econômica mundial, como alguns dos europeus, sejam eles países de importância periférica, como o Brasil, buscando-se uma padronização teórica global que possa explicar o desenvolvimento do capitalismo assim chamado neoliberal, a consequente desregulamentação da atividade econômico-financeira e os ingredientes que culminaram na grave crise instalada a partir de 2008.

1.1. Desregulamentação da atividade econômica globalizada

Até o ano de 1929, quando ocorreu o grande craque da Bolsa de Valores de Nova Iorque – que teve como consequência o alastramento de aguda crise econômico-financeira por todo o planeta, porquanto a atividade capitalista de então já se encontrava razoavelmente interligada pelo mundo, ao mesmo tempo em que a bancarrota atingiu de forma especial e gravíssima aquela que já figurava como primeira economia do planeta –, é certo que a economia estadunidense estava, ainda, assentada sobre três pilares liberais clássicos, quais sejam: “1. a crença fortemente enraizada no automatismo das forças do mercado; 2. o incentivo do lucro; e 3. a euforia contagiante com o crescimento da riqueza, mesmo que expresso pela sobreprecificação exponencial dos ativos”.¹

Os governos dos presidentes estadunidenses Calvin Coolidge, que se encerrou em 04 de março de 1929, e Herbert Hoover, que se estendeu até 1933, ambos integrantes do Partido Republicano, mantiveram firme a concepção de que não é papel do Estado

¹ ROSSETTI, José Pachoal; ANDRADE, Adriana. *Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*, p. 45.

intervir na economia, ainda que se esteja diante de uma evidente espiral especulativa e, por consequência, criminosa. Durante o período presidencial de Calvin Coolidge, foram gestadas todas as condições para que o craque de 29 de outubro de 1929 ocorresse, embora a sensação, na sociedade estadunidense, fosse a de que se vivia numa era de progresso econômico sem precedentes.

Após o estouro da bolha especulativa, ocorrida praticamente num só dia – o fatídico 29 de outubro de 1929, quando não houve uma só ordem de compra de ações na bolsa de valores de Nova Iorque –, até o início do governo de Franklin Delano Roosevelt, em março de 1933, nada de efetivo foi, de fato, sequer tentado pelo então presidente Herbert Hoover para debelar a profunda recessão em que a economia estadunidense havia mergulhado e recolocar o país no rumo do crescimento econômico. Permanecia firme a crença estreita no *laissez-faire*.²

A partir da posse de Franklin Delano Roosevelt, integrante do Partido Democrata com forte crença nas ideias econômicas professadas por John Maynard Keynes, de conteúdo intervencionista (uma de suas principais obras é denominada *The end of laissez-faire*), iniciou-se a execução do chamado *New Deal*, conjunto de medidas governamentais que substituiu as concepções ultraliberais estadunidenses vigentes até então pela ideia de que deveria haver interferência e regulamentação estatal sobre o desenvolvimento da atividade econômica.

Sérgio Salomão SHECAIRA e Pedro Luiz Bueno de ANDRADE ensinam que, no período que sucedeu ao craque de 1929, “em face da grave crise do sistema ultraliberal americano, optou-se pela criação de agências reguladoras que pudessem, a partir do Estado e da sociedade civil, estabelecer um controle vertical das atividades empresariais”.³

José Paschoal Rossetti e Adriana Andrade apontam três grandes mudanças macroeconômicas, baseadas no ideário keynesiano, implantadas nos Estados Unidos da América do Norte como parte das iniciativas tomadas com o objetivo de recuperar o país da Grande Depressão instalada a partir de 1929, quais sejam: 1) revisão do conceito

² GALBRAITH, John Kenneth. *1929: a grande crise, passim*.

³ *Compliance e o direito penal. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 18, nº 222, maio/2011, p. 2.

clássico de *laissez-faire*, segundo o qual a economia operaria sempre com equilíbrio autônomo e autoajustável dos mercados, obtendo espontaneamente o pleno emprego; 2) aceitação de que somente a livre atuação dos mercados é insuficiente para gerar os quatro principais objetivos macroeconômicos, que são a expansão do Produto Nacional Bruto, a estabilidade dos preços, o equilíbrio do setor externo e a satisfatória distribuição de renda e riqueza; 3) legitimação da intervenção do Estado como agente regulador da economia, notadamente quando há clara situação de desequilíbrio econômico-financeiro.⁴

Assim, a partir de 1933, vivencia-se, nos Estados Unidos da América do Norte, uma nova realidade, consistente na aceitação da legitimidade da intervenção e da regulamentação estatal sobre a economia, como forma de controle e prevenção de espirais especulativas e mesmo criminosas, historicamente comuns em modelos ultraliberais, nos quais se extrema a ideia de *laissez-faire*. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, a Europa Ocidental, com grande influência estadunidense em razão da implantação do chamado Plano Marshall, estrutura um modelo de Estado chamado de bem-estar social (*welfare state*), no qual a intervenção e a regulamentação da economia também são características marcantes.

Em reforço à ideia de que a regulamentação e a intervenção estatal na economia previnem espirais especulativas e criminosas, Nouriel ROUBINI e Stephen MIHN destacam o caráter cíclico, regular e as graves consequências das crises que assolaram a economia estadunidense diversas vezes ao longo do século XIX e no início do século XX, representando o período que se seguiu ao craque da Bolsa de Valores de Nova Iorque em 1929 e à chamada Grande Depressão do início dos anos 1930, período em que os Estados Unidos da América do Norte ascenderam à posição de superpotência líder do planeta.

De outro lado, como acentuam os mesmos referidos autores, é certo também que, nesse período de calmaria econômica, “o governo dos Estados Unidos controlou as instituições financeiras com leis, como a Glass-Steagall, e as apoiou criando agências como a SEC e o FDIC”. O dólar tornou-se lastro do sistema econômico-financeiro internacional, que funcionou com razoável estabilidade até os anos 1970, quando

⁴ *Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*, p. 47.

começaram a aparecer as primeiras rachaduras no modelo econômico estadunidense, as quais, como se verá adiante, deram oportunidade ao surgimento das reformas neoliberais, com suas pressões desregulamentadoras, surgidas a partir dos anos 1980.⁵

Nos anos 1970, quando ainda vigiam as regulamentações econômico-financeiras estruturadas durante o *New Deal*, os Estados Unidos da América do Norte começaram a enfrentar as dificuldades que sucederam o fim da assim chamada era de ouro do pós-guerra. Houve o caso *Watergate* e a consequente renúncia do Presidente Nixon, a Guerra do Yom Kippur, o ocaso da Guerra do Vietnã, o primeiro e o segundo choques do petróleo, fatos que geraram uma combinação de recessão, inflação e alta das taxas de juros.

Além disso, a economia estadunidense passou a enfrentar, naquele período, novos desafios, que punham em xeque seus próprios fundamentos, tais como: a dificuldade de financiar os altos custos das incursões de suas forças armadas nos locais mais longínquos do planeta; uma certa decadência estrutural e administrativa de suas principais empresas, principalmente quando começaram a se defrontar com a competição oriunda do leste asiático, cujo sistema produtivo era fundado em outro modelo organizacional (*just in time*, toyotismo), muito mais enxuto; o encarecimento relativo do preço da mão de obra estadunidense quando comparada a outras partes do mundo (principalmente, o Japão); o início da era da terceirização de serviços, permitida pelo desenvolvimento tecnológico e dos meios de comunicação.⁶

Nos início dos anos 1980, havia a percepção, nos Estados Unidos da América do Norte, de que seu longo e inercial domínio econômico sobre o planeta, sem qualquer possibilidade de rivalização no mundo ocidental, estava acabando. Ademais, começavam a ruir as estruturas político-institucionais e econômicas dos países que compunham o bloco socialista da Europa do Leste e da própria União Soviética. À medida que se perdiam as referências comparativas de modelos que punham em evidência o direito dos trabalhadores, ruíam, em contrapartida, muitas das resistências à expansão ilimitada do capitalismo.

⁵ *A economia das crises: um curso-relâmpago sobre o futuro do sistema financeiro nacional*, pp. 288-289.

⁶ FERGUSON, Charles H. *O sequestro da América: como as corporações financeiras corromperam os Estados Unidos*, pp. 32 e segs.

Nesse panorama histórico e econômico, a sociedade estadunidense passou a enfrentar, a partir de 1980, uma série de profundas alterações, como “desregulamentação, redução da aplicação das leis antitruste e mudanças tecnológicas”, num cenário em que “o dinheiro começou a desempenhar um papel maior e mais corruptor na política”. Tais mudanças na estrutura social estadunidense culminaram numa “concentração crescente na indústria e nas finanças”, ou, em outras palavras, aumentaram a desigualdade social e transformaram as relações sociais num jogo de “cartas marcadas”.⁷

O imperativo econômico-financeiro adotado com pretensões de consenso a partir de 1980, encarnado nas figuras históricas de Ronald Reagan, nos Estados Unidos da América do Norte, e Margareth Thatcher, no Reino Unido, que ganhou ainda mais força com a derrocada da experiência histórica do socialismo real no Leste Europeu, baseava-se em maciços investimentos nas forças armadas, na desoneração tributária e na livre e desimpedida circulação de mercadorias e de capitais, por meio da crescente desregulamentação da atividade econômico-financeira, em contraponto à circulação de pessoas, que deveria ser restrita, sob a elegante desculpa do “controle de passaportes”, visando a conter indesejados fluxos migratórios decorrentes das massas de miseráveis e desocupados geradas pelo modelo econômico excludente adotado.

Sobre as pressões, inclusive acadêmicas, no sentido de que fosse implantada a mais completa desregulamentação da atividade econômico-financeira a partir dos anos 1980, Charles H. FERGUSON é enfático:

Muitos passos do processo de desregulamentação foram dados abertamente, muitas vezes de forma orgulhosa, pois uma maioria de economistas acadêmicos e especialistas em finanças insistia em que, assim que libertados de obsoletas restrições regulatórias, os banqueiros manejariam os fluxos de capital do mundo com tal habilidade e precisão que dariam início a uma nova época de ouro. Muitos dos professores sem dúvida acreditavam em suas recomendações, embora, como veremos mais adiante, muitos deles também tenham sido belamente remunerados para defender as posições dos banqueiros. [...]⁸

Bastante curioso notar que esse diagnóstico sobre o papel do otimismo irreal expresso pelos assim chamados formadores de opinião na geração de bolhas especulativas, feito a partir da observação do comportamento empresarial estadunidense no período que

⁷ FERGUSON, Charles H. *O sequestro da América: como as corporações financeiras corromperam os Estados Unidos*, p. 9.

⁸ *O sequestro da América: como as corporações financeiras corromperam os Estados Unidos*, p. 24.

antecedeu a crise de 2008, é muito similar àquele feito por John Keneth Galbraith, ao tratar da crise de 1929.⁹

Ainda no início do primeiro governo de Ronald Reagan, vigia, nos Estados Unidos da América do Norte, a grande maioria das leis aprovadas durante o *New Deal*, isto é, aquelas normas promulgadas ainda sob o impacto da crise econômico-financeira que se desencadeou a partir de 1929, quando se estruturou um sistema de regulamentação e controle bastante estável, com grande aversão a riscos.

A partir da desregulamentação da atividade econômico-financeira iniciada àquela época – início dos anos 1980 –,¹⁰ surgiram, concomitantemente, notícias sobre crimes e falcatruas, que, aos poucos, foram crescendo em espiral, na mesma proporção em que os controles sobre a economia eram desfeitos, num processo de abertura que encontrou seu auge nos anos de 1999 e 2000, durante o Governo de Bill Clinton.

Além disso, o desenvolvimento tecnológico fez crescerem a integração e a velocidade da circulação de informações pelo planeta, o que deu ainda maior impulso ao processo de globalização econômica, pois facilitou a livre circulação de mercadorias e, principalmente, do capital financeiro, que assume dimensão autônoma, difusa, comparada a uma nuvem, que se desloca, sem impedimentos, de um lugar para outro do globo terrestre, ao bel prazer dos chamados “humores do mercado”, sempre se interessando por novas oportunidades, cuja principal qualidade deve ser ter maior retorno no prazo mais curto.

Todas essas características somadas, quais sejam, desregulamentação, vertiginoso desenvolvimento tecnológico, operações e produtos financeiros muito rentáveis a curto prazo, ânsia por aumentar ainda mais a margem de lucro a ser distribuída entre executivos e acionistas, fizeram com que se concentrassem radicalmente o controle e a atividade do sistema financeiro estadunidense a partir dos anos 1990, criando uma espécie de verdadeiro oligopólio.

⁹ Verificar: *1929: a grande crise*, pp. 177-179.

¹⁰ “Até os anos 1980 uma combinação de tradição, reputação e regulamentação rígida determinava a remuneração dos banqueiros e impedia grandes abusos sistêmicos. Os bancos de investimentos, por exemplo, eram estruturados como sociedades, com os sócios sendo obrigados a investir seu próprio dinheiro, que compunha todo o capital da empresa.” In: FERGUSON, Charles H. *O sequestro da América: como as corporações financeiras corromperam os Estados Unidos*, p. 25.

De fato, a maior eficiência e as possibilidades surgidas a partir das mudanças proporcionadas pela integração informacional foram enormes, mas, em contrapartida, tornaram mais frágil todo o sistema financeiro, em vista de sua própria integração e interdependência, geradoras de reações em cadeia, com efeito multiplicador, quando do surgimento de vulnerabilidades ou crises, o que se agravava por se tratar de um setor já altamente concentrado e que se concentrava ainda mais a cada dia.

Nesse panorama, em fins dos anos 1990 e início dos anos 2000, começaram a estourar, cada vez com mais frequência, megaescândalos financeiros que tinham fraudes contábeis e falta de transparência das informações corporativas como pano de fundo, os quais vão assumindo proporções realmente gigantescas, diversas vezes na casa dos muitos bilhões de dólares.

Nos Estados Unidos da América do Norte, exemplificam tais fraudes os casos Enron, com prejuízos na casa dos 60 bilhões de dólares, e WorldCom, com prejuízos na casa dos 107 bilhões de dólares (este ocorrido no contexto da assim chamada “bolha da internet”, onda especulativa surgida em período anterior ao estouro da bolha dos *subprimes*). No continente europeu, são exemplos os casos da Parmalat, ocorrido em 2003, na Itália, com prejuízos em torno de 23 bilhões de euros, do Banco Barings, tradicional banco de investimentos inglês, que havia financiado a compra, da França, do Estado da Luisiana pelos Estados Unidos da América do Norte, e acabou sendo vendido por 1£ (uma libra esterlina) para uma instituição financeira holandesa.¹¹

Interessante notar, no aspecto dessa casuística que mais toca aos objetivos do presente estudo, que todas as megafraudes acima enumeradas somente puderam ter lugar em razão da conivência, em grande parte deliberada, das empresas de auditoria responsáveis pelo acompanhamento ou mesmo pela elaboração de sua escrituração contábil, bem como pela avaliação de seus ativos.

¹¹ Trata-se da incrível história de Nick Leeson, tido como gênio do mercado financeiro aos 25 anos de idade, que soterrou o Banco Barings em prejuízos provenientes de transações com derivativos nos mercados do leste asiático, que permaneceram dissimulados por fraudes contábeis durante dois anos (ele criou e utilizou, livremente e sem qualquer controle, a conta contábil fictícia 88.888 para lançar seus prejuízos). Ver: <<http://www.fazenda.gov.br/resenhaeletronica/MostraMateria.asp?page=&cod=436184>>, acesso em: 02/05/2013. Essa história foi tratada como espetáculo pela indústria cinematográfica, com o lançamento, no ano de 1999, do filme *A fraude (Rogue Trader)*, com o ator Ewan McGregor no papel principal do fraudador Nick Leeson.

A dinâmica do caso *Enron*, por exemplo, levou ao fechamento da então gigante do setor de auditoria de contabilidade *Arthur Andersen*, por absoluta falta de credibilidade para prosseguir em seu negócio, após ter sido envolvida inclusive do ponto de vista criminal nas fraudes ocorridas, que consistiam, sinteticamente, em “criar entidades fora do balanço conhecidas como SPEs (sigla em inglês para entidades de objetivo especial) que ela usava para criar transações fictícias que faziam com fluxos de dinheiro emprestado parecessem receitas”.¹²

Vania Maria da Costa BORGERTH, ao tratar das megafraudes empresariais ocorridas entre fins dos anos 1990 e início dos anos 2000, acentua que muitas das práticas e manipulações contábeis adotadas não eram exatamente ilegais, na medida em que se embrenhavam nas brechas legislativas então existentes. A seu ver, havia, de fato, lacunas na legislação, mas os fatos ocorridos, ainda que não fossem expressamente ilegais, eram evidentemente inaceitáveis sob a ética da técnica contábil.

À casuística acima enumerada, a aludida autora acrescenta, ainda, outros casos, que não redundaram em prejuízos propriamente ditos, mas nos quais houve manipulação de dados contábeis com a finalidade de inflar os resultados positivos auferidos pela empresa envolvida, tais como os casos da Xerox (2002, com aplicação de multa de US\$ 22 milhões); Bristol-Myers Squibb (2000 e 2001, com multa de US\$ 150 milhões e envolvimento pessoal de seus principais executivos em investigações pela tentativa de dominação de mercado); Merck (2001); Tyco (2002, multa de US\$ 50 milhões); ImClone Systems (2002, venda de ações baseada em informações privilegiadas, revelando a existência de *inside information*).

A constatação da ocorrência sequencial dessas megafraudes trouxe a percepção de que a eficiência da autorregulação dos principais mercados do mundo era apenas aparente, porquanto, em realidade, sua consistência mostrava-se extremamente vulnerável. Passou a haver preocupação generalizada com a confiança e a transparência das informações contábeis fornecidas aos investidores, com evidente transtorno ao próprio

¹² FERGUSON, Charles H. *O sequestro da América: como as corporações financeiras corromperam os Estados Unidos*, p. 177-180, mais especificamente p. 178.

bom andamento e aos resultados obtidos nas transações que vinham ocorrendo no mercado de ações.¹³

Como resposta a essa gravosa situação, os Estados Unidos da América do Norte promulgaram, em 30 de julho de 2002, a Lei Sarbanes-Oxley (*Sarbanes-Oxley Act*), que estabelece sanções para empresas atuantes no mercado daquele país como decorrência da prática de procedimentos contábeis não-éticos ou em desacordo com boas práticas de governança corporativa.

Dividida em onze capítulos, a Lei Sarbanes-Oxley trata de diversos aspectos da vida empresarial e de controle, tais como: criação de uma espécie de órgão de classe supervisor do trabalho dos auditores independentes, o chamado *Public Company Accounting Oversight Board* (PCAOB); garantia da independência dos auditores externos; aumento da responsabilidade corporativa, com criação e transformação das funções dos comitês de auditoria e conselhos fiscais, inclusive criando um sistema de certificação de boas práticas de governança corporativa firmado pelos altos executivos da empresa, cominando-lhe punições cíveis e penais em caso de descumprimento (essa obrigação estende-se ao *chief executive officer* – CEO – e ao *chief financial officer* – CFO, o que, em outras palavras, significa certificar a eficiência de sua própria estrutura de *compliance*); aumento do nível e melhora na transparência da divulgação das demonstrações contábeis; coibição de conflitos de interesse entre os analistas de mercado e as instituições financeiras, que detinham interesses próprios sobre as empresas alvo dos negócios que recomendam; ampliação dos poderes e do orçamento da SEC – Securities and Exchange Commission (órgão correlato ao que é a Comissão de Valores Mobiliários – CVM – no Brasil); atribuição à Controladoria Geral Estadunidense (órgão correlato à Controladoria-Geral da União no Brasil) do dever de produzir relatórios e fazer investigações a respeito de grandes fusões, da atuação das agências de classificação de risco, da operação de bancos de investimento, bem como de manter uma espécie de *lista negra* dos profissionais envolvidos nas fraudes ocorridas nos fins de 1990 e início dos anos 2000; expansão de punições, aumento de penas (chegando a

¹³ BORGERTH, Vania Maria da Costa. *SOX: entendendo a Lei Sarbanes-Oxley: um caminho para a informação transparente*, pp. 1-12.

cominações de dez anos em prisões federais) e possibilidade de medidas cautelares assecuratórias nos caos de prática de ilícitos corporativos ou de colarinho branco.¹⁴

No Brasil, é recente a notícia de que, pela primeira vez na história, empresas de auditoria estão sendo responsabilizadas (não criminalmente) por omissões e conivências em fraudes ocorridas em escriturações de instituição financeira que acabou entrando em processo de liquidação extrajudicial. Trata-se do caso do Banco Cruzeiro do Sul, no qual o Ministério Público do Estado de São Paulo propôs ação civil pública contra a KPMG e a Ernst & Young, buscando reconhecer judicialmente a solidariedade dessas duas empresas no polo passivo da indenização dos prejuízos suportados por clientes e credores da aludida instituição financeira, que remontam a mais de 2,2 bilhões de reais.¹⁵

Tais constatações mostram-se importantes porque propiciam os primeiros questionamentos a respeito da eficácia da autorregulação livre de qualquer intervenção ou regulamentação estatal, isto é, da real e efetiva capacidade de os atores econômico-financeiros se autorregularem e prevenirem a ocorrência de ilícitos, já que as empresas de auditoria, que teriam, em tese, o dever de apontar fraudes e riscos desnecessários na condução dos negócios das empresas que as contratam, acabam não agindo dessa forma, mas, ao contrário, coonestam com práticas ilícitas, cooptadas que são pelo próprio valor de seus honorários.

Embora a Lei Sarbanes-Oxley tenha sido um passo importante para que fosse retomado algum controle sobre a atividade empresarial, acelerando o processo de adequação das corporações à conformidade legal e ética, é certo que não foi suficiente para reestruturar a organização da economia estadunidense, principalmente as instituições financeiras, e, dessa forma, evitar a eclosão da crise econômica iniciada em 2008, ou mesmo mitigar suas consequências. Mesmo porque, como se verá adiante, as organizações empresariais têm natural resistência a aderir ao sistema legal, sendo necessário, para que haja cogência e cumprimento de determinadas normas reguladoras, efetivo empenho do Estado, o que não ocorreu de fato no período que antecedeu a eclosão da crise de 2008.

¹⁴ BORGERTH, Vania Maria da Costa. *SOX: entendendo a Lei Sarbanes-Oxley: um caminho para a informação transparente*, pp.19-47.

¹⁵ *Folha de São Paulo*, 1º/05/2013, Caderno Mercado, p. B1. Ver também: <<http://veja.abril.com.br/noticia/economia/kpmg-e-ernst-young-sao-acusadas-de-tambem-ter-responsabilidade-no-caso-banco-cruzeiro-do-sul>>, acesso em: 02/05/2013.

Fato é que a crescente desregulamentação da atividade econômica e financeira trouxe o ambiente propício para que, principalmente, o setor financeiro fosse se tornando mais antiético e perigoso em suas estratégias e atividades negociais, dando ensejo a uma verdadeira espiral de fraudes, com enormes e massivos prejuízos à sociedade como um todo.

Para Alberto Silva FRANCO, a revolução tecnológica da comunicação e da informação – que propiciou integração da economia de todo o planeta em tempo real, a aceleração da globalização, que permitiu o livre fluxo de capitais e conseqüentemente o enfraquecimento do Estado-Nação, que acaba se submetendo às regras impostas pelo mercado, e a maximização da perspectiva neoliberal da economia, sob a vertente da financeirização, na qual há predomínio dos interesses do capital financeiro sobre o capital produtivo – foi o principal ingrediente que redundou na chamada crise dos *subprimes* ou derivativos, cujas conseqüências nefastas podem ser sentidas até os dias atuais em todo o planeta.

Melhor explicando, no panorama existente às vésperas da eclosão da crise de 2008, haviam desaparecido as barreiras ao livre movimento de capitais, sempre na busca de maiores lucros, ainda que, para tanto, não fosse necessário produzir coisa alguma, dado o seu caráter eminentemente financeirizado.

Nesse cenário, há verdadeira inversão do predomínio social exercido pela economia e pela política, a primeira sobrepujando a segunda, de modo que a própria organização dos interesses dos Estados fica submetida às chamadas regras do mercado. Os Estados passam a não mais controlar a economias, mas, ao contrário, os interesses políticos é que passam a ser governados pelo descontrole dos mercados.¹⁶

Então, com a eclosão da chamada crise dos *subprimes* ou derivativos, ocorrida a partir do ano de 2008 e nascida evidentemente de condutas criminosas adotadas pelas instituições financeiras, todo o planeta mergulha numa gravíssima recessão econômica, cujas conseqüências continuam a ser suportadas, principalmente pelas camadas mais

¹⁶ FRANCO, Alberto Silva. A crise financeira de 2008: quatro anos depois, *passim*.

humildes de trabalhadores e aposentados dos Estados Unidos da América do Norte e nos diversos países integrantes da União Europeia, com reflexos nas nações emergentes, como o Brasil.¹⁷

Nesse período, a bancarrota completa da atividade econômico-financeira global somente foi evitada por meio de grandes aportes de recursos públicos em socorro dos entes privados, principalmente instituições financeiras, que se colocaram em apuros por acreditarem nos lucros fáceis advindos do verdadeiro cassino global fundado em operações escusas e permitidos por escriturações contábeis fraudulentas, atitude que acabou drenando recursos das atividades produtivas, destinando-os às atividades especulativas.

O Estado-Nação – tão vilipendiado pela visão neoliberal do capitalismo, na qual estava fadado à completa inércia para não atrapalhar o pretenso e ilimitado sucesso que seria alcançado pela livre circulação de capitais – passou a ser a redenção para os problemas criados pelo livre mercado, aos quais seus próprios operadores e defensores não tinham qualquer resposta ou capacidade de enfrentamento. Para salvar os chamados mercados da enrascada em que se meteram em razão da sandice que representavam os ganhos exorbitantes, os Estados-Nações acabaram intervindo no tenebroso quadro criado e, numa lógica também inversa, socializando esses prejuízos.¹⁸

Diante desse quadro, no qual os Estados-Nações, apesar de todas suas limitações diante do poderio econômico transnacional, tiveram que exercer um protagonismo intervencionista na atividade econômico-financeira, aportando nela grandes montantes de recursos, ganhou novo e forte impulso a defesa da importância e da

¹⁷ Para que melhor se compreenda qual, de fato, foi a conduta que determinou a eclosão da crise dos derivativos ou *subprimes*, verifique-se a seguinte sintetização: “1. A crise [...] teve origem no mercado imobiliário americano. Com excesso de dinheiro em caixa, os bancos ofereceram crédito para compradores de imóveis com histórico de crédito ruim, segmento conhecido como *subprime*. 2. Faturando com os altos juros cobrados para compensar a falta de garantia dos mutuários, muitas corretoras entraram no mercado de hipotecas imobiliárias. 3. Grandes companhias hipotecárias usaram dinheiro de investidores de Wall Street para ampliar empréstimos e os ‘empacotaram’ por meio de um processo chamado de securitização, que permite que as hipotecas sejam agrupadas e transformadas em papéis negociados no mercado. 4. Bancos de investimentos [...] venderam os papéis hipotecários, espalhando o risco por todo o mercado internacional. 5. Apesar da origem precária desses papéis, agências de classificação de risco, como a Standard & Poor’s, davam boas notas para eles, atraindo investidores como fundos de pensão. 6. Investidores do mundo todo, incluindo grandes bancos, compraram títulos podres. 7. Nesse período, muitos mutuários refinanciaram o imóvel para continuar consumindo. O juro nos Estados Unidos começou a subir, o que elevou o valor de suas dívidas e provocou uma disparada da inadimplência, derrubando toda a cadeia”. *O Estado de São Paulo*, edição de 12 de outubro de 2008, disponível em: <www.estadao.com.br>, acesso em: 16 de outubro de 2014.

¹⁸ FRANCO, Alberto Silva. A crise financeira de 2008: quatro anos depois, *passim*.

necessidade da intervenção e da regulação estatal na economia, como se verá no tópico seguinte.

1.2. Crise do capitalismo global e intervenção estatal na atividade econômica

Não há dúvida de que a gravidade da crise financeira de 2008 só encontra paralelo na história recente do capitalismo na Grande Depressão instalada a partir do ano de 1929, não só para os Estados Unidos da América do Norte, mas também para todo o planeta.

Em relação à economia estadunidense, Charles H. FERGUSON aponta que, em 2007, quando a bolha financeira encontrava-se em seu final, o crescimento do país despencou para 1,9%, tornando-se negativo em 0,3% em 2008 e seguindo para uma grande retração de 3,5% no ano de 2009, voltando a ficar positivo somente em 2010, quando aumentou 3%, calculados sobre uma base decrescida em razão dos próprios efeitos da crise. Conclui dizendo que essa recuperação em nada ajudou a situação real da vida das pessoas, porquanto “a recuperação foi modesta e quase não gerou empregos; o crescimento do PNB foi conseguido em grande medida por investimentos em tecnologia, e não pela contratação de pessoas”.

Embora a recessão estadunidense tenha se encerrado, oficialmente, em meados de 2009, é certo que a renda familiar média nos Estados Unidos da América do Norte caiu 7% desde então, com o crescimento do desemprego e da pobreza infantil. “Mais de 2 milhões de residências foram retomadas nos Estados Unidos em 2011.”¹⁹

Na Europa, os desastres econômico-financeiros que eclodiram nos Estados Unidos da América do Norte a partir de 2008 tiveram efeito ricochete e um tanto retardatário, mas suas consequências sinistras instalaram-se no velho continente numa profundidade inimaginável, ocasionada pela dívida dos países europeus, em muito agravada pelos gastos emergenciais necessários a impedir que a crise de 2008 provocasse uma nova Grande Depressão, agora no século XXI.

¹⁹ *O sequestro da América: como as corporações financeiras corromperam os Estados Unidos*, pp. 11-12.

Ainda assim, os índices de desemprego em países integrantes da União Europeia são calamitosos, atingindo, no ano de 2012, 23% na Espanha,²⁰ 12% em Portugal, 14% na Irlanda e 22% na Grécia.²¹

Antes do estouro da bolha que deflagra a crise global no ano de 2008, os países europeus ostentavam os seguintes índices percentuais de relação entre endividamento e Produto Interno Bruto (PIB): Grécia, 110%; Irlanda, inferior a 70%; Espanha, por volta de 40%; Portugal, apenas 25%.

Após a enorme recessão instalada em todo planeta a partir da deflagração da chamada crise dos *subprimes* e seu efeito acumulativo, em razão da organização em rede das relações econômicas, e a partir da necessidade premente de intervenção estatal em suas respectivas economias, com vistas a impedir seu colapso total, esses índices percentuais saltaram para 170% na Grécia; mais de 100% na Irlanda; acima de 60% na Espanha; impressionantes 110% em Portugal – onde o índice mais do que quadruplicou. Tudo isso tendo como contrapartida a deterioração das condições de vida da população e a desestruturação das redes de proteção sociais que existiam nesses países (para se ter a dimensão dessa afirmação, basta verificar a disparada de seus índices de desemprego, relatada anteriormente no texto).²²

Nos Estados Unidos da América do Norte, investigações posteriores descobriram que o auxílio do *Federal Reserve (Fed)* às instituições financeiras em apuros atingiram notáveis 7,7 trilhões de dólares, montante que foi mantido em sigilo e que é muito superior àquele divulgado à época dos fatos (em torno de 3 trilhões). A taxa de juros

²⁰ No dia 25/04/2013, houve, em Madri, grande confronto entre manifestantes e a polícia, depois que foi anunciado novo aumento no índice de desemprego da Espanha, que atingiu o recorde histórico de 27,16% da população economicamente ativa, número que corresponde a seis milhões de desempregados. Em junho de 2007, antes do desencadeamento da crise iniciada em 2008, esse índice era de 7,95% da população economicamente ativa, ou seja, menos de dois milhões de pessoas desempregadas. Na faixa etária de até 25 anos de idade, o índice de desemprego chegou a 57,2%. Verificar: *Folha de São Paulo*, 26 de abril de 2013, p. A18.

²¹ FERGUSON, Charles H. *O sequestro da América: como as corporações financeiras corromperam os Estados Unidos*, p. 13. Dos países citados no texto, embora todos estejam imersos numa profunda crise econômico-financeira, destaca-se a situação da Grécia, “cujo governo anterior contratara o Goldman Sachs para ajudá-lo a falsificar as contas nacionais e esconder da União Europeia seus déficits orçamentários, não podia mais pagar a dívida governamental de 300 bilhões de dólares”. Professores gregos de ensino médio e superior tiveram cortes salariais de 30% ou mais e o PIB decresceu 30% em 2011.

²² FERGUSON, Charles H. *O sequestro da América: como as corporações financeiras corromperam os Estados Unidos*, pp. 230-231.

subsidiada pela qual esses valores foram repassados às instituições financeiras trouxe um ganho imediato a essas últimas no valor estimado de 13 bilhões de dólares.²³

É interessante notar que tanto John Keneth GALBRAITH, quando trata da crise de 1929, quanto Charles H. FERGUSON, ao tratar da crise de 2008, advertem para o fato histórico, ora repetido, de que, tão logo se acalmem as mais agudas tormentas provocadas pela desestabilização econômico-financeira gerada pela espiral de condutas antissociais que encontraram espaço para ocorrer numa época de desregulamentação, voltarão as vozes representativas do mercado a bradar pela não interferência do Estado na economia, pela desregulamentada liberdade do capital.²⁴

Ilustrando a afirmativa acima, Nouriel ROUBINI e Stephen MIHN trazem caso ocorrido durante o ano de 2009, quando o então Presidente do Banco Goldman Sachs, instituição financeira que esteve diretamente envolvida na criação das condições para que a crise de 2008 se iniciasse de fato, “tentou repetidas vezes abafar os clamores por uma ampla regulação do sistema financeiro”, afirmando que fatos como esses somente ocorrem a cada cem anos.²⁵

Como aponta Alberto Silva FRANCO, muitos autores, atualmente, não só já se esqueceram – inclusive com bastante facilidade – das origens da crise de 2008, mas, não satisfeitos, já estão a bradar que o Estado não pode e não deve aproveitar-se da situação para ocupar o centro do sistema econômico. Numa lógica perversa, vão transmudando a discussão sobre a origem da crise, que aos poucos vai se distanciando dos prejuízos causados pelo comportamento gravemente imprudente e, muitíssimas vezes, criminoso dos mercados, para se aproximarem dos desequilíbrios supostamente causados pelos gastos sociais dos Estados, esquecendo-se que grande parte das riquezas nacionais, nos últimos anos, foi drenada para apagar o incêndio causado principalmente pela bancarrota da atividade financeira global.²⁶

²³ Disponível em: <<http://www.bloomberg.com/news/2011-11-28/secret-fed-loans-undisclosed-to-congress-gave-banks-13-billion-in-income.html>>, acessado em 05 de maio de 2013. Verificar também: FERGUSON, Charles H. *O sequestro da América: como as corporações financeiras corromperam os Estados Unidos*, pp. 221-222.

²⁴ GALBRAITH, John Kenneth. *1929: a grande crise*, pp. 162-163 e 177-179. Ver também: FERGUSON, Charles H. *O sequestro da América: como as corporações financeiras corromperam os Estados Unidos*, p. 18.

²⁵ *A economia das crises: um curso-relâmpago sobre o futuro do sistema financeiro nacional*, p. 288.

²⁶ *A crise financeira de 2008: quatro anos depois, passim*.

Adán NIETO MARTÍN afirma que as práticas criminais protagonizadas por instituições financeiras e agências de qualificação de risco, que redundaram na explosão da crise financeira que assola o continente europeu desde o ano de 2008, assim como as práticas anticorrupção que vêm sendo adotadas em nível global pelas empresas transnacionais, constituem-se nos fundamentos da nova estratégia preventiva de criminalidade econômica, as quais determinam em que medida poderá haver a superação de antigos conceitos dogmáticos sobre o tema. Aduz, ainda, que tanto a impossibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, quanto sua possibilidade, mais do que meros dogmas jurídico-penais, são, ao final, ferramentas político-criminais que encontram sua legitimidade e validade em seus próprios resultados empíricos e não em axiomas filosóficos.²⁷

Em outro texto de sua autoria, Adán NIETO MARTÍN afirma que, em última análise, a chamada “harmonização” do direito penal econômico europeu vem sendo feita por meio da interação e da profunda influência da tradição jurídica anglo-saxã e, mais especificamente, das tendências legislativas estadunidenses, donde se extraem as quatro grandes vertentes atuais adotadas pelas tratativas que vêm sendo dadas ao tema, quais sejam: 1) internalização de normas penais que protegem o mercado sob o prisma concorrencial; 2) implementação de novas normativas que incrementam a política de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro; 3) normas que incentivam a adoção de boas práticas de governança corporativa; e 4) adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica.²⁸

Como se pode observar, os itens 3 e 4 acima enumerados, acompanhando o diagnóstico de Adán NIETO MARTÍN, não só compõem o núcleo central dos estudos que estão sendo desenvolvidos na presente tese, mas também se mostram umbilicalmente integrados no plano cotidiano, da ontologia e da deontologia, uma vez que, no plano legislativo, não há como separar o estudo e a compreensão da organização corporativa e seus possíveis mecanismos de prevenção da criminalidade da construção de um modelo de responsabilização penal da pessoa jurídica que seja autônomo em relação à necessidade de

²⁷ NIETO MARTÍN, Adán. Introducción. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (diretores). *El derecho penal en la era compliance*, p. 15.

²⁸ ¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico?, pp. 120-135, *passim*.

responsabilização de pessoas físicas pelo fato criminoso, o que gera enorme déficit de aplicação do instituto.

Embora possa ser atribuída ao direito administrativo parte da missão de exigir que as empresas adotem efetivos programas internos que visem ao respeito e ao cumprimento da lei, o que significa, principalmente, mecanismos antifraude e anticorrupção – por meio, exemplificativamente, da utilização de *listas negras* que impeçam a contratação entre o Poder Público e aquelas pessoas jurídicas envolvidas em práticas corruptas –,²⁹ é certo que o direito penal consiste no instrumento mais gravoso de intervenção social à disposição do Estado, em vista de seu vigoroso poder comunicativo, ainda que atuando fora de seu nicho original, que é a cominação e imposição da pena de prisão pela violação de bens jurídicos pessoais.³⁰

Como adverte Eduardo SAAD-DINIZ, essa não é uma leitura isenta de paradoxos, pois se as normas de direito penal econômico, por um lado, representam uma tentativa normativa e institucional de defesa social frente às condutas antissociais praticadas pelos poderosos, exercem, em contrapartida, um papel de integração e de harmonização dos mercados frente às incertezas e instabilidades que, por vezes, abalam a convicção dos investidores e proprietários ausentes (termo com significado próprio, que será mais bem explorado no item 2.2).

Essa oscilação entre a função protetiva da sociedade e a função de criar identidade entre os mercados, harmonizando-os, acaba, em última análise, representando uma forma de proteger a livre concorrência e o conceito de lealdade mercadológica que isso envolve.

Isso porque, ao demarcar os limites entre o lícito e o ilícito no exercício da atividade econômica financeira, acabam sendo impostas restrições ou proibições a determinadas empresas ou atividades econômicas, as quais representam, em contrapartida, garantias de liberdade para outras empresas ou atividades econômicas, contribuindo para

²⁹ NIETO MARTÍN, Adán. Introducción. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (diretores). *El derecho penal en la era compliance*, p. 14.

³⁰ Verificar, nesse sentido: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, pp. 186 e segs.

ampliar a própria segurança da atividade negocial, na medida em que os espaços em que as transações econômico-financeiras podem ocorrer tornam-se mais claros e evidentes.³¹

1.3. Principais regulamentações internacionais do assunto

O tema relativo às crescentes exigências legais de cunho jurídico-penal que vêm forçando as corporações empresariais de todo o planeta a tomarem medidas organizacionais no sentido de criar estruturas internas de prevenção de fraudes e delitos – as chamadas estruturas de *compliance*, ou de cumprimento normativo – mistura-se à crescente expansão penal em torno do combate às práticas de corrupção, seja de natureza pública ou privada, e de lavagem de dinheiro.

Interessante, num primeiro momento, notar que, curiosamente, essas estratégias político-criminais não têm como escopo primordial o combate à criminalidade empresarial propriamente dita, isto é, aqueles atos antissociais que nascem a partir do próprio exercício da atividade econômico-financeira e das disfunções que lhe são inerentes, mas sim como forma de combate a uma espécie de criminalidade assim chamada organizada, ligada ao tráfico de entorpecentes, à corrupção ou ao financiamento do terrorismo.

Essas estratégias de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro, elaboradas por meio de tratados internacionais, internalizados no direito nacional dos diversos países deles signatários, pautam-se por uma linha mestra, comum a todos eles, que é o reconhecimento implícito de que cada país, por si só, não é capaz de dar ao problema a solução adequada por meio da aplicação dos instrumentos de controle tradicionais, inclusive os de direito penal. Passa-se, então, a buscar a cooperação internacional e a criação de obrigações impostas aos particulares, colocando-os na posição de garantes, que não só estão proibidos de cometer crimes, mas também têm o dever de ajudar o Estado a preveni-los e a reprimi-los.³²

³¹ SAAD-DINIZ, Eduardo. O sentido normativo dos programas de *compliance* na AP 470.

³² Gustavo Henrique BADARÓ e Pierpaolo Cruz BOTTINI acentuam que “a progressiva preocupação das autoridades financeiras, fiscais, policiais e judiciais com os atos de lavagem de dinheiro e com sua sofisticada engenharia se traduz na contínua elaboração e aprovação de tratados, acordos e convenções internacionais voltados ao combate à prática”. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012*, p. 29.

Para Adán NIETO MARTÍN, tais estratégias têm como um de seus principais propulsores o *Foreign Corrupt Practices Act – FCPA*, a lei estadunidense que trata de atos corruptos nas relações internacionais, a qual é datada de 1977, mas que dormitou durante a *era Reagan* e nos anos que a seguiram, somente ganhando seu maior impulso a partir da celebração da Convenção da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico),³³ em 17 de dezembro de 1997.

Com a celebração da Convenção da OCDE, os países signatários comprometeram-se a exigir das empresas que passassem a adotar medidas anticorrupção, mormente no plano internacional, inclusive por meio da responsabilização penal de pessoas jurídicas (artigo 2º), o que representou, na prática, a adoção de verdadeiras medidas de *self compliance* pelas companhias, ou seja, de códigos internos de conduta e de linhas de denúncia de atos corruptos com a finalidade de criar a cultura de cumprimento dos imperativos legais e regulatórios.³⁴

Importante ressaltar que, embora não seja membro da OCDE, o Brasil participa do assim chamado programa de engajamento ampliado (*enhanced engagement*), o que significa, na prática, participação ativa nas deliberações de seus órgãos técnicos e comitês. No plano interno do direito brasileiro, a Convenção da OCDE foi promulgada por meio do Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000, e, atendendo, em parte, suas exigências, foi promulgada, em 11 de junho de 2002, a Lei nº 10.467, que inseriu três novos artigos no Código Penal brasileiro (337-B, C e D), tipificando práticas de corrupção e de tráfico de influências incidentes nas transações comerciais internacionais. Entretanto, o País ainda não ampliou as possibilidades de responsabilização penal da pessoa jurídica, muito embora tramitem, pelo Congresso Nacional, iniciativas legislativas nesse sentido, tais como o Projeto de Lei do Senado nº 236/2012, denominado Anteprojeto de Código Penal, que a prevê nos artigos 41 a 44.

³³ Organismo internacional e intergovernamental, fundado em 14 de dezembro de 1961 e sediado em Paris, integrado por trinta e quatro membros, comprometido com os valores da democracia representativa e da economia de livre mercado, que tem o objetivo de propiciar a troca de informações e o alinhamento político entre seus integrantes, visando ao desenvolvimento e crescimento econômico. Conforme: sítios eletrônicos da Controladoria Geral da União (<<http://www.cgu.gov.br/ocde/>>), do Ministério da Fazenda (<<http://www.fazenda.gov.br/sain/pcn/PCN/ocde.asp>>) e da Presidência da República (<www.planalto.gov.br>). Consultas realizadas em 12 de dezembro de 2012.

³⁴ ¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico?, pp. 127-131.

Antecipando-se a desenvolvimentos posteriores deste estudo, é preciso esclarecer, desde já, que exatamente a disposição não só de se adequar à Convenção da OCDE, mas também de se tornar membro efetivo desse organismo internacional, teve importância fundamental no impulso legislativo que culminou com a promulgação da Lei chilena n. 20.393, que estabeleceu a responsabilidade penal das pessoas jurídicas naquele país.³⁵

Tome-se com exemplo, também, de documentos internacionais firmados com a finalidade de harmonizar práticas de governança corporativa e de transparência em todo mundo os chamados Acordos da Basileia, que têm sua incidência sobre o setor financeiro. Estabelece, principalmente, o chamado Acordo da Basileia II “normas e metodologia para controle do risco operacional [das instituições financeiras] como uma das principais ferramentas para determinar o valor de alocação de capital”. Permite identificar, historicamente, dados e indicadores a respeito de determinada instituição financeira, auxiliando na prevenção de possíveis perdas futuras decorrentes de falhas de gestão ou de falta de transparência nas informações seguras sobre resultados da administração.³⁶

Assim, pode-se afirmar que, no plano político-criminal internacional, as estratégias de combate à lavagem de dinheiro e também à corrupção, além de sua transnacionalidade, fundam-se sobre a imposição do dever de cooperação do setor privado, por meio dos entes que exerçam suas atividades nas áreas mais sensíveis à possibilidade de ocorrências dessas práticas, com o setor público, assim entendido como as instituições fiscalizadoras e aquelas integrantes da persecução penal.

Eduardo SAAD-DINIZ, didaticamente, afirma que os parâmetros de regulação de conflitos pertinentes aos atos antissociais de cunho econômico passaram por três fases, quais sejam: 1) regulação privada, focada no indivíduo; 2) regulação pública, fundamentada na crença de que o Estado e suas normas podem ser indutores de crescimento; e 3) correção público-privada, a atual, que se caracteriza por uma maior

³⁵ Verificar em: *Historia de la Lei 20.393. Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica*. Biblioteca Nacional de Chile, 02 de dezembro de 2009, principalmente pp. 4-8; e MATUS ACUÑA, Jean Pierre. Informe sobre el proyecto de lei que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas em los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica, mensaje nº 018-357/, pp. 285-316.

³⁶ MANZI, Vanessa Alessi. *Compliance no Brasil: consolidação e perspectivas*, pp. 93 e segs.

aproximação entre os extremos individual e público, na busca de um novo paradigma pautado pela adoção, por parte das empresas, de deveres de organização administrativa e de governança corporativa, em face de imperativos estatais de fiscalização e obrigações de comunicação correspondentes.³⁷

Trata-se, nos dizeres de Ulrich SIEBER, da assim chamada “autorregulação regulada”. Pondera esse autor que, enquanto a pura autorregulação particular permite um considerável espaço de liberdade para as empresas e a regulação estatal acaba fixando todas as decisões determinantes, na correção ou autorregulação regulada, criam-se preceitos estatais e estruturas de incentivo para que os particulares (empresas) adotem mecanismos de autorregulação, que se vinculam, por sua vez, às determinações legais e regulatórias provenientes do Estado. Acoplam-se ordenamento estatal e sistemas privados, permitindo, num mundo complexo, a coexistência de muitos matizes de regulação no âmbito econômico.³⁸

Nesse panorama de cooperação público-privado é que são instituídos os chamados *gatekeepers* – *porteiros*, numa tradução literal; *torres de vigia*, numa tradução mais técnica e solene –, pessoas jurídicas ou físicas do setor privado que ocupam posição privilegiada, de vanguarda, na observação nos “caminhos e trilhas pelos quais corre o capital oriundo da infração penal”, aos quais têm acesso facilitado, em razão do exercício de sua atividade econômica ou profissional.³⁹

Adán NIETO MARTÍN traduz o vocábulo *gatekeepers*, para o espanhol, como *vigilantes*, termo que também pode ser utilizado em português e que parece encerrar a melhor e mais clara acepção possível para esta função social e legal, de modo que será adotado doravante no presente estudo. Para referido autor, a iniciativa de responsabilizar penalmente os *vigilantes*, por meio da atribuição do dever de prevenção e denúncia de descumprimentos legais, tem como objetivo, em última análise, favorecer a preservação do

³⁷ SAAD-DINIZ, Eduardo. O sentido normativo dos programas de *compliance* na AP470.

³⁸ Programas de *compliance* no Direito penal empresarial: um novo conceito para o controle para o controle da criminalidade econômica. Tradução de Eduardo Saad-Diniz.

³⁹ ARAS, Vladimir. Sistema nacional de combate à lavagem de dinheiro e de recuperação de ativos. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9862/sistema-nacional-de-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-de-recuperacao-de-ativos>>, acessado em 14/05/2013. Termo adotado também em: BADARÓ, Gustavo Henrique Badaró; BOTTINI, Pierpaolo Cruz Bottini. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012*, p. 35.

poder coativo da lei, na medida em que impinge, às próprias empresas, a necessidade de colaboração e cooperação, com o Estado, na identificação e repressão de fatos delitivos.⁴⁰

Aos *vigilantes* não se impõe somente a obrigação de não cometerem crimes, mas também a de cooperar com os órgãos estatais nas atividades de inteligência, vigilância e repressão de atividades criminosas, no que se refere à lavagem de dinheiro. O objetivo dessa estratégia político-criminal é isolar o agente criminoso, dificultando ou mesmo impedindo-o de usufruir dos proventos oriundos da infração penal, por meio do seu alijamento do sistema econômico e financeiro formalizado, ao mesmo tempo em que se disseminam as possibilidades de coleta de dados a respeito das atividades criminosas.

A cooperação imposta aos entes privados, também por meio da atribuição da posição de *vigilante* aos seus integrantes, importa, entre outras, na obrigatoriedade de criação, registro e manutenção de cadastros precisos e atualizados de clientes e suas transações (a denominada política do *know your client*), no dever de comunicação de operações suspeitas às autoridades competentes e, por fim, na necessidade de criação de estruturas internas de cumprimento dos deveres e exigências legais, inclusive com treinamento adequado de profissionais e empregados, com a finalidade de não só prevenir a ocorrência de delitos, mas também propiciar sua investigação após sua constatação.⁴¹

1.4. Sistema brasileiro de prevenção e combate à lavagem de dinheiro.

Como asseveram Gustavo Henrique BADARÓ e Pierpaolo Cruz BOTTINI, a coordenação do esforço internacional no sentido de criar políticas consistentes de combate ao crime de lavagem de dinheiro (e também de corrupção) “impactou fortemente na produção legislativa de cada Estado, acarretando na criação de leis similares ou com institutos bastante parecidos, na esfera material e processual”.⁴² No Brasil, não foi diferente. Muito pelo contrário.

⁴⁰ ¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico?, pp. 120-135, mais especificamente p. 128.

⁴¹ *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 35-36.

⁴² *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012*, p. 30.

Afora normas administrativas diversas, editadas, principalmente, pelo Banco Central do Brasil (BC), pela Comissão de Valores Imobiliários (CVM) ou pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), entre outros órgãos, o mais importante diploma legal promulgado no País, de cunho indiscutivelmente penal, que impõe obrigações naturalmente motivadoras da estruturação de um programa de *compliance* é a Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998, sobretudo após as alterações trazidas pela Lei nº 12.683, de 09 de julho de 2012.⁴³

A Lei de Lavagem de Dinheiro, como é comumente conhecida a Lei nº 9.613/1998, além de estabelecer os tipos penais concernentes ao combate à reciclagem, por meio de ocultação ou dissimulação, de ativos provenientes de atividades ilícitas, previu, em seu artigo 14, a criação do já mencionado Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), “com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades”.

De acordo, ainda, com os §§ 2º e 3º do já mencionado artigo 14 da Lei nº 9.613/1998, o COAF tem a atribuição de coordenar e implementar, no Brasil, os mecanismos de troca de informações, internamente ou no plano internacional, para viabilizar e tornar eficientes as ações tendentes ao combate às práticas de lavagem de dinheiro, podendo, inclusive, “requerer aos órgãos da Administração Pública as informações cadastrais bancárias e financeiras de pessoas envolvidas em atividades suspeitas”.

Quando, no exercício de suas atividades fiscalizadoras, o COAF concluir pela existência de quaisquer ilícitos (não só crimes de lavagem de dinheiro) ou mesmo se tiver fundados indícios de sua prática, “comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis”, conforme lhe determina do artigo 15 da Lei nº 9.613/1998.

Complementando a sistemática antilavagem de dinheiro no Brasil, a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, que trata do sigilo das operações de

⁴³ A Lei nº 12.846/2013, a chamada Lei Anticorrupção, também estabeleceu sérias exigências de *compliance* e será pormenorizadamente analisada no item 4.1.2 desta pesquisa.

instituições financeiras, estabelece, no § 6º de seu artigo 2º, que “o Banco Central do Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários e os demais órgãos de fiscalização, nas áreas de suas atribuições, fornecerão ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, de que trata o art. 14 da Lei 9.613, de 3 de março de 1998, as informações cadastrais e de movimento de valores relativos às operações previstas no inciso I do art. 11 da referida Lei”, ou seja, aquelas operações que possam representar “sérios indícios” de crimes de lavagem de dinheiro ou a eles se relacionar.

Além de estabelecer obrigação e padrões de cooperação entre os órgãos governamentais responsáveis pela prevenção e repressão à prática da reciclagem de ativos, a Lei nº 9.613/98, principalmente após as alterações que sofreu a partir da promulgação da Lei nº 12.683, ocorrida em 09 de julho de 2012, estabeleceu também os entes privados que passaram a ter a atribuição de cooperar na prevenção e na repressão a esse tipo de delito, por meio da imposição do dever de prestar informações sobre operações e transações suspeitas.

Em outras palavras, o artigo 9º da Lei nº 9.613/98, com as alterações da Lei nº 12.683/2012, estabeleceu um extenso rol de pessoas físicas ou jurídicas em posição especial de vigilância em relação aos crimes de lavagem de dinheiro – os assim chamados vigilantes –, aos quais impingiu os deveres listados nos artigos 10 e 11, cominando-lhes, pelo descumprimento, as sanções administrativas previstas no artigo 12 do mesmo diploma legal.⁴⁴

⁴⁴ Para que se tenha a dimensão da extensão do rol de pessoas físicas e jurídicas obrigadas, verifique-se: “Art. 9º. Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não: I - a captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira; II - a compra e venda de moeda estrangeira ou ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial; III - a custódia, emissão, distribuição, liquidação, negociação, intermediação ou administração de títulos ou valores mobiliários. Parágrafo único. Sujeitam-se às mesmas obrigações: I - as bolsas de valores, as bolsas de mercadorias ou futuros e os sistemas de negociação do mercado de balcão organizado; II - as seguradoras, as corretoras de seguros e as entidades de previdência complementar ou de capitalização; III - as administradoras de cartões de credenciamento ou cartões de crédito, bem como as administradoras de consórcios para aquisição de bens ou serviços; IV - as administradoras ou empresas que se utilizem de cartão ou qualquer outro meio eletrônico, magnético ou equivalente, que permita a transferência de fundos; V - as empresas de arrendamento mercantil (*leasing*) e as de fomento comercial (*factoring*); VI - as sociedades que efetuem distribuição de dinheiro ou quaisquer bens móveis, imóveis, mercadorias, serviços, ou, ainda, concedam descontos na sua aquisição, mediante sorteio ou método assemelhado; VII - as filiais ou representações de entes estrangeiros que exerçam no Brasil qualquer das atividades listadas neste artigo, ainda que de forma eventual; VIII - as demais entidades cujo funcionamento dependa de autorização de órgão regulador dos mercados financeiro, de câmbio, de capitais e de seguros; IX - as pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, que operem no Brasil como agentes, dirigentes, procuradoras, comissionárias ou por qualquer forma representem interesses de ente estrangeiro que exerça qualquer das atividades referidas

A essas pessoas físicas ou jurídicas, erigidas à posição especial de vigilância, em razão de sua atividade profissional em tese mais próximas de uma área sensível ao cometimento do ilícito de lavagem de capitais, têm atribuídos os deveres identificados como sendo próprios da política de *know your client*, tais como o de identificar e manter cadastros atualizados de seus clientes e o de manter registro de transações financeiras que ultrapassem previamente limite fixado pela autoridade competente (BC ou COAF); outros deveres próprios de *compliance*, como o dever de adotar políticas, controles e procedimentos internos compatíveis para que possam prestar as informações aos órgãos competentes e o de atender às requisições de informações do COAF.⁴⁵

De acordo com o artigo 11 da Lei nº 9.613/98, alterada pela Lei nº 12.683/2012, as pessoas físicas ou jurídicas alçadas à posição de *vigilantes* têm, ainda, o dever de dispensar atenção às operações que, por suas características, indiquem indícios do cometimento do crime de lavagem de dinheiro, comunicando sua ocorrência ao COAF ou ao órgão regulador de sua atividade profissional, ao mesmo tempo em que devem abster-se de notificar a pessoa envolvida.

Como possibilidades de sanções administrativas em razão do descumprimento desses deveres, são previstas, pelo artigo 12 da Lei nº 9.613/98, alterada pela Lei nº 12.683/2012, desde a aplicação de advertência até a imposição de multa pecuniária que pode atingir o expressivo montante de vinte milhões de reais, ou até mesmo a inabilitação

neste artigo; X - as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis; XI - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem joias, pedras e metais preciosos, objetos de arte e antiguidades; XII - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de luxo ou de alto valor, intermedeiem a sua comercialização ou exerçam atividades que envolvam grande volume de recursos em espécie; XIII - as juntas comerciais e os registros públicos; XIV - as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações: a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza; b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos; c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários; d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas; e) financeiras, societárias ou imobiliárias; e f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais; XV - pessoas físicas ou jurídicas que atuem na promoção, intermediação, comercialização, agenciamento ou negociação de direitos de transferência de atletas, artistas ou feiras, exposições ou eventos similares; XVI - as empresas de transporte e guarda de valores; XVII - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de alto valor de origem rural ou animal ou intermedeiem a sua comercialização; e XVIII - as dependências no exterior das entidades mencionadas neste artigo, por meio de sua matriz no Brasil, relativamente a residentes no País”.

⁴⁵ Verificar artigo 10 da Lei nº 9.613/98, com alterações da Lei 12.683/2012.

pelo prazo de até dez anos para o exercício da função profissional relacionada ao descumprimento da obrigação, no caso de pessoas físicas, correspondendo à possibilidade de cassação ou suspensão de autorização para o exercício de atividade, no caso de pessoas jurídicas.

Interessante notar que, de acordo com o § 2º do artigo 11 da Lei nº 9.613/98, alterado pela Lei nº 12.683/2012, “as comunicações de boa-fé, feitas na forma prevista neste artigo, não acarretarão responsabilidade civil ou administrativa”.

Como bem ressaltam Gustavo Henrique BADARÓ e Pierpaolo Cruz BOTTINI, há grandes impactos decorrentes da imposição desses deveres e obrigações aos setores e pessoas listados na lei, principalmente aqueles que têm no sigilo e na confiabilidade características estruturantes. De súbito, foram transformados em “*delatores institucionalmente obrigados*”, posição que os obriga a reformular “políticas de relacionamento, para alcançar um equilíbrio entre o *dever de colaboração* com as autoridades públicas e a manutenção da *relação de confiança* com o cliente”.⁴⁶

Embora não se pretenda aprofundar aqui, por refugir ao escopo do presente estudo, não há como deixar de pontuar a invencível incompatibilidade do dever de comunicar quando imposto a determinadas pessoas ou profissões que têm o seu dever de sigilo garantido por lei, como é o caso dos advogados, hipótese de patente inconstitucionalidade, considerando a proeminência adquirida por essa profissão na Constituição de 1988 no contexto da autodefinição do País como sendo um Estado Democrático de Direito.⁴⁷

Por fim, não há como encerrar o tópico a respeito do sistema brasileiro de prevenção e combate à lavagem de dinheiro e os respectivos deveres de *compliance* sem explanar a respeito dos efeitos político-criminais e também dogmáticos decorrentes do

⁴⁶ *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012*, pp. 36-37.

⁴⁷ Verifiquem-se, a respeito: BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012*, pp. 36-37; MASSUD, Leonardo; SARCEDO, Leandro. O exercício da advocacia e a lavagem de capitais: panorama brasileiro, pp. 263-289; e BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal compliance: Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal*, pp. 101-109.

juízo, pelo Supremo Tribunal Federal, da famosa Ação Penal nº 470, o popularmente conhecido “Caso do Mensalão”.

No que se refere ao “núcleo financeiro” – conforme denominação proposta pelo Ministro Relator Joaquim Barbosa –, é possível afirmar que houve caracterização do crime de lavagem de dinheiro a partir de condutas, em princípio, enquadráveis como ilícitos administrativos, praticadas por pessoas às quais se impunha especial dever de agir e informar, com respectivo sancionamento não-penal, tudo conforme previsto nas antigas redações dos artigos 9º ao 12 da Lei nº 9.613/98.⁴⁸

Essa, talvez, seja a maior preocupação jurídico-penal a respeito da imposição de especiais deveres de agir aos chamados *vigilantes*, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, porquanto o quadro criado com a finalidade de prevenir a ocorrência de delitos,

⁴⁸ “No caso presente, as complexas operações financeiras realizadas envolvendo as contas das empresas de Marcos Valério, algumas sem justificativa econômica perceptível, a quantidade e o volume dos saques em espécie, a fraude na contabilização, as fraudes nos títulos de crédito e as fraudes nos registros e comunicações pelo Banco Rural evidenciam, sem qualquer margem para dúvida razoável, a presença do elemento subjetivo doloso, ou seja, a intenção de ocultação ou de dissimulação das transações criminosas e da procedência ilícita dos valores envolvidos.

Poder-se-ia eventualmente cogitar – fossem poucas as operações, ainda que vultosas –, que as transações, acompanhadas da falta de contabilização, de registro e de comunicação, constituíssem eventos acidentais.

Entretanto, como visto, presentes apenas os saques em espécie identificados no quadro constante do laudo 1.666/07, foram sessenta e oito operações no valor total de R\$ 7.223.88,00, em montantes individuais variáveis de vinte mil a trezentos e cinquenta mil reais.

A fiar-se em documento apresentado pelo próprio acusado Marcos Valério os saques atingiram R\$ 55.841.227,81.

O que se observa, portanto, pelo volume e quantidade das operações, é a prática sistemática da fraude, pelo que inevitável concluir que resultavam de ação consciente dos agentes das empresas de Marcos Valério e do Banco Rural.

Relativamente ao dolo dos agentes do Banco Rural, merece destaque o depoimento em Juízo, antes referido, da testemunha Carlos Roberto Sanches Godinho, Superintendente de *Compliance* do Banco Rural ao tempo dos fatos (fls. 19.978-20.036, vol. 92). Declarou ela que não só os empréstimos fraudulentos, mas também a movimentação atípica das empresas do acusado Marcos Valério eram conhecidas no âmbito do Banco Rural, tendo tais fatos sido deliberadamente excluídos de relatórios internos e omitidos das autoridades públicas. Reporto-me aos excertos já transcritos de seu depoimento.

No que se refere à ciência da procedência criminosa dos valores envolvidos, não há margem para dúvida em relação aos agentes das empresas de Marcos Valério e do Banco Rural, enquanto autores dos crimes antecedentes de peculato e de gestão fraudulenta de instituição financeira.

Em síntese, os fatos descritos nesse tópico caracterizam o crime de lavagem de dinheiro do art. 1º, V e VI, da Lei nº 9.613/1998. Os valores envolvidos nas transações eram provenientes de crimes de peculato e de crime de gestão fraudulenta de instituição financeira. Para a entrega do numerário aos beneficiários, foram adotados vários estratagemas de ocultação e dissimulação. O objetivo dos estratagemas era a ocultação dos verdadeiros beneficiários do numerário e da origem dos recursos nos crimes antecedentes.” Fls. 52.851-52.583 da AP 470, que tramitou perante o Supremo Tribunal Federal.

quando falha em sua missão, converte-se instantaneamente numa estrutura repressiva, disponível aos órgãos responsáveis pela aplicação da lei penal.⁴⁹

A indesejada operação que transforma, de forma automática, o descumprimento de deveres de *compliance*, impostos administrativamente, em crimes, a partir da mera generalização da infração de deveres especiais de agir e informar, acaba determinando a criação de uma inconveniente estrutura de transferência de responsabilidade penal no interior das empresas, que vulnerabiliza, principalmente, seus empregados, fato que acarreta, como consequência, a perda do próprio potencial preventivo originariamente idealizado como finalidade central dos programas empresariais de cumprimento.

A problemática central dessa questão é a de, na ânsia de colocar o Brasil numa posição de forte alinhamento às práticas internacionais antilavagem, acabar se criando um veemente ativismo judicial, no qual haja a dedução da responsabilidade penal em função de um silogismo simples ou mesmo sofismático, feito a partir da mera averiguação da relação e da posição que determinada pessoa tem em relação ao programa de *compliance* na empresa em que desenvolve suas atividades profissionais.

O ambiente criado torna-se especialmente inseguro na medida em que normas que determinam obrigações de *compliance* têm como fonte diversos órgãos, tais como COAF, Banco Central (BC), Comissão de Valores Mobiliários (CVM), e espriam-se sobre diversos segmentos econômicos, que ficam expostos a variados tipos de imposições, cujos meros descumprimentos acabam sendo considerados como condutas criminosas.

Isso porque, em regra – como acabou se demonstrando cabalmente, na prática, com o julgamento da Ação Penal nº 470 –, quando há judicialização de questões relativas aos programas de *compliance*, idealizados para funcionarem preventivamente, as respostas clássicas do Poder Judiciário, com sua padronização para agir *ex post*, são sempre repressivas, o que acaba expandindo, de forma temerária, o espaço de responsabilização

⁴⁹ Preocupação que se aprofunda com a nova redação da Lei nº 9.613/98, dada pela Lei nº 12.683/2012, com a ampliação não só do rol de pessoas na condição de *vigilantes*, mas também dos deveres especiais de agir e de informar aos quais estão submetidas, conforme se pode observar em: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. A noção penal dos programas de *compliance* e as instituições financeiras na “nova lei de Lavagem” – Lei 12.683/2012, pp. 267-280.

penal por condutas omissivas impróprias, ou simplesmente por omissão do dever de cuidado.⁵⁰

Tal constatação acaba ganhando especial importância no Brasil, onde a sociedade é organizada de forma peculiar, em torno do “jeito” ou do “jeitinho”, de maneira que as saídas pessoalmente confortáveis são sempre preferidas às soluções que pressuponham o estrito cumprimento legal, ainda que ao custo do desconforto pessoal.⁵¹

O ordenamento jurídico e, principalmente, a cultura organizacional-empresarial não têm, ainda, suficientemente desenvolvido o instrumental necessário para dar a orientação segura aos empresários e também aos seus empregados sobre como devem agir para, de fato, prevenirem sua responsabilidade penal, ao invés de maximizarem o risco de se verem enredados pela malha da justiça penal, buscando evitar o ataque exatamente àquilo que se pretende proteger.

⁵⁰ Sobre o tema: SAAD-DINIZ, Eduardo. O sentido normativo dos programas de *compliance* na AP 470.

⁵¹ Verificar, a respeito: ROSENN, Keith S. The jeito – Brazil’s institutional bypass of the formal legal system and its developmental implications, pp. 514-549; e Brazil’s legal culture: the jeito revisited, pp. 1-43.

2 – GOVERNANÇA CORPORATIVA E COMPLIANCE

Nos estudos realizados na área do direito penal, envolvendo principalmente questões referentes à lavagem de dinheiro e à responsabilidade penal da pessoa jurídica – como é o caso deste trabalho –, muito se fala a respeito da governança corporativa e de seus conseqüentes *compliance* e *criminal compliance* enquanto mandamentos comportamentais incluídos numa ética empresarial contemporânea e que têm reflexos diretos na esfera da responsabilização penal, na mesma proporção em que há pouca preocupação e aprofundamento com a visualização desse fenômeno fora dos limites normativos jurídico-penais.

Como já dito anteriormente, a governança corporativa e a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica constituem duas das principais vertentes da harmonização da legislação sobre crimes econômicos ao redor do planeta (ao lado das normas de proteção da concorrência e do incremento ao combate da lavagem de dinheiro e da corrupção).

São apontadas três razões para a disseminação do conceito e da importância da governança corporativa no âmbito político-criminal e jurídico-penal, que são a pressão do mercado pela 1) harmonização internacional do direito a partir do modelo estadunidense; 2) necessidade de se ter clareza a respeito da boa gestão das empresas nas quais se investe, inclusive com mecanismos eficazes para contenção do cometimento de crimes e de abusos no exercício da direção corporativa; e 3) resposta à escalada de megafraudes e escândalos que assolaram a economia estadunidense e, por consequência, mundial nos últimos vinte anos.⁵²

Em face desse fenômeno global que representa a internacionalização do direito penal, até então um dos últimos bastiões de nacionalidade de cada um dos países, romperam-se os limites que estancavam a aproximação entre a *civil law* e a *common law*, tendo esta invadido aquela em razão da predominância econômica exercida pelos países anglo-saxões (principalmente, Estados Unidos da América do Norte e Inglaterra) sobre o mundo capitalista ocidental.

⁵² NIETO MARTÍN, Adán. ¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico?, pp. 131 e seguintes.

Em outras palavras, ocorreu verdadeira economicização das ciências penais e, por consequência, do direito penal, que passou a receber fortes influxos das teorias econômicas. Isso acaba sendo constatado, também, pela utilização cada vez mais corrente de anglicismos no cotidiano no direito penal (*whistleblowers, compliance, criminal compliance, compliance programme, stakeholders*, entre outros).⁵³

Buscando trazer novos elementos para o debate que vem sendo travado em torno desses temas, a presente tese objetiva, primeiro, identificar a importância das implicações da cultura da governança e do *compliance* no mundo empresarial moderno, para depois ligar esse fenômeno ao trabalho de formular estratégias político-criminais de prevenção da criminalidade econômica, principalmente no que se refere à construção de um novo modelo de responsabilidade penal da pessoa jurídica, baseado na culpabilidade corporativa, que apresente menor déficit de aplicação do que vem mostrando o modelo até agora utilizado no Brasil – de responsabilidade reflexa pela ação da pessoa física que age sob o interesse da pessoa jurídica.

Para tanto, é preciso estender a pesquisa para fora dos limites da dogmática jurídico-penal e buscar compreensões e conceitos do que vêm a ser governança corporativa e *compliance* do ponto de vista estritamente administrativo-empresarial, numa sociedade globalizada em que, muitas vezes, acionistas – que querem ter, a todo custo, seus interesses preservados – vivem em continente diverso daquele em que seu investimento financeiro foi realizado, porquanto confiabilidade e transparência nas informações corporativas ganham grande relevo num contexto histórico no qual megafraudes financeiras viraram rotina nos noticiários policiais.

Isso porque os imperativos das ideias neoliberalizantes que grassaram na gestão econômica a partir da década de 1980, com sua incessante postulação pela desregulamentação estatal da economia, ofereceram, como contrapartida, propostas de autorregulamentação, que se consubstanciaram nas diretivas de governança corporativa e de *compliance*.

⁵³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Considerações penais sobre o acordo de leniência na realidade antitruste, pp. 567-568.

Ocorre que, com o evidente fracasso das tentativas de prevenir fraudes empresariais apenas por meio da autoimposição de normas de conduta corporativa, os olhos e o interesse do direito penal, enquanto braço mais forte da instância formal de controle social estatal, voltaram-se para a atividade econômica cada vez com mais força a partir de meados dos anos 1990, ganhando ainda mais impulso a partir das megafraudes financeiras que vieram a público e mergulharam o planeta em profunda crise econômica a partir de 2008, oportunidade em que os Estados-Nacionais, que até então deveriam ficar de fora da atividade econômica, tiveram que nela intervir, inclusive com enormes aportes de recursos públicos, para evitar o risco de uma generalizada bancarrota global.

A partir dessa inflexão da orientação político-criminal global no sentido de levar o direito penal para searas até então estranhas a ele, como é o caso da responsabilização penal das pessoas jurídicas, a autorregulação passou a representar verdadeira armadilha para as empresas.

Não havendo marcos legais sobre os limites daquilo que deve ser feito e não sendo possível prever toda a gama de ocorrências futuras que permeiam a atividade empresarial, as estruturas preventivas, quando por algum motivo falham ao evitar algum resultado lesivo, acabam se transformando na própria demonstração dos pressupostos da imputação penal subsequente, numa perversão indesejável do ponto de vista não só empresarial, mas também social, porquanto a ação repressiva estatal deve ser, sempre, o mais previsível quanto possível.

Com a finalidade de cumprir esses objetivos, o presente capítulo reunirá alguma literatura extrapenal a respeito dos temas governança corporativa e *compliance*, buscando fixar conceitos e compreender processos históricos que, ao depois, servirão de ferramentas para as proposições político-criminais que se seguirão, que terão como finalidade dar futura sustentação às conclusões a que se pretende chegar a respeito da utilização da responsabilidade penal da pessoa jurídica como opção político-criminal válida para auxiliar no exercício do controle social formal desse tipo de criminalidade.

2.1. *Compliance* como pilar garantidor da governança corporativa

O imperativo desregulamentador da economia surgido nos anos 1980, aliado à escalada do desenvolvimento tecnológico, que permite um fluxo de informações em tempo real ao redor do planeta, criou o que Zygmunt BAUMAN denomina de uma nova categoria de proprietários ausentes, comparando e demonstrando as diferenças existentes entre os investidores de hoje e os proprietários rurais da fase inicial do capitalismo, que deixaram de residir em suas terras para viverem longe, nas cidades.⁵⁴

Ainda assim, Zygmunt BAUMAN pontua a diferença entre ambos. Ao proprietário rural ausente, por não residir em suas terras, não era possível trocar uma propriedade fundiária por outra, de maneira que, em certa medida, permanecia mais ou menos preso à localidade de seus investimentos. No entanto, para os investidores da era da globalização, “os únicos limites que se poderiam fazer sentir e respeitar seriam aqueles impostos administrativamente sobre o livre movimento do capital e do dinheiro”, os quais foram sendo paulatina e deliberadamente desmobilizados.⁵⁵

Em outras palavras, os proprietários ausentes contemporâneos decidem por investir seus recursos em determinada atividade econômica sobre a qual não têm controle administrativo e operacional direto e localizado.

Em vista disso, pode haver distanciamento e, por vezes, colisão entre os interesses dos acionistas e investidores – os reais proprietários das empresas na atualidade –,⁵⁶ pessoas ou entidades que dispõem de extrema mobilidade e que podem mudar de ideia a respeito do curso de seus interesses a qualquer momento, e os empregados, fornecedores e moradores das comunidades onde a atividade econômica de fato se dá, na medida em que, enquanto aos primeiros só interessa suas taxas de retorno ao investimento realizado, aos demais interessa, num plano ideal, o engajamento social da atividade, ou, num plano mais realístico, a satisfação de seus próprios interesses imediatos.

⁵⁴ *Globalização: as consequências humanas*, pp. 13-18.

⁵⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*, p. 18.

⁵⁶ São os chamados problemas de *agency*. Verificar: BORGERTH, Vania Maria da Costa. *SOX: entendendo a Lei Sarbanes-Oxley: um caminho para a informação transparente*, p. 67. Verificar, também: ROSSETTI, José Pachal; ANDRADE, Adriana. *Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*, pp. 82 e segs. John Kenneth Galbraith trata do conflito entre interesses dos proprietários e da chamada tecnoestrutura, corpo de pessoas com alta especialização profissional, responsáveis de fato pela administração da empresa em *O novo estado industrial*, pp. 57-64 e 75-82.

Essa situação dá aos investidores, os assim chamados proprietários ausentes – no final, os verdadeiros “tomadores de decisão” –, “o direito de descartar, de declarar irrelevante e inválida qualquer postulação que os demais possam fazer sobre a maneira como ele[s] dirige[m] a companhia”.⁵⁷

Nesse panorama, a partir dos anos 1990, quando o processo de globalização e de desregulamentação da atividade econômica vai atingindo grande amplitude – inclusive, como já visto, com a conseqüente espiral de escândalos empresariais –, ganha muita força a percepção de que existe um conflito real de interesses entre o corpo diretivo profissional das corporações e seus proprietários ou acionistas, que não estão mais necessariamente presentes no local onde a administração do negócio de fato ocorre.

Surge, assim, a necessidade de estabelecimento de regras e manuais que possam proteger as partes interessadas no bom desempenho da empresa de eventuais desmandos de sua gestão profissional, da inoperância de seu conselho de administração ou fiscal, ou mesmo das constantes omissões ou mesmo conotações das auditorias ditas independentes.

Melhor explicando, a partir da constatação da existência de evidente divórcio de interesses entre os detentores da propriedade e os responsáveis pela gestão das empresas, surgiu a necessidade de criar manuais de regras e de condutas de boas práticas administrativas, visando a proteger os interesses dos acionistas contra possíveis inabilidades, imprudências ou mesmo ações lesivas perpetradas pelos executivos contratados.

Cria-se, assim, o conceito de governança corporativa, cujo objetivo “é criar um conjunto eficiente de mecanismos, tanto de incentivos quanto de monitoramento, a fim de assegurar que o comportamento dos executivos esteja sempre alinhado com o interesse dos acionistas”, proporcionando – permite-se concluir – aos proprietários, acionistas e cotistas

⁵⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*, p.13.

o monitoramento da administração da empresa e o acompanhamento dos resultados de sua gestão.⁵⁸

José Pachcoal ROSSETTI e Adriana ANDRADE acentuam que o conceito de governança corporativa ainda não é pacificado, pois sua existência não só é ainda muito recente, mas também está inserida num contexto de diversidades bastante grande no que se refere à sua aplicação prática no âmbito das empresas, que fica a submetida a diversas variáveis e critérios, tais como: a dimensão da empresa; sua estruturação societária; a composição e a estruturação de seu financiamento; o nível de regulação estatal a que está submetida; a tipologia legal em que está enquadrada; a origem do capital de seu grupo controlador; a sua abrangência geográfica e características culturais do países em que opera; os marcos legais e regulatórios desses países.⁵⁹

Ainda de acordo com os autores supra-aludidos, em vista desse conjunto de diversidades em que está inserida, bem como considerando sua relativa novidade no mundo corporativo, a conceituação de governança corporativa pode ser dividida em quatro grupos principais. O primeiro vê a governança corporativa como “guardiã de direitos das partes com interesses em jogo nas empresas”; o segundo observa a governança corporativa como “sistema de relações pelo qual as sociedades são dirigidas e monitoradas”; o terceiro enxerga a governança corporativa como “estrutura de poder que se observa no interior das corporações”; e o quarto vislumbra a governança corporativa como “sistema normativo que rege as relações internas e externas das companhias”.⁶⁰

Sob qualquer um dos prismas que pode ser estudada e conceituada a governança corporativa, é certo que têm eles pontos em comum, que são o respeito e a obediência ao sistema legal em que a companhia opera e está inserida, bem como o aprimoramento das relações interpessoais e de poder na corporação.

Assim sendo, é possível afirmar que a governança corporativa opera sobre quatro grandes pilares valorativos, assim enumerados por José Paschoal ROSSETTI e Adriana ANDRADE: *fairness*, que é a necessidade de justiça e equidade no tratamento dos

⁵⁸ Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/Secao.aspx?CodSecao=18>>. Sítio eletrônico oficial do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, acessado em 07 de maio de 2013.

⁵⁹ *Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*, pp. 137-138.

⁶⁰ *Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*, pp. 138-140.

acionistas minoritários, garantindo-lhes participação equânime nos resultados da empresa e participação efetiva nas assembleias; *disclosure*, que trata da necessidade de transparência nas informações corporativas, mormente aquelas de grande relevância, assim consideradas as que impactam os resultados da empresa ou as que envolvem riscos ou oportunidades negociais; *accountability*, ou seja, a necessidade de prestação de contas de forma responsável, com base nas melhores técnicas contábeis e de auditoria; e, por último, o *compliance*, ligado à conformidade e ao cumprimento das normas regulatórias, legais e administrativas aplicáveis à empresa. Como se sabe, esse último pilar valorativo da governança corporativa é o objeto primordial do presente estudo e será mais cuidadosamente esmiuçado a seguir.⁶¹

Como se vê, para atingir seus objetivos, as técnicas de governança corporativa adotam, como linhas mestras de ação, a transparência administrativa, a responsabilidade na prestação de contas, a equidade e a responsabilidade corporativa, sendo que, de eventual falha sua, podem ocorrer consequências nefastas para a companhia, decorrentes de abusos de poder (seja do acionista majoritário sobre minoritários, dos executivos sobre os acionistas ou mesmo dos administradores sobre terceiros); erros estratégicos (consequência de excesso de poder concentrado nas mãos de poucos executivos); fraudes (utilização de informações privilegiadas para benefício próprio, iniciativas em conflito de interesses, desvios patrimoniais).⁶²

Na literatura estadunidense sobre o tema, utiliza-se o acrônimo GRC para definir os três pilares que, nos dias atuais, devem reger e influenciar tudo o que diga respeito à formulação de estratégias e à implementação de decisões e técnicas administrativas e operacionais numa corporação, quais sejam eles: *governance* (governança corporativa); *risk management* (gestão de riscos corporativos e operacionais) e *compliance* (compreendido como aderência não só à lei e às normas estatais ou regulatórias, mas também como cumprimento da política interna da própria empresa).⁶³

⁶¹ *Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*, pp. 140-143. Verificar, também: BORGERTH, Vania Maria da Costa. *SOX: entendendo a Lei Sarbanes-Oxley: um caminho para a informação transparente*, pp. 69-70.

⁶² Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/Secao.aspx?CodSecao=18>>. Site eletrônico oficial do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, acessado em 07 de maio de 2013.

⁶³ STEINBERG, Richard. *Governance, risk management, and compliance: it can't happen to us – avoiding corporate disaster while driving success*, pp. 1 e segs.

Essas três colunas fundantes encontram na chamada cultura empresarial um elemento crítico para sua implementação e aceitação interna numa corporação. Cada empresa possui sua atmosfera profissional própria, que abrange seus valores, costumes e tradições, incumbindo ao seu corpo diretivo reconhecê-la e entendê-la, com a finalidade de determinar e imprimir as mudanças e tomar as ações necessárias para que atinja os níveis de transparência e confiabilidade exigidos pelo mercado e pelos acionistas, por meio de um fluxo interno e externo claro, confiável e franco de informações corporativas, sempre na incessante busca do sucesso da empresa.

Para tanto, os objetivos e estratégias de uma empresa – baseados que são em preferência, valores e estilo de gestão próprios daquela companhia – devem, por outro lado, submeter-se e influenciar-se pela submissão a valores éticos, na medida em que a boa reputação corporativa traz tanta valorização para uma corporação que os padrões gerenciais e de gestão de risco têm que ir além da mera obrigação de cumprimento legal. Na proporção inversa, informações falhas e não confiáveis trazem descrédito e consequente desvalorização à corporação, devendo, por isso, ser corrigidas a todo custo.⁶⁴

O termo *compliance* vem do verbo *to comply*, que significa cumprir, estar em conformidade, executar, obedecer, observar, executar e satisfazer o que é imposto. Assim sendo, no mundo administrativo e legal, pode-se definir *compliance* como “o dever de cumprir, de estar em conformidade e fazer cumprir leis, diretrizes, regulamentos internos e externos, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e o risco legal/regulatório”.⁶⁵

O risco envolvido na implantação de um programa de *compliance* (*compliance risk*) envolve a possibilidade de perdas materiais e imateriais para as corporações. Na sociedade informacional contemporânea, a mera notícia de que uma empresa está sendo investigada por um órgão regulatório ou persecutório já é suficiente para que sua credibilidade seja posta em dúvida e o seu valor no mercado acionário sofra significativos abalos.

⁶⁴ STEINBERG, Richard. *Governance, risk management, and compliance: it can't happen to us – avoiding corporate disaster while driving success*. New Jersey: John Wiley & Sons, 2011, pp. 5 e segs.

⁶⁵ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (organizadores). *Manual de compliance*, p. 2.

Trata-se o programa de *compliance*, portanto, da criação, implantação e fiscalização de normas de condutas e posturas internas da empresa, com a finalidade de gerar consciência sobre deveres e obrigações na prevenção de riscos legais e regulatórios, possuindo também a função de distribuir responsabilidades entre os indivíduos que cooperam na sua administração. Pode ser voltado à prevenção dos riscos inerentes a diversas áreas de atuação da empresa, tais como: tributário, previdenciário, concorrencial, trabalhista, segurança do trabalho, ambiental, entre outras. Quando tais riscos tratam da possibilidade de responsabilização penal, fala-se em *criminal compliance*.

Enquanto instrumento de controle corporativo, seja de caráter interno, seja de caráter externo, a missão principal do *criminal compliance* é, conforme aduz Carla Rahal BENEDETTI, atuar de maneira *ex ante*, isto é, preventivamente, “com toda elaboração de uma análise jurídica de todas as ações pertinentes à atividade da empresa, tanto em relação aos profissionais e trabalhadores atuantes internamente, quanto em relação ao cliente/consumidor do objeto ofertado/comercializado”.⁶⁶

Entretanto, são também objetivos comuns tanto da governança corporativa como um todo, quanto do *compliance programme* em suas especificidades – com especial destaque para seu aspecto criminal –, a previsão e a adoção de políticas não só de prevenção, mas também de solução, reparação ou conserto (*fixing*) de situações e problemas que não puderam ser evitados pelas estruturas preventivas criadas.

Do ponto de vista jurídico-penal, tais políticas, quando sérias e efetivas, têm que ser levadas em conta, inclusive para delimitação da chamada culpabilidade corporativa, muito embora essa categoria dogmática não esteja, ainda, sendo considerada da maneira devida pela grande maioria das legislações dos países que adotam modelos de responsabilidade penal da pessoa jurídica, tema que será discutido ulteriormente no presente trabalho.

⁶⁶ Criminal compliance: *Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal*, p. 88.

2.2. Programa de cumprimento normativo e gestão dos riscos corporativos

No panorama histórico e social que vem se tornando realidade desde os anos 1980, no qual se busca que o Estado aproxime-se daquele modelo de organização em voga no século XIX, ou seja, no qual haja cada vez menos prestação de serviços e intervenção cada vez menor na economia, coexiste, em contraposição, um cipoal de normativas editadas no âmbito de agências regulatórias, que trazem em si dúvidas e dificuldades a respeito de como garantir sua própria cogência e cumprimento, principalmente numa realidade em que o poder dos entes corporativos suplanta o poder do próprio Estado.

Trata-se do assim chamado *regulatory capitalism*, no qual não só há grande esforço para harmonizar o direito interno com o direito internacional que rege a realização dos negócios, mas também há a necessária cooperação público-privada.⁶⁷ Como já se viu anteriormente, denomina-se essa técnica de intervenção na atividade econômica de autorregulação regulada, a qual decorre da possibilidade de o Estado estabelecer normas legais que impõem a criação de normas de condutas internas nas empresas, com vistas a fomentar o crescimento de uma cultura de cumprimento normativo, por meio da imposição do dever legal de vigilância a determinadas pessoas ou empresas, cominando-lhes responsabilidade legal (civil, administrativa ou penal) em caso de inobservância (*gatekeepers* ou vigilantes).

Do ponto de vista empresarial, identifica-se como risco qualquer potencial evento ou ação, interna ou externa, que dificulte ou impeça a empresa de atingir seus objetivos negociais. A partir dessa visão, Vanessa Alessi MANZI conceitua risco operacional como sendo o “risco de perda resultante de processos internos, de pessoas inaptas para o cargo e sistemas inadequados ou falhos, ou de eventos externos, gerando a necessidade de modelos de gestão, baseados em normas, procedimentos e controles”.⁶⁸

Tendo em vista essas definições, pode-se afirmar que os riscos operacionais de uma empresa incluem o controle de fraudes internas e externas, o passivo trabalhista, as condições de segurança e higiene dos locais de trabalho, o respeito ao consumidor, a

⁶⁷ NIETO MARTÍN, Adán. Introducción. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (diretores). *El derecho penal en la era compliance*, pp. 13 e segs.

⁶⁸ *Compliance no Brasil: consolidação e perspectivas*, p. 93.

preservação do patrimônio da companhia, a proteção ao sigilo do sistema de informações da empresa, o respeito aos prazos estabelecidos com clientes, entre outras diversas possibilidades.

Como se pode imaginar, a concretização de qualquer um dos riscos acima enumerados pode acarretar severos danos à reputação e ao valor de mercado da empresa, de modo que há de haver esforços para analisar, administrar e reduzir as falhas nos controles internos da empresa, com a finalidade de que tais intercorrências não se materializem.

Em outras palavras, as empresas devem criar, internamente, estruturas capazes de realizar “identificação, avaliação, monitoramento, controle e mitigação do risco operacional”, sendo que, na medida em que esses trabalhos vão sendo desenvolvidos, gerando maior qualidade nos processos de gerenciamento e de execução, os gestores não podem descuidar da cultura de cumprimento normativo ínsito a eles, de modo que se pode afirmar que “*compliance* contribui diretamente na gestão do risco operacional”.⁶⁹

A cada dia que passa, cresce o número de normas legais e regulatórias relativas à atividade empresarial. As alterações legislativas ocorrem com cada vez mais frequência, na mesma medida em que se torna cada vez mais complexa a miríade normativa incidente sobre o exercício dos negócios.

Esse panorama, que junta grande complexidade com alta instabilidade, dificulta a criação e o estabelecimento de um efetivo programa de *compliance*, aumentando suas probabilidades de insucesso, caso não seja estruturado de forma corretamente planejada.

Companhias não têm interesse algum em ter problemas legais ou regulatórios com as autoridades dos locais em que desenvolvem suas atividades empresariais e, considerando que, dentro da lógica empresarial contemporânea, até mesmo o trabalho pode ser terceirizado, mas não as responsabilidades decorrentes do descumprimento legal, a cultura corporativa desejada – respeitadora das boas técnicas de governança corporativa e

⁶⁹ MANZI, Vanessa Alessi. *Compliance no Brasil: consolidação e perspectivas* p. 94.

cumpridora dos imperativos legais e regulatórios – deve permear e transcender toda a estrutura negocial e organizacional da corporação.

Para atingir essa finalidade, a estrutura de atribuição de responsabilidades legais, dentro de uma companhia, não pode ficar concentrada em poucas figuras proeminentes do seu organograma, mas deve ser distribuída homoganeamente entre todas as instâncias da empresa, de maneira que as obrigações decorrentes do *compliance programme* sejam decorrentes de um processo de convencimento e de conscientização, e não de mera imposição, caso contrário tornar-se-á cara e ineficaz sua implantação.

Em outras palavras, a correta estruturação de um programa de *compliance*, com vistas à maximização de seus resultados positivos e, conseqüentemente, ao incremento dos benefícios alcançados pela empresa (participação no mercado, lucros e taxa de retorno dos investimentos), tem de ser alinhada e imbricada na gestão e nos processos negociais da companhia, isto é, deve permear seus próprios objetivos empresariais e o modo pelo qual realiza seus negócios, além, é claro, de pautar as responsabilidades dos colaboradores, a confiabilidade de seus registros contábeis e a clareza das informações negociais.⁷⁰

Assim, a estruturação de um *compliance programme* deve atender a uma perspectiva estratégica e, como já se disse, construída dentro da realidade negocial da companhia, abrangendo áreas tão diversas, embora igualmente importantes dentro do panorama legislativo e regulatório do mundo contemporâneo, tais como: especificações de segurança do produto, proibição de discriminação na política de recursos humanos, privacidade e segurança das informações e financeiras, proteção ao meio ambiente, entre outras.

Para atingir esses objetivos, um programa de *compliance* deve compreender a adoção de código de conduta, a manutenção de um canal interno de denúncias de práticas em desacordo com a estrutura de cumprimento, a implementação de programas educacionais e o treinamento e a cientificação periódica dos colaboradores a respeito das normativas que devem ser seguidas na realização dos negócios da companhia.

⁷⁰ STEINBERG, Richard. *Governance, risk management, and compliance: it can't happen to us – avoiding corporate disaster while driving success*, pp. 21 e segs.

Além disso, um programa de *compliance*, estruturado na ética e na integridade empresarial, é tão mais eficiente quando monitorado e auditado diuturnamente, devendo se consubstanciar em ações corporativas muito mais do que em palavras de ordem vazias. Nesse sentido, a existência de um canal de denúncias e reclamações sério e operante, inclusive com a possível criação da figura do *ombudsman*, é vital para seu sucesso, porquanto, para atingir seus objetivos, não pode haver margem de tolerância nem sequer para os pequenos descumprimentos.

Neste ponto, faz-se necessária a abertura de parênteses para pontuar a real dificuldade prática existente e o verdadeiro desafio que representa a implementação de um *compliance programme* efetivo numa empresa brasileira ou que tenha operações no Brasil, dada a característica cultural marcante e inegável da sociedade brasileira consubstanciada no “jeito” ou no “jetinho”, pela qual é disseminada a crença de que as soluções para problemas obtidas por meio do relacionamento pessoal, da simpatia, da compreensão ou, por vezes, da pura e simples corrupção ou tráfico de influência são sempre melhores e mais eficientes do que as soluções decorrentes do estrito cumprimento da lei para determinado problema.

Em outras palavras, devem ser consideradas e estudadas as dificuldades implicadas em profunda mudança cultural num ambiente social e, conseqüentemente, empresarial, como o brasileiro, infenso às mudanças organizacionais, legislativas e regulatórias, já que nele se faz perene a crença de que, ao final, nada mudará, pois um “jeito” será dado para solução dos problemas realmente graves.⁷¹

Apesar das peculiaridades brasileiras, é certo que, em termos ideais, as regras de um *compliance programme* devem ser escritas de forma organizada, clara e compreensível, bem como devem representar um conjunto de obrigações com conteúdo realmente ligado aos objetivos e ao cotidiano da corporação, exprimindo razão e coerência. Somente dessa forma é que suas normas poderão ser mais facilmente compreendidas, acessadas, internalizadas e, principalmente, respeitadas pelos colaboradores da companhia.

⁷¹ Sobre o tema, verificar: ROSENN, Keith S. The jeito – Brazil’s institutional bypass of the formal legal system and its developmental implications, pp. 514-549. Do mesmo autor: Brazil’s legal culture: the jeito revisited. *Florida International Law Journal*, vol. I, n. I, outono/1984, pp. 1-43.

Em vista da dualidade enfrentada pela estruturação de um *compliance programme*, Carla Rahal BENEDETTI propõe, em termos conceituais, a divisão da tarefa em duas frentes, quais sejam: uma, de ordem subjetiva, decorrente de um imperativo ético-legal, que se relaciona à elaboração de regulamentos internos, a adoção de manuais de boas práticas de governança corporativa, com indicações de cumprimento e conformidade aos mandamentos legais e regulatórios e com a finalidade de prevenir ou minimizar riscos; outra, de ordem objetiva, decorrente de obrigação legal, que compreende o estrito cumprimento daquilo que é determinado pela lei para as pessoas jurídicas e para seus integrantes (como é o caso das obrigações constantes nos artigos 10 a 11-A da Lei nº 9.613/1998, alterada pela Lei nº 12.683/2012, impostas às pessoas listadas no artigo 9º do mesmo diploma legal).⁷²

Não obstante a estruturação de um *compliance programme* realmente eficaz pressuponha uma tarefa hercúlea, vão se afastando, paulatinamente, dentro da realidade normativa e regulatória do mundo contemporâneo, os antiquados conceitos de que se trata de uma tarefa demasiadamente custosa aos cofres da empresa e de que é contraproducente numa perspectiva unicamente negocial, porquanto seu custo é muito inferior aos montantes que podem atingir as multas e as penalidades legais e regulatórias incidentes sobre a atividade empresarial, isto sem falar nos prejuízos de imagem e de divisão de mercado que podem ser suportados por uma companhia em caso de falhas em sua estrutura de prevenção de ilícitos.

Em palavras mais simples, são necessários investimentos para estruturar um programa de controle de riscos e de divisão de responsabilidades empresariais, muito embora tais valores sejam muito inferiores ao impacto dos custos, para a empresa, que podem atingir o descumprimento de normas legais e regulatórias.

Retratando a realidade estadunidense, Richard STEINBERG faz alguns comparativos entre os custos de estruturação de um programa de *compliance* e as penalidades suportadas pelo não cumprimento normativo na efetivação de negócios. De acordo com esse autor, um *compliance programme* consome, ao ano, em torno de seis milhões a cada um bilhão de dólares norte-americanos em receitas auferidos por uma

⁷² Criminal compliance: *Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal*, p. 80.

companhia, a depender de seu tamanho. Refere, ainda, que o custo da implantação das estruturas de *compliance* exigidas pela *Sarbanes-Oxley Act* gira em torno de quatro milhões de dólares norte-americanos para empresas que possuam cinco bilhões em receitas, saltando para dez milhões de dólares para empresas que tenham dez bilhões em receitas. Diz, ainda, referido autor que, na indústria da segurança, uma das mais regulamentadas em solo estadunidense, o custo da instalação e do correto funcionamento de um programa de *compliance* atinge o a proporção de treze por cento das receitas.

Em contrapartida, ainda de acordo com Richard STEINBERG, “um dos estudos descobriu que uma empresa de um bilhão de dólares de faturamento com somente *uma* falha de *compliance* incorreu em oitenta e um milhões de dólares em custos”, sendo sessenta e quatro milhões em multas e acordos, quatorze milhões em perdas negociais, mais três milhões pela interrupção dos negócios.⁷³

Aludido autor, ainda, faz uma lista de casos de falhas em programas de *compliance* que ganharam notoriedade midiática, com seus respectivos valores estimados de prejuízo, quais sejam: *American Home Products*, medicamentos para dieta, US\$ 3,75 bilhões; *Bank of Credit and Commerce*, fraude, US\$ 17 bilhões; *BAT Industries*, acordo das indústrias de tabaco, US\$ 73 bilhões; *Cinergy*, poluição, US\$ 1,4 bilhão; *IBM*, discriminação etária, US\$ 6 bilhões; *Johns Manville*, uso de amianto, US\$ 3 bilhões; *Philip Morris*, acordo das indústrias de tabaco, US\$ 9 bilhões; *Prudential Insurance*, práticas comerciais, US\$ 4 bilhões; *Texaco*, violação de regras de fusão, US\$ 3 bilhões; *Time Warner*, práticas contábeis, US\$ 3,5 bilhões; *Visa*, práticas comerciais violadoras da livre concorrência, US\$ 2,25 bilhões.

Como se vê, a implantação de um efetivo programa de *compliance* pode atingir patamares elevados de custo, mas as multas e penalidades advindas de eventuais falhas no sistema de cumprimento normativo atingem valores muito superiores, muitas vezes desastrosos para o próprio futuro da empresa, ainda que se considerem as vantagens indevidas advindas de eventuais práticas ilícitas.

⁷³ STEINBERG, Richard M. *Governance, risk management, and compliance: it can't happen to us – avoiding corporate disaster while driving success*, p. 23. Tradução livre do autor.

Em vista dessa possibilidade de prevenir futuros resultados danosos para a empresa, vale citar a enumeração feita por Sérgio Salomão SHECAIRA e Pedro Luiz Bueno de ANDRADE, para quem as estruturas de *compliance* podem abranger diversas áreas ou matérias, tais como: ambiental, defesa do consumidor, lavagem de dinheiro, direito do trabalho.⁷⁴ Podem ser acrescentadas a essa lista as áreas fiscal, segurança do trabalho e previdenciária, por exemplo.

Quando se trata de estruturas de cumprimento voltadas à prevenção dos riscos penais da atividade econômico-financeira, adota-se a agora consagrada denominação *criminal compliance*, termo que “compreende a adoção de política de prevenção à criminalidade empresarial e a implementação de mecanismos de controle interno e também externo, além das estruturas de incentivo ao cumprimento de deveres de colaboração conforme os preceitos estatais”.⁷⁵

A estruturação de um eficaz e rigoroso programa de *compliance*, além da abrangência e dos bons resultados em termos de prevenção de prejuízos que pode obter, costuma gerar nas autoridades constituídas uma maior complacência quando uma falha eventualmente ocorre. Trata-se de uma abordagem denominada de “cenoura-e-bastão” (*carrot-and-stick approach*), pela qual se prometem recompensas àqueles que se esforçam para se enquadrar, mas não se hesita em punir severamente aqueles que não se esforçam para criar as estruturas de *compliance*.⁷⁶

Por fim, há de se ter em conta que uma falha na estruturação do *compliance programme*, a depender de sua gravidade, além de impor à companhia estrondosos custos em multas, penalidades, ainda tem efeitos diretos sobre a valorização mercadológica de sua marca, colocando-a efetivamente “de joelhos” perante consumidores, fornecedores, parceiros e investidores. Nesse assunto, vale a regra segundo a qual reputações que levam anos para serem construídas podem ser completamente destruídas em apenas algumas horas.

⁷⁴ *Compliance e o direito penal. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 18, nº 222, maio/2011, p. 2.

⁷⁵ SAAD-DINIZ, Eduardo. O sentido normativo dos programas de *compliance* na AP470.

⁷⁶ STEINBERG, Richard M. *Governance, risk management, and compliance: it can't happen to us – avoiding corporate disaster while driving success*, p. 24. Tradução livre do autor.

Por isso, quando algo vai mal em termos de cumprimento normativo e de ajustes do comportamento da companhia perante as melhores técnicas de governança corporativa, o dever interno da empresa é investigar com severidade o que está acontecendo não só para apurar eventuais responsabilidades, mas também porque, como já se disse anteriormente, deve ser objetivo do *compliance programme* a adoção de políticas de solução, reparação ou conserto (*fixing*) de eventualidades que não puderam ser evitadas pelas estruturas preventivas implantadas.

Neste ponto, faz-se necessário tecer algumas considerações a respeito da figura do assim chamado *chief compliance officer* (CCO), profissional que tem o dever de estruturar e fazer efetivar os programas de cumprimento normativo no âmbito interno da empresa. É preciso que se diga que essa denominação não ganhou tradução em português, sendo que esses cargos, no Brasil, são denominados de “diretor de *compliance*” ou “vice-presidente de *compliance*”, a depender do organograma da empresa.

Ao se tratar da figura do *chief compliance officer*, a primeira premissa a ser fixada é a de que deve haver clareza a respeito do escopo e do feixe de responsabilidades a ele atribuídas na administração da empresa, pois ele não é, não pode ser, nem pode confundir-se com um profissional escolhido com a mera e única finalidade de assumir todos os riscos e responsabilidades legais da companhia.

Muito ao contrário: sua função principal é prevenir riscos, tomando parte e liderando a criação de estruturas de rápida obtenção de informações na empresa, assim como de ágil identificação de problemas e focos geradores de riscos de responsabilização corporativa. Conseqüentemente, é também uma de suas obrigações primordiais a adoção de medidas imediatas e eficazes quando a ocorrência de tais problemas e riscos é identificada.

Numa estrutura empresarial, existem responsabilidades que são próprias do *chief compliance officer*, principalmente quando o *compliance programme* não é bem executado, não se mostra efetivo ou tem falhas em sua concepção, mas a divisão de responsabilidades na atribuição de responsabilidades é importante porque responsabilidades decorrentes de eventuais descumprimentos normativos em áreas outras que não a sua, em desacordo com estruturados e bem executados programas normativos

internos, não lhe podem ser imputadas de maneira automática, simplesmente em decorrência de sua posição no organograma da companhia.

É certo que, com base nos fundamentos teóricos a respeito do dever de vigilância imposto pelo Estado ao particular, num esquema de prevenção de ilícitos que pressupõe a autorregulação regulada, a posição de *chief compliance officer* tem a função de ser uma espécie de *vigilante* dos demais *vigilantes*, isto é, um *vigilante* geral, cuja atribuição é coordenar e fiscalizar o bom exercício das funções dos *vigilantes* específicos em cada uma de suas áreas de atuação.

Até que ponto é possível, dentro de uma estrutura clássica de responsabilização penal pessoal, estender esse dever de vigilância, sem colocar em risco garantias penais e constitucionais é um dos principais desafios impostos por esse novo modelo de prevenção de riscos empresariais, o qual será tratado oportunamente no decorrer do presente trabalho.

2.3. Chief compliance officer, descumprimentos dos deveres de vigilância e responsabilidade individual.

Quando se está a falar de *criminal compliance* como estrutura corporativa criada com a finalidade de prevenir riscos ou mesmo a ocorrência de delitos, por meio da atribuição do dever de vigilância às diversas instâncias empresariais e, em especial, ao chamado *chief compliance officer (CCO)*, profissional responsável por estabelecer, fazer cumprir e fiscalizar o código de conduta reitor do ente coletivo, restam perguntas instigantes no se que refere à responsabilidade penal das pessoas físicas, ainda que subjacentes à responsabilização penal da pessoa jurídica, tais como: “quais consequências jurídico-penais pode ter o descumprimento desses deveres por parte das pessoas físicas concretamente encarregadas de seu cumprimento? Pode acarretar-lhes responsabilidade penal a título de coautoria ou participação no delito não evitado? Quais são os riscos penais enfrentados por quem deva assumir a execução desses deveres no interior da empresa, e como se concretizam?”⁷⁷

⁷⁷ DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Posición de garante del *compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica, pp. 165-166. Tradução livre do autor.

Aos poucos, a interferência anglo-saxã em torno da organização corporativa vai ganhando mais e mais corpo no cotidiano das empresas nacionais e das filiais das companhias transnacionais que funcionam em países como o Brasil, não só pela influência exercida pela cultura empresarial dominante no capitalismo e sua matriz estadunidense, mas também pela paulatina incorporação, à legislação pátria, de deveres de vigilância impostos a pessoas físicas e jurídicas, no sentido de criar um sistema de cooperação na prevenção de riscos e delitos propriamente ditos.

Norberto J. DE LA MATA BARRANCO afirma que, entre os três principais sustentáculos de um protocolo interno de prevenção de delitos, ao lado da análise prévia e detalhada das vulnerabilidades da estrutura da empresa e do estabelecimento de um código de conduta empresarial, encontra-se a necessidade de nomeação de um profissional que será encarregado de dar cumprimento a essas normas internas de prevenção de delitos – o diretor de controle interno, ou *chief compliance officer*.

Nesse contexto, para mencionado autor, a posição e as funções do *chief compliance officer*, numa estrutura interna de cumprimento normativo e consequente prevenção de delitos, passam por não só por denunciar comportamentos irregulares ou ilícitos dentro da empresa, mas também por prestar consultoria aos membros da organização a respeito da correção e da legalidade de determinada atividade questionável ou duvidosa.

Como é comum em diversos países, a posição hierárquica do *chief compliance officer* dentro do organograma empresarial deve ser dotada de independência, autonomia, iniciativa e poder de controle, pois ele é o encarregado de implementar e conferir respeito ao programa interno de cumprimento normativo, incumbindo-lhe, também, a detecção de riscos delitivos por condutas duvidosas e a proposição, aos órgãos diretivos ou administrativos da companhia, das medidas tendentes à melhora do sistema de controles internos, para maximizar sua eficácia.⁷⁸

Com isso, torna-se cada vez mais comum a existência da figura do profissional encarregado pelo cumprimento normativo no interior da empresa, denominado, no

⁷⁸ DE LA MATA BARRANCO, Norberto. La actuación conforme a protocolos de prevención de delitos como causa de exención de responsabilidad penal, pp. 254-258.

anglicismo dominante, de *chief compliance officer* ou simplesmente *CCO*, sem que, contudo, os contornos do alcance de suas obrigações profissionais estejam definidos com clareza nas diversas legislações estudadas.

Para Jacobo DOPICO GÓMEZ-ALLER, no atual quadro em que está inserida a atividade empresarial no mundo contemporâneo, o profissional encarregado do cumprimento normativo no interior da empresa tem “uma vocação *mais ampla* que a mera execução das tarefas concretas de prevenção”, incumbindo-lhe também o “desenvolvimento e a manutenção da vigência de políticas e procedimentos internos dirigidos a que a empresa e seus colaboradores não incorram em infrações graves na persecução dos objetivos sociais”.⁷⁹ Supera-se, assim, a fase em que os controles e prevenções eram criados e implementados para evitar crimes *contra* a empresa, para chegar a um estágio em que se busca também evitar a ocorrência de delitos em *benefício* do ente coletivo.

Entretanto, ante a falta de maiores especificações legislativas a respeito das obrigações efetivamente impostas aos profissionais encarregados das estruturas de *compliance* no interior das pessoas jurídicas, acaba existindo grande heterogeneidade no exercício dessa posição, com nomenclaturas e funções que variam bastante de empresa para empresa, inclusive havendo casos em que as tarefas de controle e prevenção de riscos são divididas de acordo com a área de atuação de cada profissional (departamento pessoal, financeiro, compras, meio ambiente etc.), não havendo coordenação centralizada de seu desempenho.

O dever de zelar por não infligir danos a bens jurídicos alheios em decorrência do exercício de sua atividade econômica incumbe, em última análise, ao proprietário da empresa – seja ela individual ou uma sociedade –, que dela extrai lucros. Na medida em que se torna cada vez mais complexa a organização do exercício da atividade econômica por meio da pessoa jurídica – não só em relação ao seu número de colaboradores, mas também no que tange ao número de acionistas e administradores –, é evidente que esse dever de evitar danos aos bens jurídicos de terceiros acaba sendo delegado e transferido a outras pessoas e órgãos existentes na estrutura corporativa, principalmente àqueles

⁷⁹ Posición de garante del *compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica, pp. 167-168. Tradução livre do autor.

responsáveis pela implementação dos programas de prevenção de riscos e de cumprimento normativo.

Em vista disso, faz-se necessário discutir os riscos penais pessoais inerentes à função de responsável pela implementação e pela supervisão dos programas de *compliance* dentro de uma empresa, isto é, do *chief compliance officer* e suas idealizadas atribuições profissionais que o transformam numa espécie de *vigilante dos vigilantes*, situando-o numa posição de risco penal pessoal bastante acentuado, na medida em que pode ser visto como garante de um sem-número de situações arriscadas que ocorrem no dia-a-dia de uma grande corporação, principalmente quando se têm em consideração as diversas possibilidades de atuar com negligência frente ao dever normativo de evitar resultados danosos a bens jurídicos alheios.⁸⁰

Há, portanto, um dever de garante que incumbe primordialmente ao empresário, que o transfere, ainda que não totalmente, por meio da delegação de funções dentro da estrutura corporativa. Daí por que lhe interessa criar estruturas eficientes de evitação de riscos e resultados danosos, na medida em que também lhe servem como anteparo de sua própria responsabilidade penal pessoal.⁸¹

Ricardo ROBLES PLANAS afirma que “a delegação corretamente efetuada modifica a posição jurídica do delegante, liberando-o dos deveres inerentes ao seu âmbito de competência”. Entretanto, como mantém ele o poder de revogar a delegação, permanece ainda responsável pelo conteúdo daquilo que seu delegado organize, embora não lhe seja exigível a exaustividade na vigilância do desempenho da atividade delegada.⁸²

⁸⁰ Jacobo DOPICO GÓMEZ-ALLER afirma que “as pessoas que no interior da empresa podem ostentar posições de garantia fazem-no em virtude de uma assunção, pois o empresário delega-lhes uma tarefa perigosa, o cuidado de focos de perigo ou a custódia de interesses alheios”. Posición de garante del *compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica, p. 172. Tradução livre do autor. Para compreender os diversos aspectos e matizes da posição de garante frente às obrigações assumidas no estabelecimento e condução dos negócios de uma empresa, verificar: DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Fundamento da responsabilidade em comissão por omissão dos diretores de empresas.

⁸¹ “A princípio, nossa jurisprudência admite que os deveres que incumbem ao garante podem ser objeto de delegação, sempre que isto ocorra para assegurar a proteção do bem que se deva custodiar ou proteger. Assim expõe o Tribunal Supremo quando afirma que ‘o ordenamento jurídico reconhece valor exonerante da responsabilidade à delegação da posição de garante, quando tal delegação se realiza a pessoas capacitadas para a função e que dispõem dos meios necessários para a execução da obrigação correspondente ao seu dever de atuar.’” In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Derecho penal económico* p. 134. Tradução livre do autor.

⁸² El responsable de cumplimiento (“compliance officer”) ante el derecho penal, p. 324. Tradução livre do autor.

Os deveres de controle e de evitação de resultados delituosos convertem-se em deveres de vigilância e supervisão sobre as atividades dos empregados e colaboradores, para quem essa transferência de responsabilidade soma-se ao dever de supervisão e cumprimento normativo ínsito ao seu próprio exercício profissional na área em que desenvolve suas atividades dentro do ente coletivo.

Esses deveres de vigilância, supervisão e cumprimento normativo, delegados dentro da estrutura empresarial, mas que se mantêm – ainda que residualmente – na pessoa do empresário delegante, bipartem-se em *deveres ativos*, consistentes na realização de tarefas preventivas e de detecção de possíveis riscos, como investigações, auditorias e inspeções, e *deveres reativos*, quando surgem indícios de situações de desconformidade com normas legais ou mesmo procedimentos internos, o que também inclui o dever de receber periodicamente informes a respeito das tarefas de supervisão e vigilância realizadas por outrem.⁸³

Ao receber tais incumbências e delegações dentro da estrutura empresarial, o *chief compliance officer* recebe também alguns poderes, inclusive o de mando sobre outros empregados, o que inclui contratação, formação e treinamento dos trabalhadores, comunicação e reportes aos órgãos internos e pessoas que devem tomar decisões a respeito de determinados fatos, supervisão de contratações e pagamentos, estabelecimento de canais internos de denúncias de irregularidades, criação de políticas de proteção dos denunciantes etc.

Em outras palavras, o responsável pelo cumprimento normativo no âmbito interno da empresa (CCO) recebe do empresário a delegação dos deveres de controle dos riscos e perigos da própria atividade empresarial, recebendo também, em contrapartida, os deveres de supervisão e vigilância das atividades de outros empregados, também responsáveis pela evitação de resultados perigosos e danosos em suas respectivas áreas de atuação.⁸⁴

⁸³ DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Posición de garante del *compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica, pp. 172-174.

⁸⁴ DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Posición de garante del *compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica, p. 174-176.

Como se vê, no caso do *chief compliance officer*, potencializam-se os riscos penais pessoais assumidos pelo profissional empregado que exerce essa função, na medida em que as funções próprias do seu exercício profissional coincidem exatamente com supervisionar a efetiva observância normativa de terceiros, transformando-o numa espécie de garante solidário pelo cumprimento de deveres alheios, que também passam a ser seus dentro da lógica inerente a essa estrutura de delegação e transferência de responsabilidades.

Nas palavras de Jacobo DOPICO GÓMEZ-ALLER, diante dessa peculiar posição ocupada pelo *chief compliance officer* no organograma empresarial, bem como tendo em vista as atribuições inerentes ao posto que ocupa, exsurge o seguinte fundamental questionamento: “cabe atribuir-lhe responsabilidade penal em relação a delitos concretos cometidos na empresa, que puderam ocorrer em razão da não implementação do dito programa de cumprimento normativo quando era sua obrigação?”⁸⁵

Numa primeira e rápida aproximação ao questionamento proposto, é possível afirmar, como regra geral, que “as atribuições que têm sido conferidas aos *compliance officers* acabam por colocá-los na posição de garantidores”, de maneira que respondem criminalmente “como se tivessem agido positivamente nas situações em que venham a se omitir”.⁸⁶

Contudo, a primeira grande dificuldade encontrada para se aprofundar na resposta a esse questionamento é a falta de definição legal a respeito das obrigações legais atribuídas ao *chief compliance officer*, cujos limites de atuação e atribuições profissionais acabam variando de empresa para empresa, ocasionando grande amplitude de possibilidades derivadas dos riscos assumidos pelo ocupante da função em cada caso concreto. Resta, portanto, a opção de responder ao questionamento proposto por meio de colocações e conceituações derivadas de características gerais e coincidentes observadas no exercício desse encargo no mundo corporativo.

⁸⁵ Posición de garante del *compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica, p. 177. Tradução livre do autor.

⁸⁶ SAAVEDRA, Giovanni A. Reflexões iniciais sobre *criminal compliance*.

Giovani A. SAAVEDRA afirma que, na tradição estadunidense e da Europa Ocidental, principalmente da Alemanha, os *compliance officers* têm funções muito abrangentes, incumbindo-lhes “avaliar constantemente os procedimentos da empresa com vistas a garantir que ela estivesse em conformidade com todas as exigências legais, nacionais ou internacionais, que, de forma direta ou indireta, tivessem influência ou fossem aplicáveis à sua atividade, sejam elas trabalhistas, previdenciárias, ambientais, penais etc.”⁸⁷

O correto dimensionamento da extensão da responsabilidade do *chief compliance officer*, assim, passa por um esforço no sentido de não o superdimensionar, na medida em que esse profissional não é em regra responsável por funções executivas, mas recebe, do empresário, a delegação necessária para que assuma a vigilância sobre o correto cumprimento normativo nas diversas esferas de atuação da corporação, devendo, em contrapartida, transmitir as informações relevantes, a respeito daquilo que detectar, aos órgãos de direção com capacidade para agir.⁸⁸

Em outras palavras, assume o *chief compliance officer* apenas parte – ainda que seja a maior parte – do dever de garantia, vigilância e de evitar resultados lesivos que incumbe originariamente ao empresário. Sua incumbência primordial, portanto, é o dever de informação aos órgãos competentes pela área em que se encontra o problema detectado, assim como à administração superior da empresa à qual for subordinado.

Todavia, as atribuições e consequentes responsabilidades do *chief compliance officer* também não podem ser subdimensionadas, porquanto se trata, em regra, do profissional que dispõe das informações relevantes para que se dê o correto cumprimento normativo em cada um dos âmbitos de atuação da empresa, situando-se numa posição privilegiada no organograma corporativo para condicionar a atuação dos órgãos executivos, fazendo-lhes chegar os conhecimentos necessários para que tomem as oportunas e necessárias decisões e medidas administrativas que lhes incumbem.⁸⁹

⁸⁷ Reflexões iniciais sobre o controle penal dos deveres de *compliance*, p. 13.

⁸⁸ ROBLES PLANA, Ricardo. El responsable de cumplimiento (“compliance officer”) ante el derecho penal, pp. 324-325.

⁸⁹ ROBLES PLANA, Ricardo. El responsable de cumplimiento (“compliance officer”) ante el derecho penal, p. 325.

Em síntese, o exercício da posição de *chief compliance officer* dentro de uma organização empresarial não representa – como, de fato, não poderia representar – que esse profissional seja uma espécie de *laranja* ou *testa de ferro*⁹⁰ escolhido pelo ente coletivo para fazer frente às suas demandas criminais. A responsabilidade penal desse profissional só pode derivar dos deveres por ele efetivamente assumidos, dentro do alcance *real* e *material* da delegação recebida da organização empresarial, primordialmente concebida como dever de detecção e investigação de infrações e de transmissão de informações.⁹¹

Dentro dessa perspectiva, os pressupostos fundamentadores da responsabilidade penal do *chief compliance officer* são: a) que sua omissão refira-se a um delito que ainda não foi cometido, pois, no caso de delitos já consumados, haveria omissão na sua denúncia, ação não punível nas relações privadas;⁹² b) a omissão tem que se dar em relação a uma conduta cuja realização, pelo menos em tese, faria supor a não ocorrência do delito; c) o risco do delito a ser evitado tem que integrar o rol daquelas atividades ou condutas que o encarregado de cumprimento normativo comprometeu-se concretamente a impedir que ocorressem.⁹³

Em relação ao primeiro pressuposto fundamentador da responsabilidade penal do *CCO*, conforme acima listado, de fato, no ordenamento jurídico brasileiro (assim como no espanhol), não há possibilidade constitucional de incriminar-se a conduta de particular que não denuncia às autoridades competentes a ocorrência de algum crime já consumado no interior da empresa, mesmo que o fato encontre-se na zona de atribuições profissionais do encarregado interno de cumprimento normativo.

Não se pode esquecer que os deveres de vigilância atribuídos ao *chief compliance officer* são assumidos em decorrência de uma relação de trabalho e derivados das obrigações originariamente assumidas pelo empresário na constituição de seu

⁹⁰ De acordo com o Dicionário Houaiss, o termo *laranja*, nessa acepção, significa “indivíduo que cede seu nome para ser usado em negócios ilícitos”, sendo correlato de *testa-de-ferro*, cujo significado é “quem se faz passar por responsável de ato ou empreendimento de outrem”. Em língua espanhola, utiliza-se o termo *cabeza de turco*, utilizado por Ricardo ROBLES PLANA no texto em questão.

⁹¹ ROBLES PLANA, Ricardo. El responsable de cumplimiento (“compliance officer”) ante el derecho penal, p. 325.

⁹² No ordenamento jurídico espanhol, verificar: DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Posición de garante del *compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica, p. 183-186.

⁹³ ROBLES PLANA, Ricardo. El responsable de cumplimiento (“compliance officer”) ante el derecho penal, p. 325-326.

negócio,⁹⁴ de modo que, frente à aplicação do princípio do *nemo tenetur se detegere*, presente no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição da República,⁹⁵ e compreendido como direito de não se autoincriminar ou de não produzir prova contra si próprio, não é juridicamente admissível impor-lhe a obrigação de se autodenunciar às autoridades públicas quando fatos criminosos já consumados, ocorridos no interior da empresa, sejam descobertos.⁹⁶

De qualquer forma, em todos os casos – e isto deve restar claro –, o dever de ação imputável como infração de dever ao *chief compliance officer* encerra-se sempre nos limites dos compromissos concretos por ele assumidos entre suas atribuições profissionais, jamais lhe incumbindo exercer a função de *dublê* do empresário na assunção de todos os riscos inerentes ao exercício da própria atividade empresarial.

Ricardo ROBLES PLANA vislumbra três possibilidades de responsabilização do *chief compliance officer* em relação aos fatos que podem ocorrer dentro do feixe de obrigações e deveres que lhe é comumente atribuído no ambiente corporativo: a) *autoria mediata*, nos casos em que o responsável pelo cumprimento normativo coloque-se no lugar do órgão diretivo da empresa, determinando-lhe a ocorrência de um erro invencível, cuja consequência seja um comportamento executivo constitutivo de delito; b) *coautoria*, quando o *chief compliance officer* acumula atribuições diretivas e gerenciais na empresa, de modo que detém a possibilidade de evitar a conduta delitativa de algum membro da corporação, mas não age assim dolosamente; c) *cumplicidade*, hipótese mais frequente na

⁹⁴ Em sentido próximo, Imme ROXIN, em sua palestra denominada *Responsabilidade empresarial por omissão imprópria: o problema dos crimes omissivos*, proferida em 28 de agosto de 2014, por ocasião do 20º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, em São Paulo, afirmou que os marcos balizadores que limitam a transferência da responsabilidade penal do empresário para o *chief compliance officer* encontram-se no estrito conteúdo daquilo que foi contratado entre as partes, bem como no âmbito das ações que seriam possíveis ao CCO, com sua ação, evitar que ocorresse na prática.

⁹⁵ Além disso, os §§ 2º e 3º do mesmo artigo constitucional consagram o mandamento de que os direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição não excluem e podem ser acrescidos de outros decorrentes de tratados internacionais de que o Brasil seja signatário, os quais adquirem força de norma constitucional se aprovados pelas duas casas do Congresso Nacional, em dois turnos, com quórum de 3/5 dos votos. Tanto o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, que vigora no Brasil desde o Decreto Presidencial nº 592, de 16 de julho de 1992, em seu artigo 14, n. 3, alínea g, quanto a Convenção Americana de Direitos Humanos, em vigor desde o Decreto Presidencial nº 678, de 06 de novembro de 1992, têm, portanto, força de norma constitucional no ordenamento brasileiro e estabelecem expressamente o princípio do *nemo tenetur se detegere*, ou seja, de que ninguém é obrigado a depor contra si próprio nem se declarar culpado.

⁹⁶ Excetua-se dessa condição os funcionários públicos, mesmo que por equiparação (artigo 327), que exercem suas atividades em empresas públicas e paraestatais, que podem, eventualmente, responder por prevaricação (artigo 319) no caso de omitirem, “para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”, no cumprimento de seu dever de ofício consistente em denunciar irregularidades detectadas.

prática, quando o encarregado do cumprimento normativo tem suas funções limitadas à transmissão adequada de irregularidades de que teve conhecimento ao órgão diretivo competente e se omite no cumprimento de seu dever diante das situações de risco enfrentadas pela empresa.⁹⁷

Assentadas as premissas sobre a atuação mais comum do *chief compliance officer* no ambiente corporativo, com seus respectivos deveres e competências, considerando ainda a falta de previsão legal a respeito de suas atribuições profissionais, resta equacionar, agora, de que forma poderá ser ele responsabilizado, perante o direito penal, diante de eventuais omissões em relação às suas concretas obrigações de controle, vigilância e comunicação de irregularidades aos órgãos executivos da empresa. Para tanto, será necessário verificar diferentes alternativas de sua atuação profissional relacionadas a eventuais omissões, para que se possa valorá-las frente aos preceitos do direito penal.

Na hipótese de a omissão ocorrer em relação ao dever de implementação e desenvolvimento dos programas internos de prevenção de riscos e delitos,⁹⁸ os quais, numa análise em perspectiva, poderiam ter evitado o resultado ilícito se implementados a contento, há duas soluções possíveis, ambas integralmente válidas diante do direito penal positivo brasileiro. A primeira, quando se tratasse da ocorrência de uma modalidade típica unicamente dolosa, haveria atipicidade na conduta do *chief compliance officer* que culposamente não se desincumbiu plenamente de suas obrigações, a menos que tenha agido dessa forma com a finalidade de aderir deliberadamente ao planejamento do delito. A segunda, quando o delito ocorrido fosse também punido por imprudência, hipótese em que seria possível imputar-se ao encarregado de cumprimento normativo a conduta de, negligentemente,⁹⁹ não ter impedido o resultado típico.⁹⁹

Quando a omissão em que incorre o *chief compliance officer* no desenvolver de suas obrigações profissionais gira em torno de falhas na recepção e na gestão de denúncias

⁹⁷ El responsable de cumplimiento (“compliance officer”) ante el derecho penal, p. 326-329.

⁹⁸ Multitarefa que compreende rotinas de autorização e supervisão de pagamentos e contratação; formação e treinamento de pessoal; conscientização do corpo funcional da empresa a respeito dos limites da legalidade e das condutas proibidas; criação de canais internos de denúncia e respectiva proteção aos denunciantes (*whistleblowers*); estabelecimento de protocolos de investigação interna ante indícios de delitos; padronização dos fluxos de informações e reportes a respeito das conclusões das atividades desenvolvidas etc.

⁹⁹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Posición de garante del *compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica, p. 177-179.

a respeito de eventuais desvios de conduta que estão a ocorrer no interior da empresa, o que inclui o dever de investigar fatos suspeitos ante a existência de indícios de delito, haverá violação de deveres muito sensíveis e grande possibilidade de responsabilidade penal dela decorrente, tratando-se, tais atividades, de um dos âmbitos de maior risco para os encarregados de cumprimento. Para que sua responsabilidade penal reste configurada, é necessária a presença de três condições, a seguir expostas.

Primeiro, é preciso ter em conta que, para haver responsabilização penal do encarregado interno de cumprimento normativo, sua omissão tem que ocorrer em face de um delito cuja ocorrência podia impedir e cuja realização está em curso ou cuja execução está na iminência de se iniciar, não havendo possibilidade jurídica de responsabilização, como já explicado anteriormente, nas hipóteses de delitos já ocorridos, quando restaria ao encarregado de cumprimento normativo tão somente a possibilidade de denunciá-lo às autoridades, atividade que não é incriminada.

A segunda condição exigida é que a omissão se dê em relação a uma conduta que poderia impedir a ocorrência do delito, como quando o *chief compliance officer* deliberadamente não abre investigação para obter as informações necessárias a respeito de determinado fato ou se omite na obrigação de remeter informações aos órgãos responsáveis aos quais o fato está submetido, ocultando, dessa forma, o rastro do ilícito, o que acaba favorecendo ou possibilitando, com sua conduta omissiva, a conduta do autor do delito.

Por fim, como terceira condição, faz-se necessário que o delito esteja entre aqueles constantes do rol cuja prevenção compete, de fato, ao dever de garantia atribuído ao *chief compliance officer*. Para tanto, é necessário aquilatar se o empresário era originariamente garante do dever jurídico de evitar o delito em questão, assim como se houve concreta delegação ao encarregado interno de cumprimento normativo no sentido de evitar a ocorrência de fatos ilícitos daquela modalidade específica.¹⁰⁰

Não se pode esquecer, nessas hipóteses, que a posição de garante exercida pelo *chief compliance officer* dentro de uma corporação provém necessariamente dos deveres originariamente assumidos e posteriormente delegados pelo empresário na condução dos

¹⁰⁰ DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Posición de garante del *compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica, p. 179-182.

negócios sociais da empresa, de maneira que, se não existe o dever originário e/ou se o cumprimento do dever específico não foi concretamente delegado ao encarregado interno de cumprimento normativo, não há que se falar em responsabilidade penal.

Refletindo sobre as consequências práticas dessas estruturas de delegação de deveres existentes nas estruturas corporativas, Eduardo SAAD-DINIZ, acertadamente, adverte que, de fato, os programas de *compliance* tornam mais delicada a posição dos empregados no âmbito corporativo no que se refere à questão da responsabilização criminal por fatos delituosos ocorridos no interior da empresa. Vislumbra clara colisão entre a pretensão e o interesse do empresário no sentido de delegar os deveres de vigilância e evitação de delitos aos seus subordinados, inclusive como forma de autopreservação pessoal, com os direitos pessoais à privacidade e à intimidade dos trabalhadores, que se veem premiados pelas estruturas de *compliance* e os respectivos deveres de denúncia que lhe são impostos. Recomenda, como saída para o impasse, a “elaboração de critérios materiais de restrição da imputação de responsabilidade nos sistemas de delegação de deveres corporativos”.¹⁰¹

É possível concluir, nesse panorama, que a responsabilização penal da pessoa jurídica pode funcionar como verdadeiro contrapeso às medidas de transferência da responsabilidade penal pessoal daqueles responsáveis pelo controle interno e cumprimento normativo da empresa, fato que poderá sobrecarregá-los, na medida em que ficariam esses profissionais na posição de garantes em relação a toda miríade de atividades desenvolvidas por uma corporação.

Responsabilizando-se a própria corporação por seus déficits organizacionais na condução de suas atividades sociais, distribui-se melhor o peso das responsabilidades e dos deveres em seu organograma interno, pois eventuais falhas que importem na ocorrência do delito terão suas consequências suportadas por toda a coletividade profissional daquele ente coletivo. Isso não quer dizer as imputações pessoais deixariam de ocorrer. Aconteceriam, mas não mais como resposta estatal principal à ocorrência de delitos em benefício da pessoa jurídica, principalmente nas omissões culposas do CCO. Seria colocada como foco principal da atuação do direito penal o agir coletivo motivado pela

¹⁰¹ Fronteras del normativismo: a ejemplo de las funciones de la información en los programas de *criminal compliance*, p. 439. Tradução livre do autor.

vontade do todo corporativo, que representa muito mais do que a soma das vontades individuais dos empregados e colaboradores que compõem a empresa.

2.4. *Criminal compliance*: prevenção ou armadilha?

O direito penal econômico, introjetado pelos valores do *criminal compliance*, não se restringe mais ao mero papel de reprimir fatos delituosos, Constitui-se, isto sim, num novo paradigma de ordenamento jurídico, com proposta eminentemente preventiva. Evidencia-se, dessa forma, a dificuldade dos operadores do direito em compreender seus fundamentos, na medida em que têm sua formação baseada no tratamento *post factum* das ocorrências, devendo haver um esforço para compreensão desse novo padrão da ação reguladora do Estado, que impinge ao particular deveres de evitação e detecção de riscos.¹⁰²

Nesse sentido, o desenvolvimento de estruturas de *compliance* acaba por revelar um verdadeiro paradoxo, pois os controles internos criados com a finalidade de prevenir riscos e evitar a ocorrência de delitos e da responsabilização penal deles decorrentes acabam, na prática, constituindo-se numa “cadeia de responsabilização penal”, na medida em que atribuições claras de funções aos *chief compliance officers* e dos demais administradores da empresa colocam-nos na posição de garantes, que acabam respondendo pela não evitação de fatos antissociais eventualmente ocorridos.

A história do aferimento da responsabilidade penal pessoal no interior da empresa é a história do deslizamento do risco penal, na medida em que todos os agentes eventualmente implicados num fato delituoso – desde acionistas e administradores até dirigentes médios e trabalhadores – buscam sempre transferir uns aos outros o peso desfavorável da reprimenda penal. Nesse cenário, as estruturas de *compliance* funcionam como um agente facilitador dessa transferência do risco penal no sentido *top-down*.¹⁰³

¹⁰² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Ponderações sobre o compliance criminal.

¹⁰³ NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, pp. 207-214.

Esse papel de facilitador da transferência *top-down* da responsabilidade penal tem consequências um tanto perversas quando o sistema jurídico em que opera a empresa tem mecanismos de incentivo à delação premiada, porquanto tende a criar a figura do *whistleblower* reverso, isto é, pessoas que ocupam cargos diretivos da companhia (sócios e administradores) tornam-se, elas mesmas, as denunciantes de eventuais ilícitos, transferindo a responsabilidade penal para níveis mais baixos da hierarquia corporativa (empregados, executivos e técnicos). Note-se que isso pode, inclusive, ocorrer de forma consensual, ou seja, mediante compensação ou ajuste com aqueles que serão incriminados. Tem-se, com isso, verdadeiro incentivo à criação de bodes expiatórios.

Assim, deve ser preocupação do legislador penal a elaboração de um sistema de responsabilização no qual sócios e administradores das corporações não vejam a sanção penal apenas como um risco a mais no cotidiano da empresa. Há que se incentivar que os *compliance programmes* não se transformem em mera fachada do cumprimento formal do *standard* legal, sem interesse real de implantar um programa de atuação empresarial com dimensão verdadeiramente ética, porquanto se trata de verdadeira subversão do conceito de *compliance* transformar a autorregulação empresarial apenas e tão somente numa espécie de apólice de seguros, num mero produto a ser adquirido por alto preço no mercado especializado, cuja única finalidade é viabilizar o escape da persecução penal.

Os mesmos cuidados devem ser tomados em relação aos mecanismos de incentivo à cooperação da própria pessoa jurídica na investigação e às políticas de *fixing*, os quais podem gerar, na corporação, um interesse na responsabilização interna de níveis hierárquicos inferiores, para que os níveis hierárquicos superiores eximam-se de sua própria responsabilidade penal. Não se pode admitir que a colaboração da empresa na fase pós-delitiva transforme-se em verdadeira investigação interna sem garantias aos investigados.¹⁰⁴

De fato, esse fenômeno ganha ainda maior proporção quando se tem em vista que a tradição do direito penal, como já dito, é a de lançar sobre os fatos de interesse uma visão *ex post*, ou seja, de analisar condutas que já violaram a norma penal. Contudo, as

¹⁰⁴ Adán NIETO MARTÍN aponta como sugestões para não permitir tais subversões do sistema talvez limitar os efeitos da colaboração ao âmbito penal, mantendo os efeitos civis e administrativos do fato, bem como limitar as hipóteses de colaboração aos casos em que o autor físico da infração seja um colaborador de nível graduado na empresa.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, p. 213.

estruturas de *compliance*, por sua vez, para serem compreendidas dentro do objetivo a que se destinam, carecem de análise *ex ante* dos fatos, porquanto é necessário que se avaliem a aptidão e a suficiência das medidas adotadas mesmo diante da ocorrência do fato ilícito indesejado.¹⁰⁵

Dentro dessa lógica, a ideia embutida na responsabilização criminal das pessoas jurídicas, reforçada pela possibilidade de punição pessoal de seus dirigentes, é reforçar no ambiente corporativo, pela intimidação exercida pela pena, a mentalidade de obediência às normas jurídicas, num efeito de prevenção geral. A possibilidade de condenação criminal da empresa deixa claro que a norma jurídica violada dirige-se a toda coletividade da organização e merece uma reprovação social. Tem, também, essa apenação uma função preventiva especial, na medida em que visa a intimidar a empresa, considerada em sua coletividade, para que não reincida no delito. Em vista disso, a cominação da pena em face de pessoas jurídicas tem, conseqüentemente, o efeito de persuadir as empresas a monitorar suas atividades internas, para manter sua conformidade com o sistema jurídico.¹⁰⁶

Para ilustrar essa preocupação, busca-se a experiência prática italiana, país em que se construiu engenhoso modelo de responsabilidade das pessoas jurídicas por delitos, dotado de grande sofisticação dogmática, no qual se encontram expressos os requisitos mínimos que as empresas devem observar para evitar sua responsabilização por ilícitos penais. Fato é que, ainda assim, observa-se, na prática forense daquele país, a renitente insistência dos tribunais em não aceitar a isenção completa da responsabilidade do ente coletivo em função da adoção e implementação de um sistema de *compliance*, “alegando que a comissão de um delito é a prova de que o modelo de prevenção fracassou, isto é, que não é idôneo para a prevenção de delitos”.¹⁰⁷

¹⁰⁵ SAAVEDRA, Giovani A. Reflexões iniciais sobre *criminal compliance*.

¹⁰⁶ Klaus TIEDEMANN, Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado, p. 32, n. 17. Adán NIETO MARTÍN afirma que “a responsabilidade penal das pessoas jurídicas surge como um intento de reequilibrar o risco entre sócios e administradores, muito descompensado quando unicamente existe responsabilidade individual”. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, p. 207.

¹⁰⁷ MATUS ACUÑA, Jean Pierre. Sobre el valor de las certificaciones de adopción e implementación de modelos de prevención de delitos frente a la responsabilidad de las personas jurídicas, p. 9. Tradução livre do autor. Para análise mais aprofundada do sistema italiano de responsabilidade das pessoas jurídicas por ilícitos, verificar o item 4.2 da presente tese.

Da mesma forma que na Itália, na experiência prática já proporcionada pela aplicação do sistema espanhol de responsabilidade penal da pessoa jurídica, também se faz “mais que desejável que se adote alguma solução legislativa ou paralegislativa que aclare os efeitos da *compliance* penal, que aclare se a diligência da pessoa jurídica pode excluir sua responsabilidade penal e em que casos”.¹⁰⁸

Daí o inconveniente a ser evitado, quando se reflete sobre a estruturação de um sistema penal baseado nos preceitos da cultura *compliance*, no sentido de que a atuação individual em desconformidade com os parâmetros organizacionais e legais acabe conduzindo as instâncias formais de controle social à presunção *iuris tantum* da insuficiência da organização coletiva da empresa, fazendo-se necessário que se garanta à pessoa jurídica a possibilidade de demonstrar uma organização interna apta à detecção e à prevenção de riscos inerentes à sua atividade, ainda que a partir de um olhar *ex ante*.¹⁰⁹

Amparados na experiência prática espanhola na aplicação da cultura *compliance* tanto às pessoas físicas quanto às pessoas jurídicas, Ismael CLEMENTE CASAS e Manuel ÁLVAREZ FEIJOO pontuam pelo menos três possíveis efeitos secundários indesejados que a adoção de um programa de cumprimento normativo pode acarretar:¹¹⁰

(i) *poderá constituir-se em possível fonte de responsabilidade penal das pessoas físicas*. Ao assinalar papéis, responsabilidades e competências profissionais dentro do organograma da empresa, o programa de cumprimento normativo acabará atribuindo deveres de garantia a determinadas pessoas físicas – principalmente, ao *chief compliance officer*, mas não só a ele –, os quais poderão ser determinantes para aferir sua responsabilidade penal por crimes imprudentes, ou mesmo por dolo eventual.

¹⁰⁸ CLEMENTE CASAS, Ismael; ÁLVAREZ FEIJOO, Manuel. ¿Sirve de algo un programa de *compliance* penal? ¿Y qué forma le doy? (Responsabilidad penal de la persona jurídica en la LO 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica), p. 38. A mesma preocupação é apresentada por Bernardo José FEIJOO SÁNCHEZ em BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad de las personas jurídicas*, p. 77. Para maior aprofundamento sobre o sistema espanhol de responsabilidade penal da pessoa jurídica, conferir o item 4.4 deste trabalho.

¹⁰⁹ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad de las personas jurídicas*, p. 75.

¹¹⁰ ¿Sirve de algo un programa de *compliance* penal? ¿Y qué forma le doy? (Responsabilidad penal de la persona jurídica en la LO 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica), p. 38.

(ii) *poderá elevar o já grande rol de diligência exigível da pessoa jurídica e também da pessoa física.* Se não houver legislação e regramentos claros a respeito de como devem ser e como devem funcionar os planos de cumprimento normativos, acaba não havendo parâmetros mínimos necessários do que realmente precisa ser feito e implementado pelas empresas, a fim de que evitem sua responsabilização penal. Ante a falta de critérios legais e regulamentares, um *compliance programme* comedido pode ser julgado insuficiente quando analisado *ex post* pelo Poder Judiciários; da mesma forma, um *compliance programme* ambicioso poderá demonstrar-se inexecutável na prática, gerando uma série de déficits de implementação e, conseqüentemente, aparente negligência com sua efetividade.

(iii) *poderá dar maior relevo ao natural conflito de interesses existente dentro de uma companhia.* Até os dias atuais, em regra atuando na posição de responsáveis civis em relação a atos delituosos cometidos por seu corpo diretivo ou empregado, as companhias frequentemente tinham interesses defensivos convergentes com seus representantes no enfrentamento jurídico dos eventos antissociais ocorridos. Com a adoção de um programa de cumprimento normativo efetivo e eficiente, com maior frequência passarão a existir casos em que a melhor defesa será demonstrar que o fato ilícito ocorreu porque o empregado ou diretor burlou as normas e a fiscalização internas estabelecidas pela companhia, havendo conflito de interesses entre as defesas da pessoa física e do ente coletivo. Outra possibilidade de conflito de interesse parecida com essa acima narrada poderá ocorrer quando o plano de prevenção de riscos e cumprimento normativo tiver sido elaborado externamente à companhia, de modo que, ocorrendo eventual infração legal, colocar-se-ão em lados opostos a empresa envolvida e aqueles responsáveis pela elaboração do seu *compliance programme*.

Na propositura de Eduardo SAAD-DINIZ, dentro dessa nova compreensão trazida ao ambiente empresarial pelas boas práticas de governança corporativa e pela implementação dos programas de *compliance*, a visão *ex ante* que o operador do direito deve lançar sobre os fatos necessariamente altera muitas das concepções usuais a respeito dos fatos corriqueiros da justiça penal no âmbito corporativo: a ideia de intimidação deve ser trocada pelo incentivo à criação de estruturas de cumprimento dos deveres de colaboração com o Estado na prevenção de delitos econômicos; a rotina de condenações criminais deve ser substituída pelo fomento à adoção de comportamento estratégico e

gestão de risco; a ordem jurídica-penal deverá exigir a assunção de procedimentos internos de cumprimento de dever, para proteger a organização empresarial e o próprio mercado. Em síntese, o foco da atuação do sistema deve migrar da repressão para a prevenção da criminalidade econômica.¹¹¹

Para que os programas de cumprimento normativo e de prevenção de riscos e delitos atinjam seus objetivos no sentido de que as empresas se autorregulem, dentro de um marco normativo preestabelecido, é preciso que se inverta a concepção simplista de que, se algo deu errado na estrutura implantada e acabou ocorrendo um fato delituoso em sua competência, isso se deu necessariamente porque não houve suficiente organização.

Esse raciocínio não só acaba invertendo logicamente o ônus da prova, do ponto de vista do processo penal, como transforma todo o esforço no sentido de criar e implantar estruturas corporativas bem divididas e delimitadas em verdadeira armadilha, na medida em que, quanto mais minucioso e descritivo for o plano de prevenção de riscos e delitos elaborado, mais fácil ficarão a demonstração da falha ocorrida e, também, sua imputação a possíveis responsáveis individuais.

Havido e constatado um fato delituoso, para que possa haver sua imputação à pessoa jurídica ou mesmo às pessoas físicas, inclusive ao *chief compliance officer*, dever ser necessária a constatação de critérios mínimos, estabelecidos em lei, que deveriam ser seguidos pela empresa. Tão somente ante a constatação da falta de organização da empresa nos termos daquilo que foi estabelecido normativamente deveria se falar em imputação penal, seja pessoal, seja coletiva. Para tanto, faz-se necessário, para que o *criminal compliance* não se transforme numa armadilha para as empresa, que seus padrões mínimos estejam normatizados, por leis e também por regulamentos nelas referidos.

Daí por que a hipótese de responsabilizar penalmente a pessoa jurídica, por fatos conexos ou autônomos, tendo como critério de aferição da culpabilidade corporativa o defeito de organização, como será mais bem analisado no item 3.4 da presente tese, acaba funcionando com verdadeiro contrapeso às possibilidades de deslizamento da incriminação pessoal até os níveis hierárquicos mais subalternos, porque, se a estrutura de

¹¹¹ Fronteras del normativismo: a ejemplo de las funciones de la información en los programas de *criminal compliance*, p. 440.

cumprimento normativo estiver a serviço tão somente desse intento exculpatório, disso decorrerá a possibilidade de responsabilização do ente coletivo como um todo.

2.5. Teoria da associação diferencial *versus* governança corporativa

Assentadas as bases teóricas e metodológicas para compreensão do tema, busca-se, no presente tópico, reconhecer relações entre a importância, as finalidades e os objetivos corporativos que visam a ser alcançados pelas chamadas boas práticas de governança corporativa e pelo *compliance* e as categorias criminológicas presentes nas formulações da teoria da associação diferencial proposta por Edwin Sutherland, debatendo se as novas proposições sobre como deve ser feita a administração de uma companhia podem, de fato, debelar o ambiente criminógeno historicamente identificado nos espaços profissionais corporativos.

As principais contribuições de Edwin Sutherland para a teoria criminológica datam das décadas de 1930 e 1940, época em que os Estados Unidos da América do Norte enfrentaram enormes transformações em sua sociedade, primeiro com os deletérios efeitos econômicos e financeiros do craque da Bolsa ocorrido em outubro de 1929, depois com as mudanças organizacionais e regulatórias da economia e do Estado, denominadas de *New Deal*.

Introduzidas pelo governo do Presidente Franklin Delano Roosevelt, que se iniciou em março de 1933, tais medidas fundamentaram-se nas ideias preconizadas pelo economista britânico John Maynard Keynes, para quem, numa situação de crise sistêmica, os mercados, por si sós, não são capazes de se recompor, necessitando de intervenção do Estado para que possam, novamente, aproximar-se do equilíbrio.

Como afirma Sérgio Salomão SHECAIRA, o universo corporativo organiza-se firmemente com a finalidade de se tornar impermeável e, dessa forma, transgredir as normativas que lhe são aplicáveis, principalmente nos momentos históricos em que a sociedade não está suficientemente organizada para impedir esse tipo de ação. As normas legais ou infralegais somente têm penetração no mundo empresarial quando há uma administração do Estado verdadeiramente empenhada para que isso ocorra, como foi o

governo de Franklin Delano Roosevelt, que interveio na atividade econômica, com a finalidade de controlar as atividades ilícitas que redundaram na Grande Crise de 1929. Assim, é possível dizer que “o projeto do *New Deal* traz em seu bojo o fermento necessário para o crescimento do controle da atividade empresarial, denominada por Sutherland de crime do colarinho-branco, por meio de sua teoria da associação diferencial”.¹¹²

Traçando um paralelo com os tempos presentes, nos quais as seguidas intercorrências enfrentadas no sistema econômico-financeiro do mundo capitalista, originadas sempre por evidentes comportamentos criminosos, dá-se ensejo a um momento político e político-criminal peculiar, no qual é factível retomar e redimensionar o tema da intervenção do Estado na economia, inclusive por meio do direito penal.

A proposta político-criminal de prevenção e controle da criminalidade econômica por meio de estruturas da chamada autorregulação regulada ou da cooperação público-privada (remetendo-se à ideia de *regulatory capitalism*), conforme explicitada nos tópicos anteriores, tem efeitos sobre o processo de aprendizagem diferencial, apontado por Edwin Sutherland como ponto de partida do comportamento criminoso do colarinho branco.

De fato, em seus estudos desenvolvidos entre 1930 e 1950, Edwin Sutherland revolucionou os paradigmas criminológicos existentes até então, ao cunhar o termo *white collar crime* (crime do colarinho branco), presente na sua fundamental obra de mesmo nome, na qual defende, principalmente, que o comportamento criminoso não é hereditário, como predominantemente se acreditava à época, mas sim aprendido, dentro de um processo comunicacional que se desenrola nos círculos de relacionamento mais próximos do indivíduo, revelando-se quando as definições *favoráveis* ao cometimento do delito (violação da norma) suplantam as definições *desfavoráveis*.

Essa mudança do eixo de observação – da biopsicologia para a sociologia – permite-lhe ampliar as hipóteses explicativas do comportamento criminoso, que passam a abarcar também a criminalidade dos poderosos e endinheirados e não só a criminalidade dos socialmente excluídos.

¹¹² *Criminologia*, pp. 169-172 (especialmente).

Para escrever e publicar sua obra *White collar crime*, Edwin Sutherland desenvolveu valoroso trabalho investigativo, exercendo verdadeiro papel de *insider*, sobre o comportamento negocial das setenta maiores empresas então existentes nos Estados Unidos da América do Norte, identificando na conduta de seus representantes padrões comportamentais semelhantes àqueles utilizados pelo crime organizado em suas operações, tais como: empreender conversas em código, realizar reuniões em insuspeitos hotéis de alta rotatividade, nos quais se registravam com nomes falsos, entre outros.

O livro *White collar crime* é dividido em quatro partes: na primeira, constante de um único capítulo, é colocado o problema do ponto de vista teórico; na segunda e maior parte, constante de onze capítulos (2 a 12), são explicitados e debatidos os resultados das pesquisas de campo empreendidas a respeito dos comportamentos, em sua grande maioria ilícitos, mantidos pelas setenta maiores corporações estadunidenses em seus negócios; na terceira parte, constante também de um só capítulo, são descritas as práticas antissociais identificadas nas quinze corporações de fornecimento de energia elétrica então em atividade nos Estados Unidos da América do Norte; por fim, na quarta parte, consistente de três capítulos, Edwin Sutherland busca responder ao questionamento proposto no início da obra, utilizando-se, para tanto, dos dados colhidos empiricamente em suas pesquisas de campo e dando roupagem teórica às formulações que apresenta. Embora toda a obra tenha inegável interesse, além do próprio caráter histórico que representa, é certo que são esses três últimos capítulos que eternizaram as formulações teóricas de Edwin Sutherland a respeito do crime do colarinho branco e da teoria da associação diferencial.

Ao propor teoricamente o problema que pretendia debater, Edwin Sutherland critica o fato de que todas as pesquisas criminológicas até então existentes concentravam-se tão somente no comportamento desviado das classes socioeconômicas mais baixas, com explicações em regra pautadas ou na pobreza e sua desorganização, ou na hereditariedade e suas patologias.

Edwin SUTHERLAND adverte que sua obra não pretende tomar esse ponto de partida, por entender que ele não fornece uma adequada explicação sobre o comportamento criminoso, uma vez que se baseia numa perspectiva parcial do fenômeno criminal, que é fornecida pelas estatísticas criminais embasadas nos comportamentos antissociais dos mais

pobres, enquanto grande parte dos comportamentos ilícitos dos ricos e poderosos – atos lesivos de cunho econômico – acaba sendo julgada por instâncias cíveis e administrativas, escapando de qualquer tipo de compilação estatística criminal.

Em suas investigações empíricas, Edwin SUTHERLAND pôde constatar a ocorrência de diversas ações antissociais, tais como: cartel, corrupção, corrupção privada, lesão ao direito de marcas e patentes, publicidade enganosa, crime contra os direitos dos trabalhadores, manipulações financeiras, fraude contra os consumidores e também contra os investidores, entre outras. Convém ressaltar que, à espécie de investigação criminológica como a que foi desenvolvida por Edwin Sutherland, não interessa se determinada conduta está ou não descrita em lei como ilícito penal (*crime econômico em sentido próprio*), mas sim o caráter evidentemente lesivo da ação desviada empreendida, seja ela descrita como ilícito civil, administrativo (*crime econômico quase legal*) ou mesmo não prevista em qualquer ramo do ordenamento jurídico (*crime econômico não previsto em lei*). Assim, o caráter criminoso de um ato antissocial não decorre do fato de ele ser punido pela lei penal, mas pela circunstância de que ele deveria ser punível pela lei penal.¹¹³

Com base nessas colocações, permanece válida, até os dias atuais, a tese proposta por Edwin Sutherland, quando afirma que as pessoas das classes socioeconômicas mais altas engajam-se em diversos comportamentos criminais, os quais diferem do comportamento criminal das pessoas das classes econômicas mais baixas principalmente em razão da natureza dos procedimentos utilizados pelo Estado para perseguir os autores dos fatos, o que em nada se relaciona com uma abordagem científica a respeito dos fatores desencadeadores do crime (etiologia criminal).¹¹⁴

Aliás, interessante notar que essa conclusão teórica de Edwin SUTHERLAND a respeito da seletividade da resposta penal estatal, em face da classe social a que pertence o autor do fato desviado, encontrou posterior respaldo nas chamadas teorias criminológicas do conflito – principalmente, a teoria crítica, mas também o *labelling approach*, ambas de matriz marxista –, que puseram em evidência o fator criminógeno existente na resposta do

¹¹³ *White collar crime*, pp. 45-62. Para outros detalhamentos sobre os parâmetros da investigação criminológica, verificar: SARCEDO, Leandro. *Política criminal e crimes econômicos – uma crítica constitucional*, pp. 103-110.

¹¹⁴ *White collar crime – the uncut version*, pp. 3-10 e, especialmente, 45-62.

Estado ao ato tido por criminoso, bem como na interação entre o autor do fato desviado com as instâncias da persecução penal.¹¹⁵

Nesse mesmo sentido, Anthony TARANTINO descreve a percepção social de que, enquanto as minorias sociais são responsáveis pela criminalidade individual e violenta, também chamada de *blue-collar crimes*, os homens brancos, com quem se identifica a prática dos *white-collar crimes*, são responsáveis pela ruína financeira de muitos milhões de investidores e milhares de trabalhadores.¹¹⁶

Essa seletividade se dá ainda que se trate de ações antissociais causadoras de resultados lesivos de magnitude muito maior do que aquela ocasionada pela denominada criminalidade de massa, causadora de forte abalo na confiabilidade que deve reger as relações sociais. Aliás, extrapolando os ensinamentos de Edwin SUTHERLAND para os dias de hoje, pode-se visualizar, com bastante nitidez, tal fenômeno após a instalação, em nível global, da crise econômico-financeira desencadeada em 2008, tempos em que impera a desconfiança social generalizada em relação à seriedade e à correção da condução dos negócios como um todo, às instituições financeiras em particular, à higidez do mercado imobiliário e de ações, às contas públicas e ao sistema de previdência.

Em outras palavras, é preciso que os ensinamentos e as bases teóricas propostas por Edwin Sutherland ganhem uma releitura na sociedade atual, quando o mundo encontra-se imerso numa crise econômico-financeira só comparável à de 1929, ocasionada, em grande parte, pela generalização de condutas criminosas de cunho econômico, proporcionada pela grande expansão e concentração do setor financeiro, pela tendência à criação de reações em cadeia a partir da interdependência dos sistemas informacionais, da grande influência exercida pelo poder econômico sobre os rumos da política e, por fim, da desregulamentação da atividade econômico-financeira.

Como acentua Charles H. FERGUSON, “não é exagero dizer que desde os anos 1980 muito do setor financeiro americano (e global) se tornou criminalizado, criando uma cultura setorial que tolera e até mesmo estimula a fraude sistemática”. O padrão de

¹¹⁵ A respeito, verificar: SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*, pp. 34-41. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*, pp. 249-267 e, mormente, pp. 279 e segs.

¹¹⁶ *Manager's guide to compliance: Sarbanes-Oxley, COSO, ERM, COBIT, IFRS, BASEL II, OMB A-123, ASX 10, OECD principles, Turnbull guidance, best practices, and case studies*, p. 109.

comportamento criminoso adquirido pelo sistema financeiro estadunidense deu oportunidade à ocorrência de ações antissociais como: encobrir operações financeiras que deram suporte a atividades terroristas, à proliferação de armas nucleares e à sonegação fiscal em larga escala; contribuir para a existência de grandes fraudes no mundo corporativo, por meio de esforços para dissimular seus proventos; realizar fraudes cujo cometimento propiciou o surgimento da bolha financeira estourada no ano de 2008.¹¹⁷ Comparando essa lista de ações antissociais com aquela apresentada por Edwin Sutherland em *White collar crime*, percebe-se que muitas das práticas ilícitas foram, de fato, reiteradas oitenta anos depois, atualizando-se apenas e tão somente os meios de sua perpetração.

Segundo Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, a própria denominação da teoria proposta por Edwin Sutherland – *associação diferencial* – põe em evidência que, na complexidade social, existem diversas possibilidades de associação, que se organizam em torno dos mais distintos interesses e objetivos, de maneira que muitas das associações formadas podem se pautar pelos valores sociais majoritários, professando-os; outras podem ser neutras em relação à valoração social e aos comandos normativos; enquanto algumas outras, por sua vez, respaldam e subscrevem modelos de condutas delitivas. A associação diferencial é, portanto, resultado de um processo peculiar de comunicação e de aprendizagem em torno da afirmação ou da negativa dos valores sociais, normatizados ou não, que sempre se mostram segmentados, complexos e conflitivos.

A definição legal de crime, nessa ótica, tem natureza política, pois decorre da ação das autoridades que atribuem tal qualidade a determinada conduta. Jamais haverá unanimidade em relação às pautas incriminadoras, pois enorme é a diversidade social. Assim, pode-se afirmar que os indivíduos assumem determinados comportamentos, sejam criminosos ou respeitadores da lei, em razão do processo de aprendizagem social a que se submetem e não em razão do encadeamento político-legal que define tal e qual conduta como sendo criminosa.¹¹⁸

Nas palavras do próprio Edwin SUTHERLAND:

¹¹⁷ *O sequestro da América: como as corporações financeiras corromperam os Estados Unidos*, pp. 174-175.

¹¹⁸ *Tratado de criminologia*, tomo II, p. 432. Aliás, nesse sentido, Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA classifica a *associação diferencial* entre as denominadas teorias criminológicas do conflito, classificação diferente daquela utilizada por Sérgio Salomão SHECAIRA, que a vê como representante das teorias criminológicas do consenso (*Criminologia*, pp. 123-127).

A hipótese da associação diferencial é de que o comportamento criminal é aprendido em associação com aqueles que o definem favoravelmente e no isolamento de quem o define desfavoravelmente, de maneira que a pessoa, em determinada situação, engaja-se num comportamento criminal se, e somente se, o peso das definições favoráveis exceder o peso das definições desfavoráveis.¹¹⁹

Tal processo de aprendizagem decorre da interação desenvolvida pelo indivíduo no círculo de suas relações mais íntimas, nas quais sofre verdadeiro isolamento das influências valorativas derivadas do direito e de sua vigência, permitindo que os influxos favoráveis ao comportamento contrário à lei superem os influxos favoráveis ao seu cumprimento. No caso dos crimes econômicos, ou dos crimes do colarinho branco, essa influência dá-se no círculo de suas relações profissionais, com a aprendizagem não só do comportamento desviado, mas também das técnicas de como praticá-lo.

O chamado código de honra dos homens de negócios, que tem mais poder do que a leis sobre as decisões empresariais, é aprendido, portanto, durante o exercício profissional do indivíduo, no processo denominado por Edwin Sutherland de *associação diferencial*. Eis aqui o cerne de sua explicação criminológica para o crime do colarinho branco, a qual, conforme reconhece o próprio autor, não é completa nem abrange todas as hipóteses possíveis, mas que – é possível afirmar – foi a que melhor debateu o fenômeno desde então, valendo como fundamento para desdobramentos posteriores até os dias atuais.¹²⁰

Em vista desses fundamentos, Edwin SUTHERLAND define crime do colarinho branco como aquele “cometido por uma pessoa respeitável e com alto *status* social, no curso de sua ocupação (exercício profissional)”. Excluem-se, portanto, dessa definição, as ações ilícitas eventualmente praticadas por pessoas de alto nível socioeconômico que não tenham qualquer ligação com seu exercício profissional (homicídio e porte de entorpecentes, por exemplo).¹²¹

¹¹⁹ *White collar crime*, p. 240. Tradução livre do autor.

¹²⁰ *White collar crime*, pp. 240-257, *passim*.

¹²¹ *White collar crime – the uncut version*, p. 7. Tradução livre do autor: “White collar crime may be defined approximately as a crime committed by a person of respectability and high social status in the course of his occupation”.

Klaus TIEDEMANN, em textos a respeito de conceitos e métodos de investigação da criminalidade econômica, publicados já em meados da década de 1970 e 1980, trabalhava com os crimes do colarinho branco por meio do conceito de *occupational crime*, ou seja, crime profissional ou ocupacional. Em desenvolvimento às ideias originais de Edwin Sutherland, afirma que, no âmbito da criminalidade econômica, importam menos a personalidade do autor e sua procedência social do que a especial maneira pela qual se dão os comportamentos desviados (*modus operandi*), revelando-se verdadeiro *special opportunity crimes*, isto é, atos antissociais que podem ser cometidos por qualquer pessoa que participe da atividade econômica ou financeira, desde que haja a oportunidade para tanto em razão da ausência de controles suficientes.¹²²

Essas percepções e definições de Klaus TIEDEMANN têm respaldo nas construções teóricas de Edwin Sutherland quando este afirma que o homem de negócios que viola a lei, mas não o código de honra negocial, não é visto como criminoso por seus pares. Só há perda de prestígio quando se rompe o estatuto que rege as relações próprias do mundo dos negócios. Nesse sentido, governos fracos ou ausentes, que permitem que a lei seja somente a sobreposição do código de honra dos homens de negócios, são os mais bem vistos pelo mundo corporativo.¹²³

Criminosos do colarinho branco, em regra, são pessoas procedentes de boas casas, que viveram em boas vizinhanças, sem antecedentes infracionais durante a juventude, formadas em boas escolas, mas que, durante o aprendizado profissional, acabaram aprendendo comportamento contrário à lei ao se associarem a uma verdadeira ideologia desviante presente no mundo dos negócios. No futuro, por sua vez, acabam se tornando responsáveis pela transmissão, de forma racionalizada, desses valores antissociais a outros neófitos – como eles também o foram um dia – como se esse fosse o único caminho para o sucesso na carreira.

Interessante notar que os homens de negócios não estão somente em contato com as definições favoráveis ao cometimento de ilícitos do colarinho branco, mas acabam formando uma espécie de isolamento psicológico contra as definições desfavoráveis à sua

¹²² El concepto de delito económico y de derecho penal económico, pp. 461 e segs.; e La criminalidad económica como objeto de investigación, pp. 171 e segs

¹²³ *White collar crime*, pp. 227-239, *passim*.

prática, como se isso representasse o caminho para o fracasso. Os envolvidos não se veem como criminosos, mas tão somente como praticantes das melhores técnicas negociais.

A velocidade da difusão da aprendizagem diferencial do comportamento desviado é uma das evidências que comprova a teoria. Como o objetivo das empresas é sempre obter o máximo de lucratividade possível, quando uma companhia descobre um método para melhorar seus resultados, as outras empresas acabam se inteirando da prática adotada, justamente com a finalidade de reproduzi-la, também na busca de incrementar seu desempenho.

Curioso perceber que Edwin SUTHERLAND já advertia para a importância dos bancos de investimentos nesse processo de difusão de condutas desviadas, dadas suas possibilidades de privar da intimidade de diversas empresas diferentes, auxiliando na difusão das práticas ilegais e de seu respectivo modo de agir,¹²⁴ comportamento esse que se reproduziu durante a gestação da crise eclodida em 2008, conforme já visto em tópicos anteriores do presente trabalho.

Para que se possa cotejar o processo de aprendizagem criminosa, conforme diagnosticado pela teoria da associação diferencial, com o novel processo de aprendizagem de administração empresarial que vem sendo proposto pelas chamadas boas práticas de governança corporativa, arrimadas que são nas estruturas de *compliance*, é pertinente dizer que a violação da lei, no crime do colarinho branco, decorre, em última análise, da necessidade capitalista vivenciada pelas empresas de sempre auferir maiores lucros. O problema é que, muitas vezes, a consecução de tal objetivo está dificultada por impedimentos legais, de modo que a pressão por resultados empresariais sempre mais e mais positivos acaba impulsionando o processo de aprendizagem de condutas antissociais.¹²⁵

De fato, na medida em que se agigantam as corporações empresariais, muitas vezes agrupando, sob o mesmo comando acionário, empreendimentos das mais diversas naturezas, de grande complexidade tecnológica e grandes requisições de planejamento e controle, fica ainda mais evidente a perda de influência da figura pessoal do acionista ou

¹²⁴ *White collar crime*, p. 246.

¹²⁵ SUTHERLAND, Edwin H. *White collar crime*, p. 260.

proprietário no comando dos negócios. Estabelecem-se, em contrapartida, o poder, o prestígio e a autoridade do corpo de executivos e técnicos, cada vez mais com conhecimentos especializados em suas respectivas áreas de atuação profissional, cuja organização e interação darão as reais feições da administração da companhia. Trata-se, conforme denominou John Kenneth GALBRAITH, da tecnoestrutura.¹²⁶

Nessa relação, dadas suas distintas naturezas e realidade, evidenciam-se os conflitos entre os interesses do empresário propriamente dito – assemelhado à figura do proprietário ausente ou passivo, como visto anteriormente – frente aos interesses próprios da tecnoestrutura, enquanto agrupamentos de executivos e profissionais responsáveis de fato e na realidade pela administração das atividades empresariais.¹²⁷

Vêm desse distanciamento dos reais proprietários das companhias de sua administração, que se fazem substituir pelo corpo profissional que compõe a chamada tecnoestrutura, os assim chamados problemas de *agency*, ou conflitos de agência,¹²⁸ isto é, a possível oposição entre as decisões tomadas na administração das empresas, que podem atender à maximização dos interesses dos acionistas ou à maximização dos interesses da estrutura técnico-administrativa.¹²⁹

A mediação desse conflito, ou seja, a busca de meios para evitar o comportamento oportunista ou moralmente arriscado (*moral hazard*) dos administradores, em detrimento dos interesses de proprietários e acionistas, é o ponto central do desenvolvimento de toda teoria em torno das chamadas boas práticas de governança corporativa. Secundariamente, em países em que não há ainda maturidade no relacionamento entre acionistas e *players* do mercado de capitais – como é o caso do Brasil, a despeito de uma atuação bastante presente da CVM –, o desenvolvimento da governança corporativa decorre, também, da necessidade de intermediação e de proteção

¹²⁶ *O novo estado industrial*, pp. 57-64.

¹²⁷ A respeito, verificar: GALBRAITH, John Kenneth. *O novo estado industrial*, pp. 75-82.

¹²⁸ Interessante notar que, na literatura sobre o tema, a tradução do termo *agency* é feita literalmente pelo vocábulo “agência”. No entanto, no cotidiano das corporações no Brasil, o conflito de interesses ora tratado é denominado de “conflito de agendas”, numa corruptela que bem ilustra o fenômeno, numa linguagem mais corrente, mas que se mantém próxima da tradução literal, a qual, na realidade, não diz muito na língua portuguesa praticada no País.

¹²⁹ BORGERTH, Vania Maria da Costa. *SOX: entendendo a Lei Sarbanes-Oxley: um caminho para a informação transparente*, p. 67. Verificar, também: ROSSETTI, José Pachol; ANDRADE, Adriana. *Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*, pp. 82 e segs.

dos interesses dos acionistas minoritários frente aos desmandos dos acionistas majoritários, numa lógica um tanto invertida em relação ao que ocorre nos países desenvolvidos.¹³⁰

Como se vê, a motivação primeira do desenvolvimento das chamadas boas práticas de governança corporativa é garantir, aos proprietários do capital social das companhias, lucratividade compatível com a atividade desenvolvida e taxas de retorno atrativas aos montantes investidos, de maneira que “o poder permanecerá firme nas mãos da tecnoestrutura enquanto a inteligência da organização for capaz de realizar lucros que satisfaçam às expectativas dos acionistas”.¹³¹

A busca pela maximização de interesses, corporificada na obtenção de resultados por determinada companhia e, assim, proporcionados aos seus acionistas, na forma de dividendos, ou aos seus profissionais, na forma de remuneração, é, em última análise, a propulsora tanto dos comportamentos desviados como descritos na teoria da associação diferencial, quanto dos comportamentos pretensamente pautados pelo estrito cumprimento da legalidade, como é a meta das boas práticas de governança corporativa, arrimadas nas estruturas de *compliance*.

Em outras palavras, um único objetivo – a maximização dos resultados empresariais – é o que move processos de aprendizagem tão distintos quanto aquele diagnosticado pela teoria da associação diferencial, contrário aos padrões e valores estabelecidos pela sociedade, e aquele proposto pelas boas práticas de governança corporativa, comprometido com o estrito cumprimento da legislação como forma de minorar riscos que impactem a administração e os resultados corporativos.

Questiona-se, então, se a difusão das boas práticas da governança corporativa com suas estruturas de *compliance* trará mudanças na cultura empresarial aptas a alterar o padrão diferencial da associação comportamental de executivos e profissionais, conforme observado por Edwin Sutherland e descrito nas obras *White collar crime* – e tantas vezes verificado, na realidade, desde a publicação da referida obra, inclusive com a intensidade que se viu durante a crise global eclodida em 2008. Considere-se que o pano de fundo de

¹³⁰ ROSSETTI, José Pachoal; ANDRADE, Adriana. *Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*, pp. 87-89.

¹³¹ ROSSETTI, José Pachoal; ANDRADE, Adriana. *Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*, p. 81.

ambos os padrões de aprendizagem ora tratados – associação diferencial e governança corporativa (que seria uma espécie de associação não-diferencial) – permanece sendo a maximização dos lucros e a taxa de retorno dos investimentos realizados.

É certo que a ideia de controle de comportamentos antissociais por meio da autorregulamentação, conforme as proposições de boas práticas de governança corporativa, é reveladora de um padrão originariamente estadunidense de lidar com o problema, denominado voluntarista, o qual não é necessariamente oposto ao modelo intervencionista, preponderante na Europa e também no Brasil, havendo possibilidade de conciliação possível entre eles.

Como acentuam Sérgio Salomão SHECAIRA e Pedro Luiz Bueno de ANDRADE, a “expectativa é que cheguemos a um estágio de pensamento civilizatório em que a *ética empresarial* deixe de ser uma contradição em termos”,¹³² ou seja, uma era contrária àquela preconizada por Edwin Sutherland, para quem, na estrutura empresarial, “embora alguns indivíduos possam ser sacrificados, o grande poder está sempre protegido”.¹³³

Como já articulado anteriormente, as estruturas empresarias propiciam isolamento às suas culturas próprias, sendo bastante impermeável a influências exógenas, de maneira que, havendo interesse político concreto no sentido de alterar as práticas administrativas das corporações, faz-se necessário verdadeiro esforço estatal nesse sentido. Em outras palavras, somente o empenho do Estado com a finalidade de dar efetividade e cogência à sua regulamentação é que poderá fazer o pêndulo da aprendizagem pender para o lado do cumprimento normativo e não da associação diferencial.

Daí pode-se concluir que a proposta de cooperação público-privada, ou de autorregulação regulada, principalmente quando se refere à intervenção do direito penal, representa, de fato, uma novidade na abordagem político-criminal da questão. A norma e seu cumprimento, nesse panorama, passam a ter não mais uma mera finalidade de proibir condutas, mas sim o escopo de induzir processos de aprendizagem associados a um padrão

¹³² *Compliance e o direito penal. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 18, nº 222, p. 2, maio/2011.

¹³³ *White collar crime*, p. 254.

não-diferencial, isto é, tendentes ao estrito cumprimento normativo no âmbito empresarial, apresentando-se, dessa forma, como opção efetiva de modelo de controle social de condutas desviadas de colarinho branco.

3 – RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Este capítulo tem a intenção de justificar a possibilidade da adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica como opção político-criminal válida para reforço das técnicas tradicionais de controle social formal sobre as condutas delituosas de cunho econômico.

O ponto de partida será a diferenciação e a delimitação existente entre o direito penal econômico e o direito administrativo sancionador, ambos conformadores do chamado *ius puniendi* estatal. Muito mais do que os tradicionais critérios quantitativos na definição daquilo que integrará ou não a esfera penal e daquilo que será relegado à proteção administrativo-sancionadora, será visto que o decisivo, na realidade, é a decisão político-criminal de incluir uma conduta neste ou naquele ramo do ordenamento.

Isso porque a pena, enquanto sanção exclusiva do direito penal, diferencia-se da sanção administrativa não em razão de sua quantidade ou mesmo da gravidade da conduta a que se destina coarctar, mas sim pela qualificação da resposta estatal a determinado fato, isto é, o que de fato importa é o poder comunicativo do direito penal incidindo sobre determinada espécie de comportamento, numa demonstração de que a repulsa social àquela conduta traz consigo um conteúdo ético.

Ainda sob a ótica da utilização da responsabilidade penal da pessoa jurídica com ferramenta político-criminal apta a intensificar a ação estatal no campo da prevenção e repressão da criminalidade econômica, não de ser vistos quais os bens jurídicos, numa leitura constitucional, são merecedores desse reforço de proteção.

Por fim, é preciso que se verifiquem quais modelos de imputação revelam maior capacidade de atribuir eficácia operacional à responsabilidade penal da pessoa jurídica. Grande parte da história desse instituto jurídico foi baseada em modelos de heterorresponsabilidade, nos quais o agir coletivo ficava condicionado ao agir individual, o que veio se demonstrando deficitário na prática, já que a imputação coletiva acabava ficando sujeita às dificuldades próprias do direito penal clássico em tratar da criminalidade supraindividual.

No entanto, a criação de uma categoria que aceite o agir próprio da pessoa jurídica torna imperativa a discussão a respeito de um conceito de culpabilidade próprio do ente coletivo. Com uma fundamentação calcada na observação das empresas enquanto fenômeno real, protagonistas das relações econômicas no mundo contemporâneo, propõe-se que essa análise da reprovação perante os fatos criminosos que lhe são atribuídos seja feita a partir do conceito de defeito de organização, ou seja, a partir da observação daquilo em que a companhia falhou, intencionalmente ou não, em sua própria organização e cuja falta ou ausência foi fator determinante da ocorrência de certo fato delituoso, pelo qual poderá vir a ser condenada.

3.1. Direito penal econômico e direito administrativo sancionador

A discussão e as diferenciações apresentadas neste tópico são de fundamental importância para que se compreendam os limites da responsabilidade da pessoa jurídica por fatos ilícitos no Brasil, quando se tem em consideração que, nos últimos anos, foram aprovadas duas importantíssimas leis que instituíram responsabilidade administrativa cominável aos entes coletivos em razão de condutas também puníveis como crimes imputáveis às pessoas naturais.

Trata-se da Lei Federal nº. 12.529, de 30 de novembro de 2001, a Lei de Defesa da Concorrência, e da Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, a Lei Anticorrupção. Ambos os diplomas trazem, respectivamente, um rol de condutas que passam a ser consideradas como infração administrativa, prevendo que isso se operacionalize por meio de responsabilidade objetiva, o que traz grandes preocupações na sua operacionalização prática.

Tal situação “concretiza, no cenário nacional, a importância do debate sobre as fronteiras do Direito Penal e do Direito Administrativo sancionador, sobre a necessária incorporação de garantias adicionais ao procedimento sancionador da administração, ao mesmo tempo em que chama a atenção para a insuficiente formulação teórica e prática desse último ramo no Brasil”.¹³⁴

¹³⁴ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. A corrupção e o direito administrativo sancionador, p. 743.

A ordem pública e a ordem econômica são setores sociais nos quais ocorre especial intervencionismo estatal e, em razão de sua necessidade de estrita normatização jurídica e administrativa, são os dois principais pontos de atrito entre o direito penal e o direito administrativo sancionador. Esse panorama decorre de verdadeira confusão na aplicação da teoria da divisão dos poderes constitutivos do Estado, na medida em que são atribuídos deveres de fiscalização e mesmo de imposição de sanções, indistintamente, a órgãos administrativos e judiciais.

No que se refere, especificamente, à ordem econômica e ao seu consectário direito penal econômico, vê-se que, entre o delito econômico em sentido estrito e a correspondente infração administrativa, só existe a diferenciá-los, em verdade, uma opção legislativa de conteúdo político-criminal, de conteúdo eminentemente qualitativo em relação ao tratamento dado ao fato ou por uma ou por outra esfera legal, havendo, por consequência, muita proximidade entre suas fronteiras divisórias. Tanto é assim que, em muitos crimes de natureza econômica, exige-se, para configuração de suas circunstâncias elementares, uma atuação administrativa prévia.¹³⁵

É o caso, no Brasil, do crime de sonegação fiscal, sobre o qual foi editada a Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal, com o seguinte texto: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, inciso I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo”. Embora exista, na prática judiciária, uma vasta discussão a respeito da extensão dos efeitos de referida Súmula Vinculante, principalmente no que se refere ao termo inicial da contagem do prazo prescricional, é certo que ela condicionou a ação do Estado na esfera penal à conclusão da atividade administrativo-tributária concernente ao lançamento definitivo do tributo.

Essa decisão do Supremo Tribunal Federal ocorreu depois de anos de renhida luta nos tribunais criminais brasileiros, durante os quais se evidenciavam reiteradas situações de julgamentos conflitantes realizados pela esfera judicial e pela administrativo-tributária. Trata-se de exceção à decantada regra da independência de instâncias, prevalente no ordenamento jurídico brasileiro, pela qual o Ministério Público, único ente

¹³⁵ Cfe.: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Derecho penal económico*, p. 81.

público legitimado a propor a ação penal pública (artigo 129, inciso I, da Constituição da República), não tem sua *opinio delicti* subordinada às prévias decisões administrativas sobre o mesmo fato.

Como exemplo do absurdo a que se pode chegar, é possível existir imputação penal do crime de cartel a determinado grupo de pessoas (artigo 4º, incisos I ou II, da Lei nº 8.137/1990) mesmo que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, órgão responsável pela vigilância da concorrência no Brasil, assim definido nos termos da Lei Federal nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, já tenha decidido de forma irrecorrível que aquela mesma conduta não se constitui em prática anticoncorrencial.¹³⁶

No mesmo sentido, Renato de Mello Jorge SILVEIRA aponta os problemas de legitimidade penal existentes na formulação do chamado acordo de leniência previsto nos artigos 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011, colocando em xeque a possibilidade jurídico-constitucional de extinção da punibilidade da pretensão punitiva do Estado em razão de acordo ofertado e celebrado por ente administrativo (CADE), sem a participação do Ministério Público, ente público que detém privativamente a legitimidade para intentar a ação penal pública, ou mesmo do Poder Judiciário na formalização da avença. É certo que, por prudência, membros do Ministério Público vêm sendo convidados a tomar parte na celebração desses acordos, contudo nenhuma normativa obsta que a denúncia seja, ao depois, oferecida em relação a crimes conexos não cobertos pelo acordo ou mesmo por outros membros integrantes de outras segmentações da instituição acusadora (o que pode ocorrer em casos de infração ocorrida em diversos Estados da Federação ou de concorrência de interesses federais e estaduais, por exemplo).¹³⁷

¹³⁶ “Muito embora seja incoerente, sob o ponto de vista da antijuridicidade ou ilicitude (partindo-se da conformação tradicional de que o crime é conduta típica, antijurídica e dotada de culpabilidade), admitir a configuração de um crime contra a ordem econômica diante da inexistência de um correspondente ilícito administrativo, o fato é que, em termos práticos, a jurisprudência brasileira continua insistindo em uma suposta independência entre as instâncias.” Comentários de Helena Reina Lobo da COSTA e Marina Pinhão Coelho ARAÚJO em: ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente (coordenadores). *Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*, pp. 332-333. Verificar, também, a respeito: MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal*, pp. 245 e segs.

¹³⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Considerações penas sobre o acordo de leniência na realidade antitruste, pp. 577-581. Crítica no mesmo sentido em relação ao acordo de leniência previsto no artigo 16 e §§ da Lei nº 12.846/2013, verificar: SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Lei Anticorrupção é substancialmente de caráter penal*.

Não obstante, é necessário esclarecer que, de acordo com Miguel BAJO FERNÁNDEZ e Silvina BACIGALUPO SAGGESE, a hodierna doutrina em relação à proibição do *bis in idem* porventura existente entre infração administrativa e o delito a ela correspondente inclina-se no sentido de evitar a interpretação de que existe dependência da jurisdição penal às decisões sancionadoras prévias da administração. Defende-se que podem coexistir ambas as reprimendas, sempre e quando esteja observado o *princípio da proporcionalidade* no caso concreto.¹³⁸

Antes de prosseguir, faz-se necessário esclarecer que a Administração Pública, dentro dos instrumentos de força e dos meios repressivos de que dispõe, tem poderes disciplinares e poderes governativos. Em relação às sanções disciplinares, não há muitos pontos de contato com o direito penal, trata-se da submissão de algumas pessoas ou empresas que mantêm relações especiais de poder ou contratação com a Administração. As sanções governativas, por sua vez, têm intensos pontos de contato com o direito penal, sendo muitas vezes impossível diferenciá-las das penas criminais, e referem-se aos deveres genéricos que todo indivíduo tem perante o Estado. Em outras palavras, por meio das sanções disciplinares, a Administração busca autoprotoger-se em sua organização, enquanto, por meio das sanções governativas, a Administração visa a alcançar a heterotutela de toda ordem social em seu conjunto.¹³⁹

É certo que, atualmente, a esfera administrativa do Estado vem recebendo, de forma mais ou menos homogênea em nível global, grandes atribuições de poderes sancionatórios, cujo exercício, dentro da concepção de tripartição de poderes, deveria ficar reservado ao Poder Judiciário, numa iniciativa de incrementar sua função de heterotutela da sociedade. Essa capacidade sancionatória administrativa encontra-se a tal ponto desenvolvida que vem se entendendo que forma, ao lado da capacidade punitiva do Poder Judiciário, parte de um genérico, mas uno, *ius puniendi* estatal. Em outras palavras, o

¹³⁸ *Derecho penal económico*, p. 105. Em concordância, Vicente GRECO FILHO e João Daniel RASSI afirmam que “essa postura acarretaria a ampliação paralela das duas áreas sancionadoras, de acordo com a sua própria racionalidade, dificultando o conhecimento da norma por parte dos sujeitos regulados, e permitindo o maior rigor punitivo também do Direito Administrativo sancionador, uma vez que suas multas não estariam em relação estrita de proporcionalidade com a sanção penal”. A corrupção e o direito administrativo sancionador, p. 746.

¹³⁹ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Derecho penal económico*, pp. 84-85.

poder administrativo sancionatório integra um supraconceito de ilícito, que abrange também o poder persecutório criminal.¹⁴⁰

Dentro dessa atual compreensão a respeito do caráter unitário do *ius puniendi* estatal, a tendência é de que as regras e garantias do direito administrativo sancionador, enquanto ordenamento punitivo, não sejam mais orientadas pelos princípios do direito administrativo, mas sim do direito penal. Dessa forma, a formulação e a aplicação do direito administrativo sancionador passam a ser regidas por princípios e regras, tais como: a) *legalidade* e sua conseqüente proibição de retroatividade legal; b) *culpabilidade*, anteriormente desconhecida nesse ramo do direito, cuja aplicação passa a exigir a comprovação de dolo e culpa, excluindo as imputações por presunção de culpabilidade; c) *mecanismos de exclusão do injusto e da culpabilidade*, por exemplo, legítima defesa e estado de necessidade; d) *critérios de aferição de autoria e participação*.

Na Comunidade Europeia, como apenas as empresas são destinatárias de normas de direito administrativo sancionador, as imputações correspondentes a esse ramo do ordenamento comunitário submetem-se à comprovação da culpabilidade, que passa a ser compreendida como *própria da pessoa jurídica*, aferida nos moldes do direito civil, ou seja, utilizando-se do parâmetro dos usos gerais do mercado e tornando despicienda a comprovação de quem (pessoa física) atuou em concreto ou mesmo se tal indivíduo é culpável.¹⁴¹

Na estrutura jurídico-constitucional brasileira, trata-se a unicidade do poder punitivo estatal de realidade facilmente perceptível numa análise, mesmo perfunctória, do artigo 5º da Constituição da República, que estabelece os direitos e garantias individuais. O inciso LV desse artigo, por exemplo, iguala os procedimentos movidos nos âmbitos judicial e administrativo no que se refere à observância da ampla defesa e do contraditório processual. No mesmo sentido, o inciso LXXVIII uniformiza o exercício do *ius puniendi* estatal ao estabelecer que, “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

¹⁴⁰ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Derecho penal económico*, pp. 82-83 e 89.

¹⁴¹ TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico. Introducción y parte general*, pp. 247-255.

Não obstante haja regras de uniformização do exercício do *ius puniendi* estatal em suas manifestações administrativa e judicial, é certo que o próprio texto constitucional, no inciso XXXV do artigo 5º, deixa assente que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, reconhecendo sua supremacia no controle das atividades regulatórias e persecutórias do Estado e garantindo o controle judicial, em última análise, sobre os poderes da Administração.

Vê-se, portanto, que, no Brasil, ficam mitigados, pelo menos do ponto de vista dos fundamentos constitucionais, os questionamentos existentes a respeito do nível e do alcance das garantias oferecidas ao cidadão no exercício procedimental do *ius puniendi* estatal na sua face administrativa. As grandes diferenciações entre as regulações sobre os procedimentos operacionalizados nas esferas administrativa e judiciária operam-se, portanto, em nível infraconstitucional e mesmo conceitual-doutrinário.

Sobre a atuação do legislador infraconstitucional, Helena Regina Lobo da COSTA parte da compreensão de que as concepções de ilícito administrativo e de ilícito penal não apresentam diferenciação ontológica, mas meramente normativa. No campo deontológico, tal diferenciação é realizada pela observação das estruturas jurídicas e dos requisitos constitucionais e legais impostos ao legislador para criá-los.

Assim, na seara penal, em vista de seu enorme poder de estigmatização e consequente necessidade de se observarem garantias e limitações ao poder punitivo estatal, deve o legislador obedecer a parâmetros ligados à dignidade penal, isto é, relativos à justiça e à adequação aos fins da incriminação. Disto, decorrem as infundáveis discussões a respeito da seleção e da afetação do bem jurídico-penal, bem como da observância aos princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade, da proporcionalidade e da legalidade, entre outros tão discutidos pela dogmática jurídico-penal.

Já em relação aos ilícitos administrativos, em vista de sua menor carga estigmatizante e também por não contarem, entre suas sanções, com a possibilidade de levar à prisão os implicados, os requisitos políticos, constitucionais e legais a serem observados pelo legislador não são tão inflexíveis quanto aqueles concernentes à criação de ilícitos penais. Ainda assim, é certo que o legislador não dispõe de liberdade irrestrita para agir, devendo cingir-se, ao menos, aos núcleos mínimos dos direitos fundamentais, da

legalidade e da proporcionalidade, porquanto, na estrutura de um Estado Democrático de Direito, todo poder conferido ao Estado deve ser limitado e regrado, principalmente quando se trata da possibilidade de intervir na esfera de direitos dos cidadãos.¹⁴²

Em termos ideais, o legislador deveria operar levando em consideração o *princípio da subsidiariedade*, essencial à conformação dos limites do direito penal, recorrendo à sanção administrativa, em vez da pena criminal, nas hipóteses em que a perturbação social decorrente da ação ilícita possa ser sanada com uma intervenção estatal de menor intensidade, frente ao caráter mínimo do risco ou mesmo da lesão causada pela conduta.¹⁴³

O que se constata, na prática, entretanto, é que direito penal e direito administrativo sancionador acabam se sobrepondo, não se verificando, de fato, sequer a necessária diferenciação entre as finalidades da pena e da sanção administrativa, na medida em que a primeira vem tendo sua função preventiva cada vez mais aceita e largamente utilizada.¹⁴⁴

Ademais, ainda que a sanção administrativa deva receber influxos das garantias constitucionais que limitam o *ius puniendi* do Estado, o direito administrativo sancionador ainda não tem desenvolvido um refinado arcabouço dogmático como aquele com que conta o direito penal, empobrecendo as possibilidades de defesa de pessoas naturais e de pessoas jurídicas frente a eventuais desproporcionalidades em sua aplicação prática.¹⁴⁵

Em razão disso, pode-se afirmar que há pouca ou nenhuma sistematização na normatização do *ius puniendi* estatal, o que tisona a delimitação das fronteiras entre o direito

¹⁴² COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*, pp. 144 e segs. Precisamente à p. 146, a autora afirma: “A estrutura correspondente ao ilícito penal gera, por um lado, maior estigmatização, mas, por outro, vem acompanhada das garantias típicas do exercício da jurisdição, reforçadas por se tratar de matéria penal – o que levaria, ao menos em tese, a uma maior profundidade no estabelecimento e na análise dos critérios de imputação, assim como do exame dos demais pressupostos e condicionantes da imposição da sanção.”

¹⁴³ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Derecho penal económico*, pp. 88-89.

¹⁴⁴ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*, pp. 148 e segs. Miguel BAJO FERNÁNDEZ e Silvina BACIGALUPO SAGGESE afirmam que “existe grave solapamento entre as descrições das infrações administrativas e os delitos”. *Derecho penal económico*, p. 102. Tradução livre do autor.

¹⁴⁵ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *A corrupção e o direito administrativo sancionador*, p. 747.

penal e o direito administrativo sancionador, de maneira que o questionamento a respeito dos limites e dos pontos de contato entre esses dois segmentos do poder punitivo do Estado deve ser objeto de discussão da política criminal e de sua consectária, a política jurídica.

A doutrina jurídico-penal, ante a absoluta ausência de racionalidade legislativa, esforça-se sobremaneira para dar algum sentido e um tanto de sistematização às normas mal feitas e mal acabadas que compõem o sistema normativo punitivo do Estado. Entretanto, não se pode contentar em estudar apenas o direito objetivo, quando é possível vislumbrar que sua sistematização posta carece de algum sentido. Por assim agir, as análises dogmáticas sobre a legislação vigente acabam não obtendo resultados muito proveitosos, porque os parâmetros político-criminais fundamentais sobre os quais deveriam assentar-se as relações entre o direito penal e o direito administrativo sancionador transformaram-se em letra morta.¹⁴⁶

Nesse contexto, como alertam Miguel BAJO FERNÁNDEZ e Silvina BACIGALUPO SAGGESE, quando se discutem as diferenciações entre direito penal econômico e direito administrativo sancionador, é preciso, em primeiro lugar, analisar se o legislador atua, de fato, com distinções entre essas duas ordens de ilícitos. Partindo do tradicional critério de diferenciação consistente nos interesses tutelados por cada uma das ordens sancionatórias em questão – segundo o qual o delito viola bens vitais juridicamente protegidos enquanto a infração administrativa apenas infringe interesses da Administração –, referidos autores concluem que, nos dias atuais, os limites entre essas duas classes de proteção já não se mostram suficientemente claros, na medida em que alguns interesses administrativos, cuja lesão alcança grau de verdadeira intolerabilidade social, convertem-se em bens juridicamente protegidos pelo direito penal.

Assim, afirmam que, na atualidade, não mais se reconhece qualquer diferença ontológica entre os bens e interesses protegidos por ambas manifestações do *ius puniendi* estatal. A diferenciação possível entre as duas ordens de regulação dá-se tão somente pelo critério da natureza das sanções aplicáveis em cada uma delas. A sanção administrativa, ainda que tenha a mesma denominação da pena criminal (como a multa,

¹⁴⁶ RANDO CASERMEIRO, Pablo. *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*, pp. 35-68. Registre-se que o diagnóstico apresentado nos parágrafos a que se refere esta nota vale tanto para a Espanha, país de origem do autor, quanto para o Brasil, país em que se elabora o presente trabalho.

por exemplo), diferencia-se desta por sua essência, na medida em que deve funcionar apenas como advertência pelo dever não cumprido.

Entretanto, crescem aludidos autores que tais diferenciações existentes entre delito e infração administrativa e suas respectivas sanções acabam sendo, na prática, apenas formais e não substantivas. Por exemplo, uma das diferenciações possíveis é aquela advinda do órgão responsável pela aplicação da sanção em cada uma das ordens constitutivas do *ius puniendi* estatal. Enquanto a Administração encarrega-se de aplicar a sanção administrativa, de acordo com os procedimentos próprios estabelecidos para cada natureza de infração cometida, o Poder Judiciário é o encarregado de processar e julgar os crimes, de acordo com as normas processuais penais vigentes.¹⁴⁷

Aqui, abre-se grande flanco de preocupações criminológicas e político-criminais sobre o tema, porquanto a escolha feita, no plano legislativo, sobre se um ou outro órgão estatal pode/deve tratar de determinada conduta considerada ilícita, determinando sua natureza jurídica – se administrativa ou penal –, delimita a carga de efeitos estigmatizantes e consequências negativas interativas que a ação estatal irá imprimir na vida dos implicados.¹⁴⁸

Isso porque, enquanto os ilícitos administrativos são tratados pelos órgãos da Administração Pública, preservando-se, por aplicação do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição, a garantia da reserva irrenunciável da jurisdição em última análise, os ilícitos penais e sua principal consequência, a pena, são tratados diretamente pelos órgãos do sistema penal, quais sejam, polícia, Ministério Público, Poder Judiciário e sistema prisional, além de gerar registro na chamada “folha de antecedentes criminais”.

¹⁴⁷ *Derecho penal económico*, pp. 85-95. Sobre o tema, Jesús-María SILVA SÁNCHEZ aponta que o direito administrativo sancionador, por ser aplicado pela Administração e não pelo Poder Judiciário, enfrenta verdadeira crise de credibilidade e de legitimidade, em razão de sua excessiva burocratização e pela constante desconfiança de estar submetido aos influxos da corrupção, na medida em que os administradores estariam mais preocupados em buscar cúmplices para a prática de delitos econômicos do que efetivamente coibir essa forma de criminalidade. Resulta dessa situação a expansão *ad absurdum* daquele que deveria ser a *ultima ratio* do sistema jurídico, o direito penal. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, p. 79.

¹⁴⁸ A respeito da interação existente ente sistema penal e estigmatização daqueles que por ele são selecionados (implicados), verificar: SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*, pp. 249-267 e segs.

Nessa perspectiva, a estigmatização, ou o poder simbólico ou comunicativo do direito penal, como critério diferenciador entre ilícitos administrativos e penais, parece ter importância mais abrangente e determinante do que aquela apontada por alguns autores que tratam do tema,¹⁴⁹ motivo pelo qual será mais pormenorizada no próximo item desta tese, que trata da atividade da política criminal e do poder comunicativo do direito penal.

Não à toa, também, esse critério diferenciador – o poder comunicativo do direito penal – tem função essencial na construção do modelo italiano de responsabilidade das pessoas jurídicas por ilícitos de natureza administrativa, mas processáveis perante a jurisdição penal, o que será tratado no item 4.2 deste trabalho.

De fato, a peculiar natureza jurídica do modelo de responsabilidade da pessoa jurídica pelo cometimento de crime adotado na Itália vem gerando acalorados debates a seu respeito. Como assinalam Giorgio MARINUCCI e Emilio DOLCINI, a importância simbólica desse debate é bastante grande, na medida em que, quando se discute a responsabilidade penal, parapenal ou administrativa, discutem-se, em última análise, as possibilidades de maior ou menor estigmatização social da atividade empresarial.¹⁵⁰

Assim, é possível afirmar que, como alternativa real de política criminal, no entremeio do direito penal e do direito administrativo sancionador como grandes ramos que compõem o *ius puniendi* do Estado, encontra-se a possibilidade de responsabilizar a pessoa jurídica por delitos cometidos em seu interesse. Essa responsabilização pode ser penal, como são os casos (tímido, ainda) do Brasil, do Chile e da Espanha, ou pode ser administrativa, processável pelo juízo criminal, como é o caso da Itália, cujo modelo, não obstante se autodenominar administrativo, proporciona direitos e garantias substanciais aos entes coletivos implicados, ao mesmo tempo em que não abre mão do poder comunicativo da esfera penal. Todos eles serão estudados pormenorizadamente no próximo capítulo desta tese.

¹⁴⁹ Como, por exemplo: COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*, pp. 146 e seguintes e, principalmente, 158 e seguintes. RANDO CASERMEIRO, Pablo. *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*, pp. 352-360.

¹⁵⁰ *Manuale di diritto penale – parte generale*, p. 700.

Interessante notar que, quando se fala da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, não se está discutindo a possibilidade de expansão de penas privativas de liberdade, mas tão somente de lançar o direito penal como fonte de controle social do comportamento dos entes empresariais, que, mais do que atores, são os verdadeiros protagonistas da realidade socioeconômica contemporânea e, em razão disso, desempenham papel de destaque no contexto da criminalidade econômica.

Trata-se de outra possibilidade de ação do *ius puniendi* estatal, na qual as preocupações com a dignidade da pessoa humana são bem menores do que no direito penal clássico, na medida em que suas penas são próximas das sanções administrativas e não passam pela previsão de encarceramento. Mantém-se, contudo, o controle social formal numa área de abrangência do direito penal e de seu poder comunicativo, enquanto exercício da política criminal.

3.2. Política criminal e poder comunicativo do direito penal nos crimes econômicos

Klaus TIEDEMANN, ao dissertar a respeito da relação do direito penal econômico com as ciências econômicas, afirma que a teoria macroeconômica nunca dispensou grande carga de estudo ao fenômeno da criminalidade, em razão de não lhe preocupar questões de conteúdo ético, bem como porque os métodos de pesquisa econômica não se afinam com a compreensão do comportamento delituoso.

O direito penal, ao contrário, deve estar sempre atento às teorias econômicas, tendo em vista sua estreita preocupação com os fatos que realmente ocorrem no mundo empresarial. Sem a observação das teorias sobre o funcionamento da economia e a administração das empresas, não teria sido possível às ciências penais, por exemplo, avançar na identificação de condutas arriscadas ou mesmo lesivas no âmbito empresarial e na sua posterior incriminação; no desenvolvimento de técnicas de descobrimento dos fatos criminosos e de produção de provas a seu respeito; na seleção das melhores técnicas de intervenção na realidade da prática econômica, prevenindo condutas lesivas ou arriscadas e estimulando condutas voltadas à preservação da ordem econômica.

Baseando-se nas investigações de BECKER, Prêmio Nobel de economia de 1992, sobre o a *teoria econômica da criminalidade*, Klaus TIEDEMANN adere à ideia de que o delinquente atua como *homo oeconomicus*, que atua racionalmente na busca de maximizar seus benefícios com a prática criminosa. Assim, a decisão de agir antissocialmente decorreria do cálculo segundo o qual o benefício vislumbrado com a prática criminosa é maior do que o benefício normalmente obtido com a prática de conduta conforme ao direito na mesma situação.

Assim, incumbiria ao Estado, ao encampar a luta contra a criminalidade econômica por meio da legislação e da persecução penal, fazer com que o custo de condutas criminais fosse sempre o mais caro possível, pela conjugação de penas e de estruturas de persecução penal severas. Contudo, considerando a disfuncionalidade econômica dos custos envolvidos na luta pela erradicação da criminalidade econômica, o que a tornaria inviável na prática, deve ser preferível as penas de imposição de multas às privativas de liberdade.¹⁵¹

Alfonso SERRANO MAÍLLO aponta que o enfoque econômico do delito trouxe importante novidade para a criminologia, na medida em que se confrontou com alguns enfoques clássicos da etiologia criminosa, tais como as teorias da anomia, das deficiências psicológicas ou da herança de traços especiais. O fundamental, argumenta, na decisão de quem comete um delito ou de quem, nas mesmas circunstâncias, não o comete é que o cálculo de custos e benefícios é diferente para cada indivíduo, em cada situação concreta da vida.

Assim, quando se pensa nas causas da ocorrência do fenômeno da criminalidade, deve-se ter em mente a impossibilidade factual da eliminação total da prática delitiva de uma sociedade, assim como os altíssimos custos envolvidos na criação de estruturas de prevenção e combate às condutas criminosas. Desse modo, nem todos os delitos podem e devem ser perseguidos, da mesma maneira que devem ser matizados os esforços persecutórios em relação a cada um deles. Considerando-se o critério de custo e benefício inclusive nas estratégias de combate à criminalidade, a consequência natural seria recorrer exaustivamente à adoção de penas pecuniárias, perdendo seu caráter de

¹⁵¹ TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico. Introducción y parte general*, pp. 63-65.

castigo ou de prevenção, mas se pautando pelo cálculo do dano social e respectivo benefício individual ocasionado pelo delito.¹⁵²

Ao concluir sua explanação a respeito da relação do direito penal econômico com as ciências econômicas, Klaus TIEDEMANN aporta novos argumentos oriundos de outro estudo ganhador do Prêmio Nobel de Economia no ano de 2002, desenvolvido por KAHNEMAN e SMITH, para quem, além do puro e simples cálculo a respeito da maximização dos benefícios e vantagens advindas da prática criminosa, as pessoas normalmente incluem na sua avaliação a intenção de orientar sua conduta pelas normas sociais vigentes. Afasta, pelo menos em parte, a explicação baseada tão somente na figura do *homo oeconomicus*, com seu egoísmo e racionalidade exacerbados, na mesma medida em que se aproxima de uma explicação mais próxima da realidade a respeito do comportamento humano e de sua decisão de incidir, ou não, na prática criminosa.¹⁵³

Atualmente, é prevalente a ideia de que o fenômeno da criminalidade só pode ser melhor compreendido por meio das chamadas ciências penais integradas, isto é, criminologia, política criminal e direito penal propriamente dito. A função exercida pela criminologia no funcionamento das ciências penais é dar ao direito penal o necessário substrato de conhecimento da realidade. A criminologia é empírica e se utiliza do método causal-explicativo e do conhecimento interdisciplinar para alcançar seus objetivos. Preocupa-se com o ser, embora não seja uma ciência exata. Integram o objeto de preocupação da criminologia o delito, o delinquente, a vítima, o controle social das condutas. O direito penal, por sua vez, é valorativo, formal, dogmático e normativo, utilizando-se de método lógico-dedutivo em suas operações sistêmicas.

Entre a criminologia, e seu conhecimento empírico da verdade, e o direito penal, e sua valoração interessada dessa mesma realidade, atua a política criminal. Incumbe-se a política criminal de transformar o conhecimento e a experiência criminológica em opções concretas de ação para o legislador e para os poderes públicos. Seu objetivo final é “servir de ponte eficaz entre o direito penal e a criminologia,

¹⁵² *Introdução à criminologia*, pp. 185-186.

¹⁵³ TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico. Introducción y parte general*, p. 65.

facilitando a recepção das investigações empíricas e sua eventual transformação em preceitos normativos”¹⁵⁴.

Assim, se, como diz Klaus TIEDEMANN, as ciências econômicas têm emprestado seu estudos e conhecimentos à conformação do direito penal e, principalmente, do direito penal econômico, é por meio, inicialmente, da criminologia e de seu método interdisciplinar que tais conhecimentos começam a ser amoldados, interpretados e decodificados, para que sirvam de suporte a eventuais transformações dogmáticas que se façam necessárias para adaptar o ordenamento jurídico à realidade em que está inserido.

A política criminal age, tendo seu conteúdo valorativo preenchido pelos fundamentos constitucionais, desde a obtenção dos dados e conhecimentos criminológicos até a efetiva implementação ou transformação legislativa, auxiliando na definição dos limites da intervenção da dogmática jurídico-penal na sociedade, ou seja, definindo as condutas às quais a sociedade reagirá e de que forma dar-se-á essa reação.

O texto constitucional de 1988 é dirigente. Consagra, de um lado, os direitos e garantias que formam os pilares do Estado Democrático de Direito e, de outro, o quadro axiológico para alcançar os objetivos fundamentais da República – desenvolvimento nacional, construção de uma sociedade livre, justa e solidária e erradicação da pobreza –, devendo a ordem econômica, para tanto, submeter-se aos ditames da justiça social (artigo 170).

Nesse panorama, a política criminal, como parte da política social globalmente considerada, passa a ter importante contribuição para o modelo econômico vigente no País, sua disciplina e sua regulamentação, pois estabelece os limites do criminalmente punível e o alcance da proteção de bens jurídicos que se pretende dar por meio do direito penal.

A atuação da política criminal deve ser, portanto, auxiliar da atividade política abrangentemente considerada, reforçando a proteção de bens e valores politicamente selecionados e contribuindo com a regulamentação dos diversos setores da vida social. Em sua atuação negativa, a política criminal decide quais condutas deverão ficar fora da tutela

¹⁵⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*, pp. 35-43. Especialmente, p. 42.

penal e entregues a outros ramos disciplinadores do ordenamento jurídico, inclusive o próprio direito administrativo sancionador.

Desse modo, a inclusão, ou não, de determinada conduta na esfera de abrangência do direito penal ficará sempre condicionada ao critério discricionário do legislador, no exercício de sua atividade política, o que pressupõe a submissão dessa atividade à toda carga valorativa e ideológica que emerge da sociedade num determinado momento histórico, respeitado, no caso brasileiro, o dirigismo explícito da Constituição da República.¹⁵⁵

Como visto no item anterior deste estudo, o ordenamento jurídico positivado mostra-se assistemático em relação à delimitação de fronteiras dos segmentos que integram o *ius puniendi* (direito penal e o direito administrativo sancionador), fato que impede a busca de critérios de distinção e funcionalidade do poder punitivo estatal a partir da observação da realidade normativa posta. De pouco adianta a doutrina jurídico-penal, buscando compensar a falta de racionalidade legislativa, esmerar-se para dar explicação e interpretação para leis mal feitas e mal acabadas. O objetivo a ser alcançado com a análise dessa problemática deve ser político-jurídico, ou seja, elaborar orientações ao legislador, com propostas de *lege ferenda*, com a finalidade de reformar o sistema legal, dando-lhe alguma racionalidade.¹⁵⁶

Adán NIETO MARTÍN, logo no início de sua fundamental obra sobre responsabilidade penal da pessoa jurídica, afirma que, de seu ponto de vista, a doutrina jurídico-penal gasta tempo demais discutindo sobre o cabimento ou o não cabimento da inclusão das corporações nas malhas do direito penal, enquanto pouco se discute – e isto parece bastante mais importante – sobre como e quando as corporações devem ser incriminadas, bem como quais sanções podem e devem a elas ser cominadas.

Afirma, ainda, que todo seu trabalho adota como ponto de partida que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas é uma decisão de política criminal posta nas mãos do legislador, que deverá observar os princípios constitucionais necessariamente

¹⁵⁵ SARCEDO, Leandro. *Política criminal e crimes econômicos – uma crítica constitucional*, pp. 154-160.

¹⁵⁶ RANDO CASERMEIRO, Pablo. *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*, pp. 35-68.

incidentes sobre sua atividade (legalidade, culpabilidade, proporcionalidade, *non bis in idem*, por exemplo). Literalmente, assevera que “num Estado constitucional a dogmática penal, e muito menos uma determinada concepção da teoria do delito, não representa nenhuma barreira infranqueável da política criminal, cujo único limite encontra-se na Constituição”. Quanto a isso, diz, não há discussão, pois as garantias constitucionais são incidentes, inclusive, sobre responsabilizações de cunho administrativo, de maneira que seriam aplicáveis com muito mais razão na esfera da responsabilização penal.¹⁵⁷

Num sentido bem parecido, Jean Pierre MATUS ACUÑA afirma que todas as reticências dogmáticas dos países de tradição jurídica continental¹⁵⁸ foram superadas pelo “pragmatismo” do sistema de *commom law* e pela força vinculante de tratados e organizações internacionais que passaram a impor a adoção da responsabilidade da pessoa jurídica por fatos delituosos. Nessa decisão político-criminal de evitar o cometimento de delitos sob a proteção ou em benefício de uma organização empresarial, não há fundamentos filosóficos ou sociológicos, mas sim o propósito firme de abandonar o princípio da *societas delinquere non potest* e a conseqüente divisão entre as responsabilidades por fatos delituosos, na qual a empresa ficava com os custos patrimoniais decorrentes do fato, enquanto aos seus empregados restava arcar com a responsabilidade penal pessoal.¹⁵⁹

Em consonância com esse pensamento, Giorgio MARINUCCI, numa perspectiva ideológica que permeia qualquer análise no âmbito das ciências humanas, afirma que, na atualidade, posicionar-se favoravelmente à possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica em nada se relaciona com um sentimento anticapitalista, mas, considerando que o crescimento do fenômeno da criminalidade ligada à atividade empresarial é um fato social constatável, há que ter em perspectiva o *princípio da igualdade*, na medida em que é injustificável que o ente corporativo, beneficiário direto do resultado delituoso, seja responsabilizado administrativamente, enquanto o autor

¹⁵⁷ *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, pp. 15-17 (especialmente). Tradução livre do autor.

¹⁵⁸ “As pessoas jurídicas não existem, se existem, não podem ter uma ‘vontade final’, se têm vontade, não compreendem ‘o sentido’ do Direito, etc.” Tradução livre do autor.

¹⁵⁹ Sobre el valor de las certificaciones de adopción e implementación de modelos de prevención de delitos frente a la responsabilidad de las personas jurídicas, p. 5.

individual, muitas vezes um empregado premido pela política empresarial de resultados, responda criminalmente.¹⁶⁰

Ao contrário disso, o direcionamento da ação da tutela penal sobre a atividade econômica representa, na verdade, um imperativo de padronização da identidade do mercado mundial globalizado, que deve ser harmonizado com a finalidade de dar maior segurança aos investidores frente às incertezas econômicas e às desconfianças nos movimentos internacionais de capitais. Para tanto, decisões internacionais tomadas no âmbito corporativo acabam influenciando em decisões políticas de diversos países, que, premidos pelas forças econômicas, acabam negociando parte de sua soberania interna e adotando exigências legais de padrões internacionais de gestão empresarial. Com vistas a viabilizar todo esse processo de internalização dos padrões internacionais de gestão empresarial, recorre-se ao reforço penal como meio coativo para fazer cumprir as boas práticas de governança corporativa e os *compliance programmes*. Incentiva-se, dessa forma, o cumprimento de novos padrões de colaboração entre o particular e o Estado, como meio de prevenção de riscos, detecção de delitos e, mais ultimamente, como prática anticorrupção.¹⁶¹

Trata-se a responsabilidade das pessoas jurídicas por fatos criminosos de combater o “fenômeno patológico da irresponsabilidade pessoal organizada”, expressão que revela a tendência de adotar internamente ao ente coletivo mecanismos que impedem, mesmo quando possível, a identificação do autor ou dos autores do delito. Assim, do ponto de vista político-criminal, pode-se afirmar que a principal razão da possibilidade de responsabilização autônoma da empresa reside na complexidade do processo produtivo e de gestão corporativa, que, ao envolver uma grande pluralidade de pessoas, frequentemente impede a identificação do autor específico do fato criminoso, tornando o ambiente empresarial impermeável à ação preventiva pretendida pelo ordenamento jurídico-penal.¹⁶²

¹⁶⁰ MARINUCCI, Giorgio. *La responsabilidad penal de las personas jurídica. Un bosquejo histórico-dogmático*, pp. 1197-1199.

¹⁶¹ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Fronteras del normativismo: a ejemplo de las funciones de la información en los programas de criminal compliance, passim.*

¹⁶² MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale – parte generale*, p. 706.

É preciso, também, dimensionar o alcance do instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica no que se refere à eficácia político-criminal que pode atingir no controle social de ações antissociais ínsitas ao ambiente corporativo. Como se verá a seguir, parece haver uma regra lógica segundo a qual a aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica é tanto mais eficiente quanto maior é o tamanho da pessoa jurídica envolvida em suas teias.

Isso porque, nas hipóteses de pessoas jurídicas de pequeno porte, de sócio ou administrador único, nas quais a figura física do seu proprietário e dirigente confunde-se com a própria existência do negócio, numa espécie de “*alter ego* em sentido estrito da pessoa jurídica”, as categorias tradicionais de imputação do direito tradicional, direcionadas à pessoa física, já exerceriam o controle social esperado e adequado das condutas ilícitas, não tendo a responsabilidade penal da pessoa jurídica o poder de exercer um papel adicional relevante nesses casos, nos quais existe, claramente, uma coincidência entre as vontades do ser natural e do ente negocial por ele comandado.¹⁶³

Situação bastante diversa é a que parece ocorrer com as pessoas jurídicas de grande porte, nas quais a administração é exercida pela soma de uma pluralidade de vontades e competências administrativas, que compõem um complexo jogo de poderes e interesses, muitas vezes conflituoso entre suas diversas áreas de atuação. O agir corporativo é verificável de forma mais clara e descolada da ação física de uma determinada pessoa, de modo que a aplicação do instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica ganha outro significado político-criminal nessas hipóteses.

Daí por que, para sua máxima eficácia político-criminal, a aplicação do instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica, quando vista teleologicamente, deve ser operacionalizada observando-se critérios organizacionais do ente coletivo, ou, em

¹⁶³ CLEMENTE CASAS, Ismael; ÁLVAREZ FEIJOO, Manuel. ¿Sirve de algo un programa de *compliance* penal? ¿ Y qué forma le doy? (Responsabilidad penal de la persona jurídica en la LO 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica), pp. 30 e 36. À página 30, esses autores chegam a afirmar que “existem determinadas pessoas físicas que concentram tanto poder na pessoa jurídica, que se identificam tanto com esta, que, até certo ponto, resulta em artificioso excesso falar de duas realidades distintas, especialmente no que diz respeito ao direito penal” (tradução livre do autor).

outras palavras, se foi empregada a “diligência devida, razoável, exigível, para evitar o delito cometido”¹⁶⁴.

Evidencia-se a finalidade preventiva do direito penal – principalmente quando baseado num conceito próprio de culpabilidade corporativa e jamais fundamentado nos pilares da responsabilidade objetiva reflexa, como se verá adiante nesta tese –, na medida em que estimula as companhias a adotarem mecanismos preventivos de condutas delituosas, ainda que somente com o interesse de exculpar-se de imputações penais.

Seria ilógico, em termos de raciocínio jurídico-penal e mesmo político-criminal, irmanarem-se, sob o manto da responsabilidade objetiva ou meramente reflexa da conduta das pessoas físicas, as situações de pessoas jurídicas diligentes, que adotaram medidas preventivas para evitar a ocorrência de fatos antissociais, e não diligentes, que descuidaram do resultado que poderiam produzir na busca incessante da majoração de seus resultados financeiros. Faz-se crucial, portanto, a matização da responsabilidade penal a partir da aferição e análise da conduta corporativa de cunho preventivo a fatos ilícitos.¹⁶⁵

Para Jorge de Figueiredo DIAS, a força conformadora do comportamento humano inerente ao direito penal é indiscutivelmente maior do que aquela própria do direito civil e do direito administrativo, na mesma medida em que é também maior sua força estabilizadora de expectativas comunitárias na manutenção da norma violada. Em síntese, o direito penal tem maior poder preventivo geral positivo. Ademais, no que se refere não só à prevenção, mas também à repressão das condutas violadoras protagonizada pelas esferas jurídico-civil ou jurídico-administrativa, dada sua menor capacidade de sancionamento, mostrar-se-á desajustada ou até mesmo inútil, sendo insuficiente como tutela protetiva dos interesses coletivos imanentes às gerações vindouras. Com isso, não se quer dizer que o direito penal seja o apanágio da proteção total dos riscos globais, devendo

¹⁶⁴ CLEMENTE CASAS, Ismael; ÁLVAREZ FEIJOO, Manuel. ¿Sirve de algo un programa de *compliance* penal? ¿Y qué forma le doy? (Responsabilidad penal de la persona jurídica en la LO 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica), p. 36.

¹⁶⁵ A respeito disso, Ismael CLEMENTE CASAS e Manuel ÁLVAREZ FEIJOO afirmam que “se, nesses aspectos, a entidade foi diligente e, apesar disto, cometeu-se o delito, aquela não deverá assumir responsabilidade penal sob pena de subverter o fim de prevenção da norma penal, pois, com um sistema de *strict liability* (responsabilidade objetiva), a sociedade cumpridora perderá incentivos para seguir cumprindo e a não-cumpridora não o terá para mudar de atitude”. ¿Sirve de algo un programa de *compliance* penal? ¿Y qué forma le doy? (Responsabilidad penal de la persona jurídica en la LO 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica), p. 36. Tradução livre do autor.

ser reconhecido no papel modesto que lhe é próprio na ordenação e na defesa da sociedade.¹⁶⁶

Helena Regina Lobo da COSTA contrapõe-se a essa abordagem, ressaltando que o termo “efeitos comunicativos” tem o mesmo significado que “efeitos simbólicos” ou mesmo que “estigmatização”, pois todas essas denominações apontam “para o mesmo fenômeno, qual seja, a reprovação social e repulsa ligadas não apenas à execução da penal, mas à incidência toda do sistema penal”, enumerando, como exemplos dessa ação estigmatizante, o comparecimento à delegacia de polícia, o processo penal em si mesmo, o cumprimento da pena e o efeito negativo do rótulo de ser egresso do sistema ou reincidente.¹⁶⁷

Contudo, para referida autora, essa não é “uma marca exclusiva da sanção criminal”, pois, embora reconheça que talvez este seja o ponto em que pena e sanção administrativa mais se distanciam, ainda assim, em seu entender, guardam mais características comuns do que diferenças. Isso porque, na sua compreensão, a estigmatização, como consequência da aplicação da sanção administrativa ou da pena, não é idealmente almejada por nenhum desses dois ramos do direito, tratando-se de um dado exógeno ao sistema jurídico. Inclusive, nem mesmo a reincidência e seu efeito estigmatizante poderiam ser apontados como critério distintivo bastante, porquanto tal instituto também opera no ramo administrativo sancionador, por meio de previsões de aumento ou maior gravidade de sanções.

Em relação a esse mesmo ponto, Pablo RANDO CASERMEIRO, com veemência, aponta que é “surpreendente que um efeito da pena outrora especialmente criticado por sua incompatibilidade com a reinserção social reafirme-se com critério de distinção”, acrescentando que “lamentavelmente os efeitos estigmatizantes chegaram também ao ordenamento sancionador administrativo, o que demonstra uma vez mais que neste tema não cabem apriorismos”.¹⁶⁸

¹⁶⁶ O papel do direito penal nas protecção das gerações futuras, pp. 23-26.

¹⁶⁷ *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*, p. 158.

¹⁶⁸ *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*, pp. 358-359. Tradução livre do autor.

Em vista dessas significativas objeções, torna-se importante o contraponto de Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, para quem “boa parte da dimensão preventiva do Direito Penal radica em seu significado comunicativo”. Para ele, a dimensão pública do direito penal, associada à rigidez e à sacralidade de suas formas (linguagem, vestuário, cenário), constitui-se num importante fator de prevenção e dissuasão de condutas criminosas, que não pode ser desprezada pela ação da política criminal. A formalização impecável da reação ao delito permite, inclusive, a redução progressiva do próprio conteúdo da reação em si, de modo que a meta ideal seria que a mera declaração *simbólica* do caráter ilícito de uma conduta pelo órgão julgador já surtisse o efeito preventivo pretendido com a incriminação da conduta.¹⁶⁹

Num texto escrito a respeito da criminalidade econômica atribuível às pessoas naturais, mas integralmente aplicável às pessoas jurídicas, inclusive contando com ideias a respeito da relação custo e benefício das infrações penais, Bernd SCHÜNEMANN defende que a criminalidade empresarial pode esperar tranquilamente por um processo civil ou administrativo, já que suas consequências terão custos muito inferiores ao benefício obtido pela prática delituosa. A eficácia do direito penal – e aqui se acresce: do seu poderio simbólico-comunicativo – consiste também em expor os implicados aos riscos de terem de se deparar com custos muito superiores do que os benefícios que a conduta ilícita lhes proporcionou, induzindo uma decisão racional dissuasória em relação à prática do delito, que não seria obtida pelos outros ramos do direito, em vista de seu menor poder sancionatório.¹⁷⁰

Em vista do quanto exposto neste item, vê-se que a política criminal, baseada nos conhecimentos empíricos que haure da criminologia, tem a missão de abastecer o legislador e os administradores de estratégias dissuasórias da prática de condutas antissociais de cunho econômico. Fundamentar o ponto de partida dessa missão no cálculo de custo e benefício que decorre da prática criminosa pode ser um importante, mas não único, fator a influenciar determinadas decisões político-criminais.

¹⁶⁹ *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, pp. 89-96, em especial a partir da p. 94.

¹⁷⁰ Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?, especialmente pp. 64-66.

A realidade do ordenamento jurídico brasileiro não permite grandes conclusões teóricas a respeito da uniformidade da atuação do *ius puniendi* estatal (realidade extensível a outros países), de modo que se torna muito significativa a formulação de estudos a respeito de possíveis modelos normativos a serem adotados. Trata-se de um exercício de política criminal e de sua consectária, a política jurídica.

No panorama atual da atividade econômica globalizada, não há mais razões de política criminal que impeçam a adoção da responsabilidade penal das pessoas jurídicas como meio de controle de condutas delituosas no campo econômico. Restam, apenas, oposições de cunho dogmático, que ainda insistem em olhar para essa novel forma de responsabilidade sob os influxos dos fundamentos do direito penal clássico, inaplicáveis a toda evidência.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica acomoda-se entre o direito penal clássico e o direito administrativo sancionador, na medida em que mantém o poder comunicativo do primeiro, mas não opera com penas privativas de liberdade no eventual movimento expansivo que proporcionar à zona do penalmente punível.

3.3. Tutela de bens jurídicos supraindividuais

As ideias e conceituações em torno do bem jurídico, qualquer que seja seu matiz ideológico, vêm exercendo, historicamente, uma função de garantia aos sujeitos, na medida em que pretendem dar racionalidade à intervenção penal estatal, problematizando sobre a legitimação da norma penal. Com isso, tira-se o foco de atenção do direito penal da investigação sobre a atitude moral do sujeito, para colocá-los sobre o objeto de proteção pretendido pelo direito penal, fundamentando o princípio da lesividade que deve informar o direito penal. Num Estado Democrático de Direito, o fundamento do injusto penal não pode se fixar no âmbito subjetivo do indivíduo, mas sim repousar sobre relações sociais concretas, democraticamente dimensionadas como essenciais para dar estabilidade ao sistema social.¹⁷¹

¹⁷¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los bienes jurídicos colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jimenez de Asúa em el Código Penal de 1932), pp. 150-153.

Na verdade, nunca se negou a existência dos bens jurídicos supraindividuais nos Estados de concepção liberal, mas tão somente não lhes era dada importância, porquanto não se vislumbrava a necessidade de intervenção nas disfunções das relações sociais e econômicas daquela forma de organização estatal. Tal realidade transformou-se na vigência do Estado Democrático e Social de Direito, com seu caráter mais interventivo, no qual se faz necessária a configuração de áreas regulatórias não só em referência às pessoas, mas também aos processos econômicos e sociais. Em razão dessas novas tarefas assumidas pelo Estado, no âmbito do ordenamento jurídico penal, ganham especial importância os bens jurídicos de caráter supraindividual.¹⁷²

Nessa perspectiva, acentua-se a relação entre o os bens constitucionalmente reconhecidos e o direito penal vigente em determinado Estado. O texto constitucional oferece o marco jurídico-político geral do sistema jurídico, constituindo-se num valor interpretativo apreciável do direito penal em vigor, ou mesmo no norte valorativo da política criminal a ser adotada numa perspectiva futura da função político-legislativa. Contudo, para que o conteúdo constitucional não se transforme num valor contrário à democratização do direito penal, a concepção de bem jurídico há de ser materialmente formulada dentro dos interesses concretos da sociedade, para que não reste cerrada no sistema jurídico e inatingível aos influxos dinâmicos do evoluir social.¹⁷³

Inserido na realidade constitucional própria dos Estados Democráticos e Sociais de Direito, o bem jurídico supraindividual, ou coletivo, passa a ser dotado de caráter massivo e universal, não mais versando apenas sobre as relações interindividuais e sociais básicas, mas tratando de elementos configuradores da ordem social e essenciais ao próprio funcionamento do sistema jurídico-social. Entretanto, para exercer essa função na sociedade, o bem jurídico há de ter suficientemente solidificado o seu caráter material, para que não se converta em mera referência formal à interpretação de tipos penais.

¹⁷² BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los bienes jurídicos colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jimenez de Asúa em el Código Penal de 1932), pp. 153-154. Ana Elisa Liberatore Silva BECHARA afirma que “[e]mbora a ideia de bem jurídico tenha surgido no contexto liberal, identificada com a garantia individual diante do arbítrio estatal, a própria evolução do modelo de Estado implicou transformações em seu conteúdo, a partir da progressiva intervenção na esfera social”. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*, p. 229.

¹⁷³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los bienes jurídicos colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jimenez de Asúa em el Código Penal de 1932), pp. 154-157.

A intervenção social por meio do direito penal, nesse contexto, não tem função de apenas reprimir, mas também de promover a atenção às necessidades estatais na superação das disfunções econômicas e sociais, nas relações do indivíduo com o Estado. Assim, bens jurídicos supraindividuais ou coletivos pode ser definidos “a partir de uma relação social baseada na satisfação de necessidades de cada um dos membros da sociedade ou de um coletivo e em conformidade ao funcionamento do sistema social”.¹⁷⁴

Assim, é possível concluir que, na realidade contemporânea de um Estado Democrático e Social de Direito, os bens jurídicos podem ser sistematizados em duas categorias principais: 1) aqueles relacionados às bases e condições de subsistência do sistema jurídico-social, tradicionalmente denominados individuais, ou seja, diretamente relacionados ao indivíduo e às relações interindividuais, voltados a um caráter microssocial (vida, saúde individual, liberdade, honra, entre outros); e 2) aqueles relacionados ao funcionamento do sistema jurídico-social, denominados supraindividuais, que se ligam aos processos ou funções que o Estado há de cumprir para que, de uma perspectiva macrossocial, restem asseguradas as bases e condições das relações microssociais e das relações interindividuais. Há, portanto, verdadeira relação teleológica entre bens jurídicos supraindividuais e bens jurídicos individuais, na medida em que os primeiros têm a função de assegurar a viabilização das condições de proteção dos segundos, o que significa, em última análise, que os bens jurídicos supraindividuais buscam assegurar, de uma maneira antecipada, a proteção das relações entre os indivíduos e dos indivíduos com o Estado.

Os bens jurídicos supraindividuais, dentro dessa concepção, podem ser *institucionais*, quando buscam estabelecer vias ou procedimentos organizacionais ou conceituais com vistas a assegurar os bens jurídicos pessoais (exemplos são a administração da justiça, fé pública, segurança no trânsito, garantias constitucionais); *coletivos*, quando têm por objetivo a intervenção estatal com a finalidade de garantir a participação de todos no processo econômico-social (relações de consumo, economia popular); e *de controle*, que se referem à organização do aparato estatal, com vistas a

¹⁷⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los bienes jurídicos colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jimenez de Asúa em el Código Penal de 1932), pp. 158-160. Tradução livre do autor.

viabilizar a consecução de suas tarefas e funções (crimes contra a administração pública, ordem tributária, seguridade social, entre outros).¹⁷⁵

Para Jorge de Figueiredo DIAS, os bens jurídicos coletivos devem ser aceitos, sem qualquer tipo de tergiversação, como autênticos “*bens jurídicos universais, transpessoais ou supra-individuais*”. Essa concepção não é excludente da visão estritamente pessoal do bem jurídico. Aliás, antes, é convergente, na medida em que, se todos os membros de uma determinada comunidade podem ser afetados por uma determinada conduta potencialmente destruidora da vida, cada indivíduo, por si mesmo, também o será e terá o respectivo interesse subjetivo na tutela da preservação das suas condições vitais. A principal característica do bem jurídico supraindividual, coletivo ou universal deriva da possibilidade de sua fruição por todos ao mesmo tempo e por cada um, individualmente, sem que haja a exclusão de ninguém. “[N]esta *possibilidade de gozo* reside o legítimo interesse individual na integridade do bem jurídico colectivo”. Por fim, afirma que o direito penal será absolutamente incapaz de realizar qualquer papel de relevo na contenção dos megarriscos que ameaçam as gerações futuras caso se persista na manutenção do dogma da responsabilidade penal individual, surgindo irrefutável a aceitação, sem tergiversações da responsabilização penal dos entes coletivos.¹⁷⁶

Enquanto adverte que “a demanda social de proteção por meio do Direito Penal provavelmente não se veria satisfeita de um modo funcional com um Direito Penal reduzido ao seu núcleo principal”, Jesús-María SILVA SANCHÉZ também se preocupa com a ideia de que a crítica à expansão do direito penal – principalmente, na forma como ela passou a existir nos dias atuais – seja interpretada como equivalente a defender um “direito penal de classes”, no qual os indivíduos que infringem as normas próprias do chamado espectro nuclear do direito penal acabam sendo levados ao cárcere (os mais pobres), enquanto aqueles que violam as normas desse novo espectro do direito penal, proibidor de condutas lesivas a bens supraindividuais, teriam sobre si a espada menos temerosa de penas que se aproximam de sanções administrativas (os mais ricos).

¹⁷⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los bienes jurídicos colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jimenez de Asúa em el Código Penal de 1932), pp. 161-163.

¹⁷⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal nas protecção das gerações futuras, pp. 27-30.

De toda forma, aludido autor alerta que “a demanda social de proteção por meio do Direito Penal provavelmente não se veria satisfeita de um modo funcional com um Direito Penal reduzido ao seu núcleo principal”.¹⁷⁷ Isso porque não é a classe dos sujeitos atingidos por cada feixe de normas que deveria importar à observação crítica, mas sim a generalização de uma única forma de resposta do direito penal a todos os fatos que proíbe, qual seja, a pena de prisão.

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ aceita “resignadamente” a possibilidade – hoje em dia, já concretizada – da expansão do direito penal, principalmente em seu ramo econômico, rumo à incriminação dos delitos de acumulação ou perigo presumido, isto é, à tutela dos bens supraindividuais, “desde que concebidos com um mínimo de rigor”, uma vez que se trata de condutas cada vez mais distantes da criação de perigo para os bens individuais.¹⁷⁸

No Brasil, discussões a respeito das possibilidades de regulação e tutela oferecidas pelo direito penal ao legislador ordinário, quando se trata de intervir na ordem socioeconômica e, por consequência, na seara da tutela supraindividual, devem passar, necessária e primordialmente, não só pelo filtro político e ideológico imposto pelo conteúdo dirigente da Constituição de 1988, mas também pelas limitações ao *ius puniendi* estatal e respectivas garantias estabelecidas no texto constitucional.

Constituem-se em objetivos fundamentais da República brasileira, estabelecidos na cláusula transformadora inscrita no artigo 3º do texto constitucional, valores como desenvolvimento nacional; construção de uma sociedade livre, justa e solidária; erradicação da pobreza e da marginalização; e redução das desigualdades sociais. No que se refere à ordem econômica, tais objetivos fundamentais somente podem ser alcançados, de acordo com o artigo 170 da Constituição, com a submissão da ordem econômica aos ditames da justiça social.¹⁷⁹

¹⁷⁷ *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, p. 188.

¹⁷⁸ *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, pp. 188-192 (especialmente).

¹⁷⁹ Cfe.: SARCEDO, Leandro. *Política criminal e crimes econômicos – uma crítica constitucional*, pp. 132-144.

No que se refere à delimitação do âmbito daquilo que é criminalmente punível, a relação entre direito penal e os princípios vinculantes ao legislador ordinário previstos na Constituição deve ser funcional aos objetivos político-econômicos do Estado. Contudo, no âmbito de um Estado Democrático e Social de Direito – que o Brasil, em seu texto constitucional, propõe-se a construir –, “surgem novos bens jurídicos supraindividuais que não podem ser alheios ao Direito penal e cuja tutela suscita não só problemas técnicos especiais, senão, e sobretudo, recorrentes dúvidas sobre sua compatibilidade com o princípio da intervenção mínima”.¹⁸⁰

Numa Constituição extensa e minudente como a brasileira, são muitos os interesses supraindividuais que devem ser tutelados pela ação política do Estado e por seus poderes constitutivos, tais como: a defesa do consumidor (artigo 5º, inciso XXXII); o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade, à infância (artigos 6º e 193 a 219); os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais (artigo 7º); a liberdade sindical (artigo 8º); direito de greve (artigo 9º); a soberania popular exercida pelo sufrágio universal (artigo 14); o sistema tributário nacional (artigos 145 e seguintes); a ordem econômica e financeira (artigos 170 e seguintes); o meio ambiente (artigos 225 e seguintes), entre outros.

Isso não significa, entretanto, que a simples previsão constitucional a respeito da necessidade de proteção a determinado âmbito de interesse público seja o único fato determinante para a incriminação de determinada conduta. Todas as finalidades constitucionais devem ser iluminadas por um sistema de direitos fundamentais.

Assim, embora o reconhecimento constitucional atue como importante critério decisório sobre o merecimento de tutela penal por determinado interesse, o processo de incriminação de uma conduta deve passar pela análise da eficácia protetora que de fato pode ser desempenhada pelo direito penal, o que inclui, necessariamente, o sopesamento sobre a danosidade social da conduta (comprovada empiricamente), a valoração comparativa a outras condutas que já tenham sido incriminadas e a proporcionalidade dos

¹⁸⁰ TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Derecho penal de la empresa*, p. 16. Tradução livre do autor.

meios empregados, preservando o direito penal como *ultima ratio* do ordenamento jurídico.¹⁸¹

Em se tratando de tutelar bens supraindividuais, a atuação do legislador penal, portanto, deve ser pautada pelo princípio da lesividade, que o obriga, de um lado, a “evitar criminalizações de injustos meramente formais”, ao mesmo tempo em que, de outro lado, obriga “o intérprete à construção teórica de cada tipo integrado à afetação, atual ou potencial, esta mediante uma perspectiva analítica *ex ante* e *ex post*, do bem jurídico em foco”. Tudo isso com a finalidade de não permitir a conformação de um direito penal eminentemente formal, preventivo e antecipatório com tipos penais flexíveis e porosos.¹⁸²

Importante ressaltar que a aferição da ofensividade da conduta selecionada pelo legislador ao bem jurídico pretensamente tutelado não se confunde com o dano concretamente provocado em coisas pela efetiva realização dessa conduta por um determinado indivíduo. Assim, a ofensividade deve ser analisada segundo parâmetros relacionados à relevância jurídico-penal do comportamento, e não a partir de critérios naturalísticos extraídos da gravidade do dano ocorrido.¹⁸³

Considerando, então, que a relação jurídica que é objeto de tutela da norma penal não se confunde com a realidade propriamente dita, plano em que os fatos delituosos e as respectivas infringências às esferas de proteção realmente se dão, incumbe à política criminal buscar, nos conhecimentos criminológicos, o sentido concreto do bem jurídico a ser protegido pela norma penal, ainda que o valor ou interesse fundamental à concepção desse bem seja diretamente derivado do conteúdo constitucional.

¹⁸¹ TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Derecho penal de la empresa*, pp. 16-18. Renato de Mello Jorge SILVEIRA atribui ao bem jurídico sempre uma função limitadora do poder punitivo estatal, motivo pelo qual deve ter sua construção orientada pelos princípios da lesividade, da intervenção mínima, da fragmentariedade e o da subsidiariedade. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*, pp. 54-56.

¹⁸² SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal Econômico – Fundamentos, Limites e Alternativas*, pp. 99-105. Para Pierpaolo Cruz BOTTINI, “[a] construção do tipo penal, seja de perigo abstrato, seja de lesão, demanda um injusto material, que será o risco de dano ao bem protegido, mesmo que sob uma perspectiva *ex ante* ou abstrata, de modo que a ausência deste risco afastará a lesividade e a incidência da norma penal não será adequada aos preceitos de um direito penal racional e funcional”. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*, pp. 205-206.

¹⁸³ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*, pp. 234-237.

Como pondera Santiago MIR PUIG, os bens jurídicos devem desempenhar papel essencialmente contrário aos efeitos totalizantes do direito penal e, para tanto, o fator mais importante não é valoração moral do interesse social a ser tutelado, mas sim suas reais consequências para o funcionamento dos sistemas sociais. “Tais consequências não de ser objeto de estudo objetivo pela criminologia, mediante a observação empírica dos processos sociais, que separe a fronteira do punível das crenças éticas de cada sujeito.”¹⁸⁴

Apoiando-se expressamente no pensamento de Franz von LISZT, Santiago MIR PUIG que a moderna política criminal deve constituir-se numa ponte científica entre a dogmática e a criminologia, utilizando-se, para tal fim, do método de observação empírico-científica, com a finalidade de garantir um caráter minimamente realista nas escolhas axiológicas que dão conformação ao direito penal numa sociedade democrática.

Devem ser superadas, desde esse ponto de vista, as barreiras que dividem a dimensão puramente dogmática do fenômeno social e o mundo social propriamente dito. Concebendo-se o sistema normativo – penal, inclusive – como essencialmente um meio de regulação de fenômenos sociais reais, destinado a cumprir finalidades preestabelecidas, rompem-se as fronteiras entre a dogmática jurídico-penal e os valores político-criminais, estes preenchidos não só por valores constitucionais, mas também por informações e dados obtidos a partir da observação e da análise empírico-científica da realidade social. Dentro dessa metodologia é que se poderão identificar e selecionar, dentro dos interesses sociais relevantes, bens jurídicos com efetiva dignidade penal, com suficiente conteúdo concreto, a justificar sua tutela jurídico-penal.¹⁸⁵

A partir dessa propositura de lançar acurada observação empírico-científica por sobre a sociedade contemporânea, evidentemente, não de ser identificados e selecionados novos e mais abrangentes fenômenos sociais merecedores de tutela penal, tais como: a questão ambiental e toda sua consectária problemática, a utilização predatória dos recursos naturais, a gestão global do sistema produtivo e também do sistema financeiro, o exercício escorrido da atividade econômica, mecanismos idôneos de distribuição de renda e consequente proteção ao sistema fiscal, entre outros.¹⁸⁶

¹⁸⁴ *Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método*, pp 112-124. Especificamente à p. 120, tradução livre do autor.

¹⁸⁵ *Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método*, pp. 319-320.

¹⁸⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*, p. 67.

No que se refere à aferição da pertinência da adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica como meio de exercer o controle social formal de determinadas condutas ofensivas a bens jurídico-penais supraindividuais, incumbe ao legislador selecionar, entre os interesses dignos de tutela constitucionalmente previstos, aqueles que são concretamente merecedores da proteção exercida pelo direito penal, além de observar, ainda, se as condutas selecionadas frequentemente estão ligadas ao exercício e/ou decorrem do favorecimento da atividade corporativa, o que indicaria a necessidade da intervenção penal ligada ao ente coletivo como reforço da responsabilidade individual.

Como visto nos capítulos iniciais do presente estudo, principalmente nos itens 1.1, 1.2 e 2.5, não há dúvida de que, no âmbito da sociedade contemporânea, na qual a atividade empresarial assumiu abrangência transnacional e atua globalmente interligada, as condutas coletivas antissociais, derivadas do processo de associação diferencial empreendido na busca da maximização de resultados corporativos, geram vitimização massiva, de maneira que acabam indubitavelmente ofendendo interesses supraindividuais constitucionalmente previstos, com consequências evidentes para a esfera de interesses individual de cada um dos membros da sociedade.

É, também, estreme de qualquer dúvida o fato de que o ambiente empresarial constitui-se numa realidade insofismável, composta de grande multiplicidade de condutas complexas, que se revela um ambiente historicamente propício ao desenvolvimento de técnicas específicas para o cometimento de ilícitos no exercício da atividade profissional.

Tanto é assim que os fundamentos das boas práticas de governança corporativa e do *compliance* visam a debelar os núcleos da associação diferencial no interior das companhias, buscando quebrar os elos do ensinamento e da consequente aprendizagem das técnicas profissionais desviadas, por meio do incentivo a um outro *modus operandi*, corretamente associado às finalidades legais do ente coletivo.

Além disso, há de ser considerado que, como será visto no item 3.4, a conduta corporativa de uma empresa transcende a simples soma das diversas condutas individuais das pessoas que compõem o ente coletivo. Existe, de fato, um agir coletivo definido pela complexidade de todas as relações e condutas das pessoas que interagem pela consecução dos objetivos sociais da empresa.

Não há dúvida, portanto, da adequação da pertinência da utilização da responsabilidade penal da pessoa jurídica como meio hábil para o exercício do controle social formal de condutas ofensivas aos bens jurídicos supraindividuais, em reforço ao controle social tradicionalmente exercido pelo direito penal por meio da incriminação de condutas individuais.

3.4. Culpabilidade corporativa. Modelos de heterorresponsabilidade, autorresponsabilidade e misto

Parece fundamental, para prosseguir nas análises a serem desenvolvidas no presente estudo, que se conceituem e expliquem os principais modelos de aferimento da culpabilidade empresarial debatidos na doutrina sobre o tema nos dias atuais – desde os modelos puros de responsabilidade reflexa até os modelos extremados de autorresponsabilidade, passando, evidentemente, pelos modelos mistos, que buscam conciliar as características mais funcionais de ambos.

A partir desse cotejo, buscar-se-á realizar opções teóricas claras e fundamentadas daqueles modelos que melhor podem atingir os objetivos precípuos do estabelecimento de um sistema de responsabilidade penal da pessoa jurídica, que são o melhor exercício do controle social formal da atividade empresarial e, por consequência, da função preventiva geral positiva da pena, precavendo riscos empresariais e tutelando interesses coletivos da sociedade.

Toda dificuldade na conceituação do que viria a ser a chamada culpabilidade empresarial, ou “corporativa”, como se sugere no título do presente estudo, decorre, inicialmente, da concepção de ação criminosa adotada pela teoria finalista, a qual enfrenta muitas incompatibilidades para ser transposta quando se pensa num ilícito atribuível a uma pessoa jurídica. É preciso, pois, um giro conceitual e valorativo, a fim de que se compreendam os fundamentos pelos quais pessoas jurídicas podem, sem maiores dificuldades de cunho dogmático, ser responsabilizadas penalmente.

Já em 1930, Affonso Arinos de Mello FRANCO publicou, em solo nacional, obra em defesa da possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica,¹⁸⁷ na qual refuta, com argumentação sólida, muitos dos questionamentos e objeções até hoje opostos a esse instituto jurídico. Embora sua obra tenha sido produzida numa época histórica e econômica muito diferente da atual, a excelência e a clareza da argumentação nela contida fazem-na merecer ser reproduzida e relida, já que as constatações socioeconômicas feitas pelo autor em 1930 são plenamente aplicáveis, ou mesmo se encontram potencializadas, na sociedade contemporânea, com sua forma de produção pós-industrial.

De acordo com aludido autor, que escrevia em meados da primeira metade do século XX, o século XIX havia representado para a humanidade muito mais do que a contagem cronológica de cem anos. A velocidade com que a sociedade, os modos de produção e o conhecimento humano desenvolveram-se nesse período havia deixado os teóricos atônitos e, por vezes, muito confusos e ainda apegados a fórmula e ensaios pretéritos, que não tinham mais lugar na sociedade inaugurada após a Revolução Industrial. O rechaço à possibilidade de aceitação da responsabilidade penal da pessoa jurídica seria, já em 1930, um tema em que os teóricos mostravam-se apegados a fórmulas do passado, que não mais se justificavam no presente.

Mesmo admitindo que a responsabilidade criminal provém da vontade inteligente e livre das pessoas naturais, o autor, já na época em que a obra foi escrita – 1930 –, defendia que não era mais possível separar a aferição da responsabilidade por atos criminosos da ideia da temibilidade e dos riscos produzidos pelas condutas, acrescentando que, com o notório progresso da civilização, surgem, a todo momento, novas maneiras de atentar contra o equilíbrio da boa ordem social.¹⁸⁸ Conclui que “o conceito de responsabilidade, tanto quanto o de temibilidade evolui, com a civilização, alcançando entidades cuja atuação positiva no desenvolvimento da vida social, precisa ser igualmente protegida pela responsabilidade que essas mesmas entidades assumam pelos seus atos”.¹⁸⁹

¹⁸⁷ *Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas*, em especial, pp. 43-74.

¹⁸⁸ Utiliza, como um dos exemplos desses “novos” e temíveis riscos sociais, o tráfico de mulheres, numa demonstração de que, quase cem anos depois, muitas das estruturas sociais e da problemática por elas gerada não evoluíram a contento, convivendo, ainda hoje, a humanidade com problemas recorrentes da mesma e abjeta natureza, como a exploração sexual.

¹⁸⁹ FRANCO, Affonso Arinos de Mello. *Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas*, p. 50.

Nesse raciocínio, entende que a pessoa jurídica não é uma mera criação da lei. Ao contrário, trata-se de um natural e necessário ajuntamento de pessoas, com a finalidade de atingirem um objetivo comum. A lei, nesse panorama, vê-se obrigada a conhecer essa junção de vontades e a conceder-lhe personalidade jurídica, ordenando e regulando suas relações com terceiros. É preciso, portanto, reconhecer os novos aspectos que assume a teoria da responsabilidade, estendendo-a aos entes sociais, verdadeiramente responsáveis por suas próprias atividades, cuja realidade não pode ser negada pelo direito penal.

Dentro dessa compreensão, a responsabilidade penal da pessoa jurídica não afronta o imperativo de verificação, na ação criminosa, do *animus delinquendi* e de seu respectivo elemento moral. Não se busca, com a responsabilização penal da pessoa jurídica, alterar a teoria da responsabilidade individual, mas tão somente apresentar uma evolução dela no mundo atual, em que a atuação das pessoas jurídicas representa uma realidade inegável, inclusive pelo direito penal. (Embora tais afirmativas tenham sido feitas em 1930, continuam a ter total validade para os dias atuais.)¹⁹⁰

Aceitando a premissa de que o delito só deve ser imputado e a pena criminal só pode ser aplicada quando o agente detenha inteligência, vontade e liberdade, afirma Affonso Arinos de Mello FRANCO, não há como negar que essas três características são encontráveis nas pessoas jurídicas. De fato, as pessoas naturais, quando em sociedade, tendem a atuar não só em razão de suas vontades e paixões individuais, mas também para atender as paixões e vontades da coletividade a que pertencem. Há verdadeiro embotamento das vontades individuais num ambiente coletivo, de maneira que os sentimentos próprios de cada indivíduo dissolvem-se no sentimento coletivo de grupo, que, nesse sentido, também é capaz de provocar ações no mundo real. Quando assim agem os entes coletivos, com vontade inteligente e livre, e essa atuação infringe a lei penal, deve produzir resultados imputáveis à pessoa jurídica, e não aos seus componentes individuais.

A confusão daqueles que são contra a responsabilidade penal da pessoa jurídica, ainda de acordo com Affonso Arinos de Mello FRANCO, vem do fato de que

¹⁹⁰ Aliás, a corroborar a atualidade e a universalidade dessa constatação, Bernardo José FEIJOO SÁNCHEZ, no ano de 2012, na Espanha, ao justificar a irrefreável necessidade de superar o aforismo *societas delinquere non potest*, afirma que “o ordenamento penal não é nem pode ser imune à evolução das sociedades”. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad de las personas jurídicas*, p. 50.

ambas as possibilidades de ação – a individual e a coletiva – executam-se, objetivamente, por meio de pessoas naturais. No entanto, afirma, há possibilidade de execução de ações pelas quais não se é responsável individualmente, na medida em que o indivíduo, sozinho, a ela não é capaz de se opor, por representar a vontade da coletividade. Assim, como parte de uma sociedade empresária, é imoral que uma pessoa expie, individual e totalmente, aquilo que foi realizado como membro de uma corporação e sob a influência de um sentimento coletivo. A punição do indivíduo, em casos assim, deve ser feita como sendo ele, de fato, parte do grupo, isto é, punindo-se o próprio grupo. Assumindo-o como mero instrumento, deve ser contido o seu movimento insubordinado, mas também deve ser anulada a força que o causou.¹⁹¹

No entender do autor ora estudado, somente assim haverá justiça nos delitos corporativos, punindo-se o ente responsável, com pena que o atinja em caráter geral, de modo que todos seus integrantes sintam-se também punidos parcialmente, porquanto, em vista da natureza das penas aplicáveis às pessoas jurídicas – pecuniárias e restritivas de direitos, em regra –,¹⁹² serão punidos aqueles que têm interesses comuns com o ente coletivo – os proprietários, sem dúvida, serão os mais atingidos.

Hodiernamente, após os aportes que a teoria finalista da ação trouxe ao tema da responsabilidade penal – a partir dos anos 1930, com as formulações teóricas de Hans Welzel, ou seja, posteriormente à obra de Affonso Arinos de Mello FRANCO ora estudada –, a discussão do tema ganhou contornos mais refinados, mas as conclusões a que se chegam não diferem no essencial daquelas já possíveis no início do século XX.

Como ensina Alamiro Velludo SALVADOR NETTO, o conceito de ação relevante para o direito penal desenvolvido pelo finalismo pressupõe que o agente tenha

¹⁹¹ “Punir um indivíduo, que agiu influenciado por um desejo alheio ao seu interesse particular, castigar no instrumento o erro do mandante, procurar conter, com a repressão exercida sobre um movimento a atividade da força que determinou esse movimento, é que nos parece uma concepção extremamente primária do problema e uma solução singularmente simplista para ele.” In: FRANCO, Affonso Arinos de Mello. *Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas*, pp. 54-55.

¹⁹² “Naturalmente que às pessoas jurídicas, dada a sua ausência de organização física, não poderão ser infligidas senão certas espécies de penas, compatíveis com a responsabilidade e personalidade das mesmas. Penas aflictivas ou pecuniárias, em geral. Multas, suspensões de atividades, dissoluções, expulsão das sedes para outros locais. – Negar porém que tais penas sejam penas, só porque não são corporais ou restritivas de bens e direitos que decorrem da existência física é nos parece bastante estranho. Poderíamos mesmo dizer, bastante pueril.” In: FRANCO, Affonso Arinos de Mello. *Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas*, pp. 73-74.

conhecimento (elemento cognitivo) da proibição da conduta e, ainda assim, vontade de praticá-la (elemento volitivo). Tais possibilidades são inafastavelmente próprias do homem e, embora não se discuta que o ente coletivo seja, em última análise, composto de pessoas naturais, é impossível querer transplantar-lhe os caracteres genuinamente humanos.¹⁹³

Em se tratando de pessoas jurídicas, suas atividades, dentro dessa concepção, somente ganhariam sentido jurídico-penal quando se compreendesse que sua atuação deriva de condutas humanas, perpetradas por pessoas ligadas ao interesse empresarial e em favor deste. Tal raciocínio leva à conclusão de que, por detrás da atividade empresarial, sempre haveria o agir de pessoas naturais, de modo que às pessoas físicas é atribuída a prática da conduta delituosa, enquanto às pessoas jurídicas é atribuída – por empréstimo, por via reflexa, ou por ricochete –, a responsabilidade decorrente dessa conduta.¹⁹⁴

Entretanto, há que se ter em conta que o ente coletivo atua como agregação – e não como mero somatório – de pessoas naturais e de suas respectivas vontades e ações, de maneira que a atividade empresarial adquire um sentido diverso e mais abrangente do que as ações humanas isoladamente consideradas, ainda que somadas. Assim, o conceito de culpabilidade corporativo deverá ser normativo e não psicológico. Uma coisa é a ação criminosa, outra é o juízo legal sobre ela realizada. E inegável é o poder de influenciar os caminhos da atividade corporativa por meio da função preventiva geral positiva da pena ou, político-criminalmente falando, do exercício do controle social formal sobre a atuação empresarial.

A vontade corporativa, como resultado agregado de diversas ações e vontades humanas, é real e ganha dimensão diversa do juízo de reprovação social feito no âmbito da apreciação da culpabilidade das pessoas naturais. Pode existir, como de fato existe, uma intencionalidade corporativa (ou empresarial, ou institucional) no sentido de cometer o delito em favor do ente coletivo, sem que isso possa ser atribuível a ninguém

¹⁹³ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Comentários à Lei de Crimes Ambientais – Lei nº 9.605/1998*, pp. 89 e segs.

¹⁹⁴ Sobre o tema, Esther de Figueiredo FERRAZ, em publicação de 1976, ao discorrer sobre crimes societários, trata da possibilidade da adoção, no Brasil, da responsabilidade penal da pessoa jurídica, inclusive aportando conclusões de Congressos Internacionais de Direito Penal, mas acaba se alinhando à maioria dos autores nacionais à época, que refutavam tal possibilidade. Contudo, não foge à conclusão de que a questão remanescente é de “identificar entre os órgãos sociais quais as pessoas físicas às quais deva ser imputado o resultado e, conseqüentemente, atribuída responsabilidade pela prática da infração”. *A co-delinquência no direito penal brasileiro*, pp. 95-99, mais especificamente p. 98.

individualmente. “A verificação da culpabilidade neste aspecto far-se-á como **juízo de reprovação** lastreado em considerações normativas, recaindo sobre o ente coletivo, sem prejuízo da responsabilidade individual das pessoas físicas identificáveis e culpáveis”.¹⁹⁵

A linha de argumentação de Klaus TIEDEMANN sobre a concepção da culpabilidade empresarial parte, também, de uma constatação fática: as pessoas jurídicas podem celebrar contratos e, depois, descumpri-los, sendo responsabilizadas civilmente pelo inadimplemento contratual, de maneira que é possível a conclusão de que podem elas agir antijuridicamente. Não é a ação física desses entes coletivos o que conta para imputar um resultado nocivo ao autor, mas a violação das medidas e expectativas normativas que recaem sobre sua atividade social, que se dá, em regra, de maneira omissiva ou culposa. Admitir, portanto, a possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas não representa nada além do que reconhecer e aceitar a realidade social.¹⁹⁶

A ideia de transferência de culpa de uma pessoa a outra, ainda que essa outra seja um ente coletivo, causa certa repulsa tanto nos aplicadores do direito quanto na sociedade em geral. Assim, é necessário definir um critério normativo de culpabilidade das pessoas jurídicas. Para tanto, é possível partir de critérios já existentes nos direitos civil e administrativo – que consideram, por exemplo, a estrutura e a importância da empresa para definir suas obrigações –, agregando a eles critérios outros, de interesse eminentemente penal, tais como o risco assumido pela empresa no exercício de sua atividade social ou o interesse e/ou a vantagem econômica obtida pela empresa com determinada prática delituosa.

Quando uma empresa, para maximizar seus lucros, omite-se das medidas preventivas que deve tomar em suas instalações industriais, decorrendo disso o derramamento de poluentes num rio, do ponto de vista da sociedade que testemunha o fato, não há dúvida sobre a reprovação da empresa e, portanto, de sua culpabilidade, sendo,

¹⁹⁵ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Comentários à Lei de Crimes Ambientais – Lei nº 9.605/1998*, pp. 93-95. Negrito no original.

¹⁹⁶ Klaus TIEDEMANN, *Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado*, pp. 28 e segs. Esse texto, clássico a respeito da responsabilidade penal da pessoa jurídica, que foi publicado no Brasil quando da participação do autor do 1º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (1995), foi republicado, no ano 2000 (em 2007, a 2ª edição), no Peru, numa versão mais curta e com algumas atualizações. Por ser mais completa, utiliza-se, neste trabalho, a primeira versão do texto, de 1995, como referência principal, atentando-se para eventuais atualizações relevantes feitas na versão posterior.

inclusive, possível realizar claro juízo moral a respeito da prática ocorrida. É possível, então, afirmar que a culpabilidade da empresa encontra-se plenamente reconhecida na realidade social, merecendo, portanto, ser reconhecida normativamente.¹⁹⁷

Defende, com isso, Klaus TIEDEMANN que a ideia da culpabilidade das pessoas jurídicas seja sustentada “num princípio de falta (e de culpa) de organização como legitimação da responsabilidade do agrupamento”.¹⁹⁸ Essa sua definição influenciou sobremaneira as construções teóricas posteriores a respeito da construção de um conceito próprio de culpabilidade empresarial, recebendo a designação de “culpabilidade por *defeito* de organização”, também muito utilizada no desenvolvimento do presente estudo.

Nesse raciocínio, a culpabilidade do ente coletivo empresarial representa mais do que a cumulação das culpabilidades das pessoas naturais que o compõem. Nada impede, dessa forma, que as pessoas jurídicas passem a ser destinatárias de normas de conteúdo ético, cujas obrigações correspondentes são principal e eminentemente suas enquanto real agrupamento humano de vontades, o que, por óbvio, não exclui a responsabilidade das pessoas naturais que a integram. Assim, é possível implementar, por via legislativa própria, tal conceito de culpabilidade coletiva (ou de agrupamento ou corporativa), ao lado da culpabilidade individual tradicional. Sob nenhum aspecto, são elas incompatíveis.¹⁹⁹

A empresa, na qualidade de agrupamento complexo de elementos humanos e patrimoniais, torna-se intermediadora entre os indivíduos e a coletividade, expressando-se como um todo único maior composto por uma pluralidade de sujeitos, que assume, nessa condição, uma infinidade de obrigações frente a muitos atores sociais, tais como: clientes ou consumidores, acionistas, investidores, instituições financeiras, trabalhadores, sindicatos, administração pública, coletividade em geral.

Essa realidade multifacetada das relações desenvolvidas por uma corporação exige que ela se dote de “modelos organizativos” (*compliance programmes*) destinados a

¹⁹⁷ Com a mesma compreensão de Klaus TIEDEMANN, Giorgio MARINUCCI também entende que a culpabilidade empresarial contém uma reprovação de caráter moral, na mesma proporção em que uma imputação constitui-se numa desonra para o ente coletivo, demonstrando sua perspectiva ética. *La responsabilidad penal de las personas jurídica. Un bosquejo histórico-dogmático*, pp. 1196-1197.

¹⁹⁸ Klaus TIEDEMANN, *Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado*, p. 30, n. 15. Tradução livre do autor.

¹⁹⁹ Klaus TIEDEMANN, *Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado*, p. 31, n. 16.

prevenir atos lesivos a esses vários interesses interligados à sua atividade social, bem como a comissão de delitos. Da falta da implementação desses aparatos organizativos é que decorre, na realidade, a situação fática que a dogmática denomina *defeito de organização*, ou seja, a atitude corporativa de “não haver adotado todas as medidas organizativas razoáveis e indispensáveis para impedir este ou aquele delito”.²⁰⁰

Dentro dessas definições, decorre a conceituação daquilo que denomina uma empresa de “política criminosa”, que são aqueles agrupamentos criados unicamente com a finalidade de, reiteradamente, delinquir ou que, por meio dela, delinqua-se. Não se constituem na regra das empresas em funcionamento, cujo envolvimento num evento delituoso é circunstancial e não parte integrante de seu objeto social. A elas destina-se a pena de dissolução compulsória, por se entender que, por sua natureza contrária ao direito desde o nascedouro, não há outra alternativa que não a expungir da existência formal dentro da ordem jurídica.²⁰¹ Interessante a nomenclatura utilizada por Bernardo José FEIJOO SÁNCHEZ para diferenciar as empresas criadas para fins lícitos que porventura delinquem – “pessoas jurídicas de colarinho branco” – daquelas criadas com o fim único de delinquir – “pessoas jurídicas marginais”.²⁰²

Como se vê, embora lastreada na percepção social a respeito da realidade factual da atividade antissocial da empresa, a atribuição da responsabilidade penal às pessoas jurídicas, nesse raciocínio, é e será sempre normativa, de modo que deverá ser pautada por critérios político-criminais balizados pela eficiência do instituto e pelo exercício do poder comunicativo do direito penal. Não são pertinentes, aqui, discussões filosóficas sobre o poder de punir, pois não se trata de penas privativas de liberdade que recaem sobre pessoas humanas.

A partir desses esclarecimentos, é possível compreender o porquê de as discussões a respeito da culpabilidade corporativa partirem desde uma concepção de heterorresponsabilidade pura, que tangencia a responsabilidade objetiva, na medida em que intimamente dependente do agir humano, atingido até modelos de autorresponsabilidade

²⁰⁰ MARINUCCI, Giorgio. *La responsabilidad penal de las personas jurídica. Un bosquejo histórico-dogmático*, p. 1194-1197.

²⁰¹ MARINUCCI, Giorgio. *La responsabilidad penal de las personas jurídica. Un bosquejo histórico-dogmático*, p. 1194-1197.

²⁰² BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad de las personas jurídicas*, p. 50.

pura, nos quais a atividade empresarial é, de fato, considerada como descolada e mais abrangente do que as ações e vontades humanas que a compõem.

Como bem salienta Adán NIETO MARTÍN, a grande missão da doutrina consiste em analisar tais modelos, ainda que da perspectiva eminentemente teórica, para concluir qual deles é o mais conveniente, ou simplesmente mais eficaz, dentro da sistemática jurídica de cada país. Compreende-se como conveniência e eficácia, nessa hipótese, a capacidade de um modelo de responsabilidade penal da pessoa jurídica que permita, de um lado, atingir seus objetivos sociais, reduzindo seus déficits de aplicação aos casos concretos, ao mesmo tempo em que seja o mais garantista possível, tanto para a pessoa jurídica quanto para a pessoa natural implicadas.

Por fim, há que se ter em mente que a classificação que ora se propõe seja feita tem muito mais importância metodológica, principalmente quando se está a discutir qual o ideal regulador do comportamento corporativo que se pretende adotar em determinada sociedade, do que propriamente prática, na medida em que as presenças dos modelos estudados nas diversas legislações existentes – inclusive naquelas estudadas nesta tese – quase sempre são matizadas, aproximando-se de uma ou outra tendência, mas nunca as apresentando em estado puro.²⁰³

Feitas essas observações, pode-se afirmar que o sistema de *heterorresponsabilidade* – ou vicarial, de transferência, por ricochete, por empréstimo – é aquele “se imputa transferindo à empresa todo ato cometido por um agente seu, no exercício de sua atividade, com a intenção de favorecê-la”. Proporciona poucas possibilidades de defesa ao ente coletivo, na medida em que os controles internos e as medidas preventivas, com vistas a coibir a ocorrência de delitos, não interessam ao regime de imputação.²⁰⁴

O modelo de heterorresponsabilidade penal da pessoa jurídica – do qual o modelo brasileiro era exemplo, conforme será esmiuçado no item 4.1 desta tese – acaba

²⁰³ NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, p. 87. Essa é também a posição de Klaus TIEDEMANN, cfe.: *Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado*, p. 35, n. 25.

²⁰⁴ NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, p. 85. Tradução livre do autor. No mesmo sentido: MATUS ACUÑA, Jean Pierre. *Presente y futuro de la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus directivos y empleados*, p. 64.

apresentando, na prática, enorme déficit de aplicação, na medida em que sua operacionalização submete-se à imputação à pessoa física, tão difícil de ser viabilizada nos complexos crimes econômicos característicos da sociedade contemporânea, para os quais as estruturas clássicas do direito penal não têm ferramentas hábeis.

São três as ordens de problemas enfrentados pela imputação criminal clássica às pessoas físicas nos casos típicos da chamada criminalidade moderna (ou, mais especificamente, econômica). Mesmo quando se constata a existência de um resultado naturalístico, suas possibilidades de imputação usualmente permanecem duvidosas, porque (1) ou não se conhece a forma de funcionamento do meio criminoso (o nexu causal), (2) ou não se conhece o causador do dano (delimitação da autoria), (3) ou, finalmente, não se identificam as vítimas (vitimização massiva). Isso sem contar as oportunidades em que duas ou mesmo as três concausas aparecem no mesmo fato, momento em que se tem um resultado evidentemente criminoso, mas não há qualquer possibilidade de imputá-lo a uma pessoa física.²⁰⁵

Outro questionamento frequente a respeito desse modelo de responsabilização das pessoas jurídicas reside na sua quase indiferenciação com o direito administrativo sancionador. De fato, não havendo, no modelo penal de responsabilização, um aporte de critérios que permitam o aferimento da culpabilidade corporativa, torna-se, de fato, sem sentido qualquer iniciativa no sentido de distinguir esses dois ramos do *ius puniendi* estatal, porquanto ambos apresentariam bases idênticas de transferência da responsabilidade individual para a coletiva – na prática, verdadeira responsabilidade objetiva.²⁰⁶

Mesmo nas hipóteses em que se utilize uma ação humana como “fato de conexão” à responsabilidade penal da pessoa jurídica, é preciso algo mais para definir a culpabilidade do ente coletivo por determinado ilícito: o não haver implementado ou ter implementado de maneira ineficaz um código interno de boas práticas de governança corporativa e de cumprimento normativo destinado a prevenir e/ou a investigar a classe de delitos de fato ocorrida. Trata-se, portanto, da culpabilidade corporativa vista como um

²⁰⁵ A respeito, verificar: TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico. Introducción y parte general*, pp. 174 e segs.

²⁰⁶ Ver a respeito: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad de las personas jurídicas*, pp. 76-77.

déficit permanente na sua organização interna, ou, nas palavras de Adán NIETO MARTÍN, na sua autorregulação. Nessa compreensão, a ação individual em que consiste o “fato de conexão” equivale a uma condição objetiva de punibilidade que, por razões de política criminal, define que a responsabilidade penal da empresa só pode estar presente quando, concretamente, encontre-se realizado um fato delituoso.²⁰⁷

No modelo de imputação denominado de *autorresponsabilidade* – ou por defeito de organização –, baseado estritamente na culpabilidade da empresa, por sua vez, o mais importante e decisivo não é o comportamento antissocial empreendido pela pessoa física, cujo resultado será irremediavelmente transferido à empresa, mas sim a atividade e o comportamento social do ente coletivo, tanto anterior como posteriormente à ocorrência do fato delituoso. Nessa hipótese, é importante aferir se a empresa implementou, de fato, medidas e diligências no sentido de prevenir, descobrir e coibir a ocorrência de delitos no desenrolar de sua atividade, pois isso influirá na sua responsabilização e poderá, inclusive, conduzir à sua absolvição ou mesmo mitigação da pena a lhe ser imposta.²⁰⁸

Numa diferenciação bastante clara e didática, Héctor HERNÁNDEZ BASUALTO afirma que existem dois grandes modelos legislativos ideais de responsabilidade penal da pessoa jurídica: o primeiro, de *responsabilidade derivada* (heterorresponsabilidade), pelo qual se faz “recair sobre a pessoa jurídica a responsabilidade de uma pessoa natural em virtude de algum critério de conexão entre uma e outra”, em regra a circunstância de a pessoa natural integrar algum órgão diretivo ou mesmo alguma posição subordinada no ente moral; o segundo, de *responsabilidade autônoma ou originária* (autorresponsabilidade), pelo qual a responsabilidade penal da pessoa jurídica “surge diretamente de uma conexão entre o fato proibido e uma característica da (ou um certo estado de coisas na) entidade, sendo irrelevante a eventual responsabilidade uma pessoa natural”.²⁰⁹

²⁰⁷ NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, pp. 324-325.

²⁰⁸ NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, p. 85.

²⁰⁹ La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas em Chile, pp. 216-217. Tradução livre do autor. De acordo com Bernardo José FEIJOO SÁNCHEZ, trata-se “o defeito de organização como injusto da pessoa jurídica do qual se tem que fazer culpável a própria pessoa jurídica”. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad de las personas jurídicas*, pp. 81-86. Tradução livre do autor.

Sob um outro prisma, leciona Jean Pierre MATUS ACUÑA, a diferença substancial entre o sistema vicarial (heterorresponsabilidade) e o por defeito de organização (autorresponsabilidade) é que, no segundo, a boa organização empresarial (isto é, a adoção e a implementação de modelos de prevenção de delitos de maneira correta e efetiva) atua como requisito de imputação, no “se” da pena; ao passo que, no primeiro, seu papel seria limitado ao “quanto” da pena.²¹⁰

Por fim, os modelos mistos de imputação apresentam elementos e características dos dois sistemas anteriormente estudados (hetero e autorresponsabilidade). Em regra, partem do modelo vicarial, transferindo à empresa a responsabilidade por um fato praticado por um representante seu e em seu benefício, mas têm em conta a culpabilidade corporativa, para aferir se as medidas preventivas adotadas eram as exigíveis para o caso concreto, o que pode conduzir à modulação da pena a ser aplicada ou mesmo à absolvição do ente coletivo. No entanto, admitem, também, a responsabilização da pessoa jurídica quando há a constatação do resultado criminoso (material ou formal), mas não é possível imputá-lo a uma pessoa física determinada. Nessa hipótese, é necessário demonstrar, no caso concreto, o defeito de organização corporativo que levou ao descumprimento das obrigações previstas na norma de dever e que, por sua vez, conduziu ao resultado delituoso.

Nos dizeres de Adán NIETO MARTÍN, com os modelos mistos, almeja-se obter o melhor de cada modelo. De uma perspectiva, a facilidade e a segurança jurídica decorrente do modelo de heterorresponsabilidade, com sua pretensa capacidade de transferir à empresa, por meio da aplicação da sanção pertinente, a totalidade dos custos sociais decorrentes da ação delitativa. De outra, o estímulo às melhorias organizacionais nas empresas, inclusive com mecanismos de incentivo às denúncias e reparações por fatos que já ocorreram ou têm sua ocorrência em curso, na medida em que importam na possibilidade de absolvição ou de mitigação da pena.²¹¹

De acordo com Jean Pierre MATUS ACUÑA, os modelos mistos são os melhores existentes na experiência prática comparada (um dos exemplos é o modelo italiano, abordado no item 4.2 desta tese). Neles, uma pessoa jurídica que efetivamente

²¹⁰ Sobre el valor de las certificaciones de adopción e implementación de modelos de prevención de delitos frente a la responsabilidad de las personas jurídicas, p. 10. Tradução livre do autor.

²¹¹ *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, p. 86.

cumpra suas obrigações na prevenção de delitos não responde por eles, mesmo que seus representantes e/ou administradores tenham-no cometido dolosamente. Em contrapartida, se a empresa não desenvolve a contento suas obrigações de prevenção, pode ser responsabilizada, ainda que não seja possível determinar, no caso concreto, a responsabilidade criminal de uma pessoa determinada. Basta, para tanto, que seja possível fazer a ligação causal entre o resultado criminoso, seus fatos constitutivos e a infração do dever legal de organização e prevenção da pessoa jurídica.²¹²

Não se pode perder de vista que, ainda que a ação da pessoa jurídica pressuponha uma ação humana inicial, fato é que a pessoa jurídica compõe-se de um agregado de ações humanas, cujo montante muitas vezes é diferente de cada uma das ações naturais isoladamente consideradas. Não se trata de mera soma, mas de relação sinérgica de vários comportamentos humanos que redundarão num resultado diferente do que a soma dos resultados individualmente considerados.²¹³

Dá por que os modelos mistos de responsabilidade penal da pessoa jurídica, inclusive com a não exclusão da possibilidade de imputação às pessoas físicas dos fatos individualmente atribuíveis, são os mais eficazes no sentido de exercer o controle social da criminalidade econômica no seio da empresa, pois contemplam todas as opções político-criminais para ação do Estado.

Permite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica por transferência, desde que esteja presente o requisito de culpabilidade consistente no defeito de organização da corporação. Quando não há possibilidade jurídica de imputar-se o fato a uma pessoa natural, ainda assim remanesce a possibilidade de imputá-lo ao ente coletivo, desde que sua organização interna não tenha sido implementada de forma apta e necessária a prevenir eventos delituosos. Tudo isso sem excluir a possibilidade de responsabilização pessoal dos agentes que perpetraram o delito. Busca-se, com isso, dar incentivo real à adoção de medidas internas de controle e prevenção às empresas, criando um ambiente de cooperação pelo bem dos rumos da empresa, na medida em que sua culpabilidade será aferida e considerada em cada caso concreto.

²¹² MATUS ACUÑA, Jean Pierre. Presente y futuro de la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus directivos y empleados, p. 65.

²¹³ Nesse mesmo sentido, verificar: TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado, p. 31, n. 16. MARINUCCI, Giorgio. *La responsabilidad penal de las personas jurídica. Un bosquejo histórico-dogmático*, p. 1197.

4 – MODELOS DE RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Quando se está desenvolvendo estudo que implique a comparação entre o funcionamento de diversos sistemas e modelos jurídicos adotados ao redor do mundo, depara-se, sempre, com questionamentos a respeito da correção e da pertinência das escolhas realizadas. Tais questionamentos são propostos não só de maneira positiva (por que a escolha do modelo deste país em detrimento do modelo daquele outro?), mas também de forma negativa (quais critérios utilizados para deixar de fora este ou aquele modelo?).

Não obstante possam seguir determinados parâmetros ou critérios, escolhas necessariamente implicam uma dose de discricionariedade. Haverá sempre quem questione o acerto e a correção do autor pelas opções que fez, pelos caminhos que enveredou na demonstração de sua tese, principalmente, como já se disse, quando essa trilha passa pelo comparativo entre modelos adotados em países diversos, que têm experiências díspares para tentar dar respostas jurídicas ao mesmo fenômeno social.

Entretanto, considerando que seria impossível estudar, com a profundidade necessária, todos os sistemas e modelos legais dos países que adotam a responsabilidade penal da pessoa jurídica, determinadas escolhas tiveram que ser feitas para o desenvolvimento do presente capítulo.

O principal objetivo que se pretende ver alcançado com a elaboração desta tese – sua contribuição original à ciência jurídica brasileira – é o de, a partir de conhecimentos criminológicos e considerações político-criminais, identificar critérios formadores de um conceito próprio de culpabilidade para os entes coletivos, com vistas a contribuir com o debate em torno da construção de um modelo de aplicação menos deficitária no Brasil, já que, como se verá a seguir, o sistema de responsabilidade penal das pessoas jurídicas estatuído pela Lei nº 9.605/1998, além de ser pouco abrangente e aplicar-se somente aos crimes contra o meio ambiente, também é carecedor de uma estrutura dogmática mínima que lhe permita sua aplicação aos casos concretos.

Primeiro, explica-se por que se optou por excluir deste estudo o sistema estadunidense. Pelas primeiras aproximações feitas, ainda quando se selecionavam quais

seriam os sistemas a serem aprofundados neste trabalho, verificou-se que o modelo norte-americano, consubstanciado no denominado *U.S. Sentencing Guidelines*, trata muito mais dos critérios de aferimento da pena a ser aplicada às pessoas jurídicas, a partir de um conceito de responsabilidade objetiva, do que dos parâmetros mínimos necessários à sua responsabilização. Ademais, como bem adverte Davi de Paiva Costa Tangerino, “o sistema de *Common Law* é bastante diverso da tradição romano-germânica, sendo mesmo difícil encontrar um correspondente à culpabilidade no direito penal estadunidense”.²¹⁴ Por fim, do desenvolvimento dos estudos a respeito dos sistemas escolhidos, verificou-se que o sistema norte-americano foi suficientemente estudado por autores e legisladores, com a finalidade de adaptar seus institutos à tradição do direito da *Civil Law*.

Excluiu-se, também, do interesse de aprofundamento do presente estudo o sistema francês de responsabilidade penal de pessoas jurídicas. Não obstante tenha exercido grande e inegável influência na conformação do sistema brasileiro atual, justamente por sua semelhança dogmática estrutural e também pela coincidência de sua interpretação doutrinária e jurisprudencial, acaba não aportando acréscimos teóricos de relevo à fundamentação de um novo e mais moderno sistema de responsabilização penal dos entes coletivos, baseado na culpabilidade corporativa de fato próprio e não mais e tão somente na responsabilização por ricochete derivada de fato conexo praticado por pessoas naturais.²¹⁵

Embora se utilizem, no desenvolvimento da presente tese, referências às construções teóricas de diversos autores alemães a respeito de diversos dos temas abordados, o fato é que o estudo do vigente modelo alemão de responsabilização de pessoas jurídicas por atos ilícitos não oferece, *de per se*, profícuas contribuições ao desenvolvimento e às conclusões do presente trabalho. Trata-se de sistema inteiramente administrativo, no qual “[a] acusação é exercida pela autoridade administrativa e não pelo Ministério Público. Da decisão da autoridade administrativa cabe recurso para o tribunal administrativo regional”. Ademais, a responsabilização das pessoas jurídicas opera-se por multas sancionadoras, sem caráter penal, na medida em que não se concebe a possibilidade

²¹⁴ Culpabilidade e responsabilidade penal da pessoa jurídica, p. 54.

²¹⁵ Verificar: MARIE, Catherine. La responsabilité pénale des personnes morales, pp. 73-92. PRADEL, Jean. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas no direito francês – Ensaio de resposta a algumas questões chave, 51-63. BENETI, Sidnei A. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: notas diante da primeira condenação na justiça francesa, pp. 471-476.

de reprovação ético-social da coletividade. Não obstante existam grandes debates teóricos a respeito do papel do direito penal na regulação dos riscos próprios da sociedade contemporânea, certo é que, até o momento, não vige, na Alemanha, um sistema de responsabilidade das pessoas jurídicas que possa contribuir com a fixação de perspectivas futuras a respeito desse instituto jurídico.²¹⁶

Já, então, explicando as escolhas realizadas, optou-se por estudar o modelo italiano primeiro pelo impeditivo constitucional explícito que este país tem em relação à responsabilidade penal da pessoa jurídica. A engenhosidade do sistema híbrido de responsabilização adotado na Itália – no qual a responsabilidade é administrativa e a competência para processamento é do juízo penal, com garantias penais às empresas envolvidas – e a criteriosa dogmatização dos requisitos mínimos a serem observados pelos entes coletivos para evitarem sua responsabilização são temas de grande valia para o desenvolvimento deste instituto jurídico em terras brasileiras, ainda mais quando se tem em conta a grande influência histórica que o direito penal italiano exerce sobre o direito penal brasileiro. Por fim, tratando-se de um sistema de responsabilização de pessoas jurídicas que não é puramente penal, mas que se autodenomina administrativo, o aprofundamento de seu estudo excluiria a necessidade de se estudar o sistema alemão, que por ser eminentemente administrativo-sancionador não tem total pertinência com o objeto desenvolvido nesta tese.

O sistema de responsabilidade penal adotado no Chile, como objeto de aprofundamento deste estudo, foi escolhido porque se trata de uma legislação aprovada com bastante celeridade em razão da pressão de tratados e organismos internacionais, principalmente a OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico).²¹⁷ Apesar de ser um modelo eminentemente baseado na responsabilidade por fato conexo de pessoa natural, ainda assim traz prevista uma série de requisitos mínimos a serem observados pelas pessoas jurídicas com a finalidade de se preservarem de eventual responsabilização penal, inclusive com um interessante sistema de certificação prévia da adoção de medidas preventivas de riscos e da ocorrência de delitos. Ademais, trata-se de país latino-americano, cuja história e realidade sociopolítica têm vários pontos congruentes com a do Brasil.

²¹⁶ A respeito: SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, pp. 48-52.

²¹⁷ Vide item 1.3 da presente tese, para maiores esclarecimentos sobre a OCDE, sua composição e atuação.

Por fim, o modelo espanhol, que interessa porque originado também de pressões exercidas por tratados e organismos internacionais e abrange um grande rol de crimes, não obstante deixe propositadamente alguns delitos sensíveis fora da abrangência do instituto. Por ter sido redigida de maneira bastante sucinta, a previsão legal da responsabilidade penal da pessoa jurídica na Espanha apresenta insuplantáveis lacunas, que trazem bastante insegurança às empresas a respeito de que medidas preventivas devem ser tomadas como forma de evitar sua responsabilização. Assim, interessa seu estudo, também, para identificar os problemas advindos de uma regulação deficiente a respeito dos requisitos mínimos indicativos da culpabilidade empresarial.

Feita essa justificativa sobre as escolhas dos modelos de responsabilidade da pessoa jurídica por delitos que terão seus estudos aprofundados na presente tese, passa-se doravante à análise propriamente dita de cada um deles, inclusive o modelo vigente no Brasil, buscando identificar quais de suas características podem ser preservadas, quais devem necessariamente ser alteradas e quais exemplos de bom funcionamento podem ser seguidos pelo legislador, a fim de que possa criar um sistema sem tamanho déficit de aplicação como aquele que temos hoje previsto na Lei nº 9.605/1998, mas que, por outro lado, gere o menor índice de insegurança jurídica possível.

4.1. Modelo brasileiro (artigo 225, § 3º, da Constituição da República e Lei nº 9.605/1998 – Lei de Crimes Ambientais)

Este trabalho está sendo escrito quando já se passaram vinte e cinco e já se encaminham os trinta anos da promulgação da Constituição de 1988. Dada a grande extensão e o detalhamento do texto constitucional, bem como a dinâmica própria das discussões parlamentares e mesmo das deliberações do Supremo Tribunal Federal, corte que tem a missão de exercer o controle constitucional concentrado, muitos temas constitucionalmente previstos ainda não foram regulamentados pelo Poder Legislativo ou não encontraram pacificação na sua interpretação pelo Poder Judiciário.

Não é esse, entretanto, o caso da responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais. Embora permaneça como tema de cada vez mais anacrônicos debates a

respeito de sua harmonização com o sistema constitucional como um todo, o comando constitucional de que fossem responsabilizadas criminalmente as pessoas jurídicas responsáveis pelo cometimento de crimes ambientais teve sua regulamentação legal implementada em 12 de fevereiro de 1998, com a promulgação da Lei Federal nº 9.605, ou seja, quase dez anos depois da promulgação da Constituição da República.

Da mesma forma, nos casos concretos submetidos à apreciação do Poder Judiciário, a discussão sobre a inconstitucionalidade da previsão desse instituto jurídico, lastreada na sua suposta desarmonização com princípios penais emanados do próprio texto constitucional, parece irremediavelmente superada e pacificada, tanto pelo Superior Tribunal de Justiça quanto pelo Supremo Tribunal Federal, não obstante a obstinada resistência de parte da doutrinação.

Em função da péssima qualidade da técnica legislativa empregada na elaboração da Lei n. 9.605/1998, fica evidente, no sistema jurídico nacional, um déficit de sua efetiva aplicação aos casos concretos, por motivos que serão logo a seguir esmiuçados. Essa situação de quase inoperância prática do instituto acaba se agravando porque, mesmo diante das alterações sofridas pela organização política e social do planeta nos últimos trinta anos, ou mesmo diante dos compromissos internacionais dos quais o Brasil tornou-se signatário nesse período, conforme exposto na parte inicial do presente estudo, muito da produção doutrinária nacional permanece focada em tecer argumentos sobre concordar ou não com a responsabilização penal das pessoas jurídicas, sobre ser constitucional ou não responsabilizá-las penalmente, não admitindo que se trata, em verdade, de uma decisão político-criminal dirigente do legislador constituinte.²¹⁸ Assim, pouco se contribui para o desenvolvimento dogmático e a melhoria técnica do instituto em questão, no sentido de aprimorar sua interpretação e diminuir seu déficit de operacionalidade.

Insistir nessa posição renitentemente refratária à própria existência ou constitucionalidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica no sistema jurídico

²¹⁸ Por todos: SALES, Sheila Jorge Selim de. Anotações sobre o princípio *societas delinquere non potest* no direito penal moderno: um retrocesso praticado em nome da política criminal? In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coordenadores). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*, pp. 219-235. Na mesma obra, ainda, pela inconstitucionalidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil, podem ser destacados os artigos escritos por Miguel REALE JUNIOR, pp. 353-355; Juliano BREDA, pp. 293-307; Jair Leonardo LOPES, pp. 357-363. Pela incompatibilidade da responsabilização das pessoas jurídicas com os princípios do Direito Penal: GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. A corrupção e o direito administrativo sancionador, p. 741-752.

brasileiro, nos dizeres de Sérgio Salomão SHECAIRA, significa, em última análise, não reconhecer que seria estranho que nosso legislador tenha ficado isolado de todos os influxos externos, mas que mesmo assim tenha introduzido, em dois locais distintos do texto constitucional de 1988 (173, §5º, e 225, § 3º), artigos com a expressa previsão dessa possibilidade, “absolutamente de acordo com o que a Comunidade Europeia, Estados Unidos, Canadá e inúmeros outros países o fazem!”.²¹⁹

De fato, o artigo 225, § 3º, da Constituição da República estabelece textualmente:²²⁰

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial a sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[...]

§ 3º 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.

Inicialmente, é de se louvar a contemporaneidade do legislador constituinte brasileiro, pois esse dispositivo constitucional, cujo texto foi elaborado na segunda metade da década de 1980, mostrava-se em absoluta consonância com preocupações doutrinárias, então ainda incipientes, que apontavam no sentido da necessidade de redirecionamento do âmbito de ação do direito penal para abranger a tutela dos direitos coletivos e supraindividuais, com a finalidade de tomar parte na garantia das condições de vida e da própria existência das gerações futuras, ameaçadas pelos megarriscos produzidos na sociedade pós-industrial.²²¹

Sérgio Salomão SHECAIRA vê nessa iniciativa do legislador constituinte de 1988 não um movimento isolado, mas sim um movimento interativo com toda nova

²¹⁹ *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, pp. 128-129.

²²⁰ A outra passagem em que o texto constitucional menciona a possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica é no § 5º do artigo 173, quando diz que “a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”. Sua análise e interpretação serão realizadas mais à frente, no presente texto, em item próprio (5.1) que trata da construção de um novo modelo de responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil.

²²¹ A respeito do papel social a ser desenvolvido pelo direito penal na preservação das condições de vida no planeta, verificar: DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na proteção das gerações futuras, pp. 21-34.

realidade social que se fazia presente e vem se desenvolvendo ao seu redor desde então. Na mesma medida em que a realidade social transformou-se, alterou-se, também, a tradição na abordagem de pontos importantes e sensíveis como o econômico e o ecológico.²²²

Davi de Paiva Costa TANGERINO tem posição bastante pragmática sobre o tema, reconhecendo as importantes resistências doutrinárias ainda existentes à aceitação da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil, mas tomando essa possibilidade como uma realidade inconteste do ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que jamais houve qualquer pecha de inconstitucionalidade nas discussões a seu respeito travadas perante o Supremo Tribunal Federal, enquanto o Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, reafirma sua adequação constitucional de maneira reiterada. Afirma, ainda, que já passa da hora de se abandonar esse renhido e pouco profícuo debate sobre a (in)constitucionalidade do instituto, para adensar os estudos doutrinários no sentido de provê-lo de “parâmetros garantistas que tornem seu emprego compatível com os preceitos constitucionais penais, sobretudo quando se tem por horizonte a tendência expansionista do poder punitivo”.²²³

O texto constitucional de 1988 tem caráter dirigente, pois dá ao legislador ordinário um norte político-valorativo, exigindo dele ações práticas no sentido de implementar seu conteúdo à realidade nacional, que pretende ver transformada. Sobre a previsão constitucional da responsabilidade penal da pessoa jurídica, contida no artigo 225, § 3º, da Constituição, parece certo que estender o controle social formal exercido pelo direito penal, incluindo a possibilidade de responsabilizar penalmente a pessoa jurídica, atende às finalidades constitucionais. Esse norte político-criminal, previsto constitucionalmente, visa a promover a tutela de bens jurídicos supraindividuais e sociais, preservando o poder comunicativo do direito penal e integrando o esforço conjunto da política social no sentido de prover os meios necessários à consecução dos objetivos dirigentes estabelecidos na própria Constituição.²²⁴

O legislador ordinário, atendendo ao comando dirigente da Constituição de 1988, promulgou, em 12 de fevereiro de 1998, a Lei Federal nº 9.605, que prevê o seguinte em seu artigo 3º:

²²² *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 129.

²²³ A responsabilidade penal da pessoa jurídica para além da velha questão de sua constitucionalidade, p. 17.

²²⁴ SARCEDO, Leandro. *Política criminal e crimes econômicos – uma crítica constitucional*, p. 212.

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

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato.

No entender de Alamiro Velludo SALVADOR NETTO, a partir da promulgação da Lei Federal nº 9.605/1998 e de seu respectivo artigo 3º, acima transcrito, “a atividade lesiva perpetrada pela empresa em desfavor do meio ambiente deixa a sua antiga posição de **indiferença ao Direito penal**”. Na medida em que essa seara jurídica lança seus “instrumentos de combate” contra tais práticas lesivas ao meio ambiente, há um “**reforço na resposta jurídica**”, antes exercida apenas pelos âmbitos civil e administrativo. Há, também e por consequência, um recrudescimento dos meios repressivos a tais condutas postos à disposição do Estado.²²⁵

Em que pese esse encadeamento lógico entre o comando constitucional dirigente e a resposta do legislador ordinário, ainda que somente dez anos após a promulgação da Constituição Cidadã, as discussões a respeito da possibilidade constitucional da existência da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil e também especificamente sobre a constitucionalidade da sua previsão na Lei Federal nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, somente tiveram o marco de sua pacificação perante o Superior Tribunal de Justiça em fins do ano de 2005,²²⁶ quando foi julgado, pela 5ª Turma, o Recurso Especial nº 610.114/RN, cuja relatoria coube ao Ministro Gilson DIPP. Transcreve-se, a seguir, parte da ementa oficial do referido julgado:

[...] I. A Lei ambiental, regulamentando preceito constitucional, passou a prever, de forma inequívoca, a possibilidade de penalização criminal das pessoas jurídicas por danos ao meio-ambiente.

III. A responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais advém de uma escolha política, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio-ambiente, mas como forma mesmo de prevenção geral e especial.

IV. A imputação penal às pessoas jurídicas encontra barreiras na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades.

²²⁵ *Comentários à Lei de Crimes Ambientais – Lei nº 9.605/1998*, p. 98. Negritos no original.

²²⁶ Mais de sete anos após a promulgação da Lei Federal em questão e quando já se passavam dezessete anos da vigência do texto constitucional.

V. Se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal. [...] ²²⁷

No corpo do julgado em questão, há as seguintes articulações expressas a respeito da normalidade constitucional da opção político-criminal feita pelo legislador ordinário ao promulgar a Lei Federal nº 9.605/1998, prevendo a possibilidade de responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas por crimes ambientais:

A Constituição Federal de 1988, consolidando uma tendência mundial de atribuir maior atenção aos interesses difusos, conferiu especial relevo à questão ambiental, ao elevar o meio-ambiente à categoria de bem jurídico tutelado autonomamente, destinando um capítulo inteiro à sua proteção. [...]

Feita a opção constitucional pela responsabilização da pessoa moral, dez anos após, veio à lume a Lei 9.605/98, regulamentando o disposto no referido § 3º do art. 225 da CF/88 e prevendo, de forma inequívoca, a possibilidade de penalização criminal das pessoas jurídicas por danos ao meio-ambiente. [...]

A referência às pessoas jurídicas, no entanto, não ocorreu de maneira inconseqüente ou impensada, mas como uma escolha política, diante mesmo da pequena eficácia das penalidades de natureza civil e administrativa aplicadas aos entes morais. [...]

Anote-se, inicialmente, que a transcrição de trechos de julgados nesta pesquisa não tem a finalidade de reforçar ou confirmar os argumentos a serem debatidos ou mesmo defendidos ou rechaçados, mas, ao contrário, objetivam tão somente evidenciar, de forma clara e sem paráfrases, de que forma o tema foi tratado pelo Poder Judiciário, demonstrando sua harmonização, ou não, com os contemporâneos ensinamentos doutrinários a seu respeito. Assim não sendo, corre-se o risco de haver a formulação de uma tese meramente acadêmica, sem qualquer ligação com a prática jurídica do País ou – o que é pior – desconectada da realidade jurídico-social com a qual pretende contribuir participativamente.

Feita essa observação, vê-se que a solução dada, pelo Superior Tribunal de Justiça, às questões da possibilidade teórica e também da constitucionalidade do instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica foi eminentemente pragmática, isto é, longe de serem buscados argumentos filosóficos, metafísicos ou de pura dogmática jurídico-penal, escorou-se a fundamentação sobre a existência e a aceitação do instituto na escolha

²²⁷ Pesquisa de jurisprudência realizada no sítio eletrônico <www.stj.jus.br>. Acesso em 02 de julho de 2014. Anote-se que a ementa do julgado não dispõe do item II no original disponibilizado em aludida consulta.

político-criminal feita pelos legisladores constitucional e ordinário no sentido de tratar os entes coletivos como uma realidade inequívoca, que desempenham um papel social e que têm, dentro de suas atividades, potencial criminógeno, em especial contra o meio ambiente.

Contudo, esse mesmo acórdão-paradigma que pacificou, de forma acertada, as discussões acerca da constitucionalidade e do cabimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica dentro da ordem jurídica brasileira, acabou, por sua vez, no que se refere à aferição da culpabilidade empresarial nessa sistemática, cristalizando – erroneamente – que se trata de um modelo de heterorresponsabilidade, no qual os critérios de transferência da responsabilidade penal da pessoa física ao ente coletivo estão pouco e mal legislados.

A consequência dessa interpretação é que transforma, de um lado, a responsabilidade penal da pessoa jurídica prevista na Lei nº 9.605/1998 quase numa espécie de responsabilidade empresarial objetiva; e, de outro, acaba criando um enorme déficit na aplicação prática do instituto, na medida em que – estritamente dependente da responsabilização da pessoa física – acaba enfrentando, na sua aplicação aos casos práticos, todos os empecilhos existentes à identificação e à responsabilização do responsável humano pelo fato no âmbito da empresa.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica, da forma como interpretada nesse mesmo acórdão-paradigma, acaba subordinando-se justamente às dificuldades encontradas pela aplicação do direito penal tradicional à criminalidade supraindividual na sociedade contemporânea e ao deficitário exercício do controle social formal que objetivava superar a partir de sua concepção e vigência.

Buscando dar a exata dimensão à crítica ora desenvolvida, transcrevem-se, a seguir, os argumentos contidos na ementa do acórdão proferido pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 610.114/RN, que acabaram por pautar e pacificar os critérios de aplicação do instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil desde então:

[...] IV. A imputação penal às pessoas jurídicas encontra barreiras na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades.

V. Se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal.

VI. A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito.

VII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral.

VIII. “De qualquer modo, a pessoa jurídica deve ser beneficiária direta ou indiretamente pela conduta praticada por decisão do seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado.” [...]

Para uma rápida demonstração a respeito da influência do julgado acima transcrito na cristalização da jurisprudência sobre o tema perante o Superior Tribunal de Justiça, sodalício que tem a missão constitucional de pacificar a interpretação da legislação federal em todo o território nacional, empreendeu-se pesquisa no sítio eletrônico <www.stj.jus.br> com o verbete “610114”, resultando na identificação de sete outros julgados, além do próprio REsp nº 610.114/RN. São eles: EDcl no REsp 865.864/PR, Ministro Adilson Vieira Macabu, 5ª Turma, j. 20/10/2011, pub. 01/02/2012; REsp 847.476/SP, Ministro Paulo Gallotti, 6ª Turma, j. 08/04/2008, pub. 05/05/2008; HC 93.867/GO, Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, j. 08/04/2008, pub. 12/05/2008; REsp 889.528/SC, Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, j. 17/04/2007, pub. 18/06/2007; RMS 20.601/SP, Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, j. 29/06/2006, pub. 14/08/2006; RHC 19.119/MG, Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, j. 12/06/2006, pub. 04/09/2006; RMS 16.696/PR, Ministro Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, j. 09/02/2006, pub. 13/03/2006.²²⁸

São cabíveis muitas considerações e críticas a respeito da péssima técnica legislativa utilizada na elaboração do texto da Lei nº 9.605/1998, mas, a despeito das dificuldades causadas pelo próprio conteúdo da norma, merece severa objeção a interpretação jurisprudencial pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça, que norteou a (não) aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil durante todo esse tempo.

Isso porque a interpretação ora debatida confundiu o concurso necessário de agentes, de natureza material, com a necessidade, de cunho processual, de vincular agentes físicos à pessoa jurídica na descrição do fato criminoso feito na denúncia. Aceitando-se que todo fato atribuível a uma pessoa jurídica foi, em última análise, praticado por uma ou

²²⁸ Acesso realizado em 03 de julho de 2014.

mais pessoas físicas, tem-se que, do ponto de vista penal, existiria uma espécie de concurso necessário de agentes entre indivíduos e o ente coletivo na prática de determinado delito.

Contudo, isso não significa dizer que se faz necessária a imputação dos fatos a todos os agentes, pessoas físicas e jurídicas, para que uma acusação seja viável. Trata-se de uma redução interpretativa aos termos da lei que a torna inaplicável na prática, gerando enorme déficit de legitimidade ao instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica no País, incapaz que é de gerar efeitos práticos na sociedade e, conseqüentemente, estimular o exercício do controle social formal ou comportamentos afirmativos de cumprimento da norma (ou seu caráter preventivo geral positivo).

Como explica Alamiro Velludo SALVADOR NETTO, mesmo num caso em que haja concurso de pessoas naturais para o cometimento de um delito, nem sempre é possível reunir todas as condições da ação contra um ou vários deles, sem que isso inviabilize a promoção da respectiva ação penal contra o(s) agente(s) identificado(s). Da mesma forma ocorre com os fatos delituosos atribuíveis às pessoas jurídicas: nada deve impedir que a inicial acusatória seja formulada apenas contra esta última. “Não se deve confundir, pois, concurso de pessoas com pluralidade passiva na ação penal, eis que a primeira nem sempre conduz à segunda.”²²⁹

Fato é que, da forma como vem sendo interpretada pacificamente pelo Superior Tribunal de Justiça, a responsabilidade penal da pessoa jurídica, tal como prevista no Brasil, além de importar em grande déficit de aplicação, na medida em que esbarra nas dificuldades inerentes à imputação de complexos fatos da criminalidade econômico-ambiental à pessoa física, acaba criando, por outro lado, “uma responsabilidade quase reflexa para a pessoa jurídica, fruto direto da ação delitiva da pessoa física, sendo, portanto, em essência, responsabilidade objetiva, em tese vedada no ordenamento jurídico brasileiro”.²³⁰

Essa interpretação jurisprudencial, firmada em 2005, permaneceu praticamente pacificada até o ano de 2011, quando, em julgamento de agravo regimental em recurso

²²⁹ *Comentários à Lei de Crimes Ambientais – Lei nº 9.605/1998*, pp.100-101.

²³⁰ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. A responsabilidade penal da pessoa jurídica para além da velha questão de sua constitucionalidade, p. 17.

extraordinário realizado na 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, relatado pelo Ministro Dias TOFFOLI, embora se tenha discorria sobre outros motivos para não dar provimento ao referido recurso, asseverou-se que “a responsabilização da pessoa jurídica independe da responsabilização da pessoa natural”.²³¹

Após esse primeiro lampejo sobre o tema, surgido na 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em 14 de maio de 2013, foi julgado e provido agravo regimental em recurso extraordinário, com relatoria da Ministra Rosa WEBER, no qual foi dado prosseguimento a recurso extraordinário que discutia infração ao § 3º do artigo 225 da Constituição da República pela interpretação dada ao instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica pelo Superior Tribunal de Justiça, lastreada na necessidade de dupla imputação.²³²

Levado a julgamento, pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, o recurso extraordinário correspondente ao agravo regimental acima mencionado, na data de 06 de agosto de 2013, foi-lhe dado provimento, por maioria de três votos favoráveis e dois votos contrários, num julgamento que, de um lado, representa avanço na tratativa do tema pelos tribunais nacionais e, de outro, bem representa a divisão e a resistência ainda existentes nas discussões sobre o tema no Brasil.²³³

Em que pese a considerável divergência de dois dos cinco ministros votantes, o acórdão proferido significa, de fato, um importante giro na aplicação prática da responsabilidade penal da pessoa jurídica por crimes ambientais no Brasil, embora não represente, ainda, uma pacificação do entendimento pelo fim da necessária dupla imputação. Referido aresto foi ementado da seguinte maneira:

²³¹ Agravo regimental em recurso extraordinário n. 628.582/RS, julgado em 06/09/2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

²³² “Da leitura do preceito acima, em cotejo com as razões de decidir que desafiaram o extraordinário, entendo presente questão constitucional maior, qual seja a do condicionamento da responsabilização da pessoa jurídica a uma identificação e manutenção, na relação jurídico-processual, da pessoa física ou natural, exigência que me parece não existir no art. 225, § 3º, da Constituição Federal.

Nesse contexto, julgo merecer provimento o agravo regimental, a fim de assegurar o processamento do recurso extraordinário, viabilizando a esta Suprema Corte melhor exame da questão constitucional debatida. Ante o exposto, voto pelo **provimento** do agravo regimental.” Agravo regimental em recurso extraordinário n. 548.181/PR, julgado em 14/05/2013. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

²³³ Recurso Extraordinário n. 548.181/PR, julgado em 06/08/2013 e publicado em 30/10/2013. Disponível em <www.stf.jus.br>. Votos favoráveis dos Ministros Rosa WEBER, Roberto BARROSO e Dias TOFFOLI. Votos contrários dos Ministros Marco Aurélio MELLO e Luiz FUX.

1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação.

2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta.

3. Condicionar a aplicação do art. 255, § 3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental.

4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação da responsabilidade penal individual. [...]

O voto condutor da Ministra relatora Rosa WEBER tem vinte e seis laudas, nas quais se debatem muitos pontos de interesse doutrinário a respeito da inserção da responsabilidade penal da pessoa jurídica no sistema jurídico brasileiro, tais como:

a) Reconhece que a doutrina nacional ainda é bastante refratária à superação do adágio *societas delinquere non potest*, mas que, a despeito disso, não há reserva de criminalização de condutas nem de autores de fatos delituosos na Constituição, a qual, de qualquer forma, comanda clara hipótese de responsabilização penal dos entes coletivos em seu artigo 225, § 3º, sendo, portanto, indubitavelmente constitucional (pp. 36/37 e 45);

b) Afirma que o sistema de dupla imputação, conforme pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, impacta na eficácia da aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica, cuja concepção motivou-se justamente da percepção da insuficiência e da dificuldade da responsabilização penal individual em prevenir a prática de crimes no seio das corporações, em que há notória dificuldade de apontar, com segurança, os efetivos autores de práticas delituosas (pp. 38/39);

c) Conclui que o sistema de responsabilização penal dos entes coletivos não pode guiar-se por critérios derivados unicamente da correlação com o sistema concebido para apenar pessoas físicas, o que torna “indispensável, portanto, a elaboração de novos –

exclusivos ou conglobantes, conceitos de ação e de culpabilidade válidos para as pessoas jurídicas” (pp. 48/49);

d) Apesar disso, pondera que o sistema de dupla imputação pretende transpor os conceitos da dogmática clássica do direito penal, eminentemente pensado para o indivíduo, para o tema da responsabilidade penal da pessoa jurídica, para o que é claramente incompatível, na medida em que é perceptível “uma relativa insuficiência ou quase inadequação do Direito Penal clássico para lidar com os injustos penais na sociedade moderna” (pp. 49/50);

e) Entende que a adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica tem fundamentação pragmática e não dogmática, pois se assenta “na extrema dificuldade de obtenção da prova da autoria de ilícitos cometidos no ambiente empresarial e de conglomerados associativos, de intensa e intrincada segmentação na tomada de decisões e na condução técnica e de opções da sociedade, muitas vezes desenvolvidas em etapas sucessivas e complementares” (p. 51);

f) Assevera que conhecer a organização e os procedimentos internos da empresa é imprescindível à caracterização da responsabilidade penal da pessoa jurídica, o que não significa condicionar sua apenação à responsabilização das pessoas físicas que a compõem (pp. 53/54).

Dentro dessa ordem de argumentação, o voto condutor da Ministra Rosa WEBER, a partir da página 55, conclui que, embora o legislador ordinário não tenha estabelecido por completo, na Lei nº 9.605/1998, os critérios de imputação penal à pessoa jurídica, não há como pretender simplesmente transpor os parâmetros da imputação penal individual aos entes coletivos. Sugere, como solução do problema, que “doutrina e jurisprudência desenvolvam esses critérios”.

Verifica-se, aqui, o invencível caráter defeituoso do sistema de responsabilização penal da pessoa jurídica trazido pela Lei n. 9.605/1998 e sua péssima técnica legislativa: não há critérios legais de aferimento da culpabilidade corporativa. Embora o encadeamento lógico do voto condutor da Ministra Rosa WEBER coloque em evidência a necessidade de se aproximar do conhecimento da estrutura organizacional e de cumprimento normativo da pessoa jurídica envolvida, como forma de aferir sua responsabilidade, acaba tendo que relegar a missão de criar os parâmetros de análise para a doutrina e para a jurisprudência, o que, sem dúvida, acarreta grande carga de insegurança

jurídica para os envolvidos na persecução penal, o que não é desejável sob nenhum aspecto.

Ainda assim do esforço da análise empreendida sobre a Lei nº 9.605/1998, o voto condutor relatado pela Ministra Rosa WEBER consegue extrair alguns critérios de imputação penal à pessoa jurídica, quais sejam: I) é necessário verificar se o ato apontado com delituoso decorreu do processo normal de deliberação interna da corporação e se as instâncias decisórias internas foram observadas; II) constatar se houve ciência da pessoa jurídica, por meio de seus órgãos internos de deliberação, do fato ilícito que se estava a cometer, diante do qual houve aceitação ou mesmo inércia em não o impedir; III) examinar se a atuação delituosa estava de acordo com os padrões e objetivos da empresa e visava a atingir seus objetivos sociais, tendo sido realizado em seu nome; IV) evidenciar que o fato foi cometido no interesse ou benefício do ente coletivo, possibilitando o afastamento da ilicitude quando foi cometido em benefício exclusivo de terceiro(s) (pp. 55/58).

Como se vê, o voto condutor da Ministra Rosa WEBER aproxima a discussão da ideia de *defeito de organização* empresarial, no entanto sugere apenas critérios de atribuição do resultado ilícito à pessoa jurídica, não se aprofundando – mesmo porque o deficitário conteúdo da Lei n. 9.605/1998 assim não lhe permite – nos parâmetros de aferimento concreto da culpabilidade empresarial, na medida em que não há deveres organizacionais e de cumprimento normativo diretamente decorrentes da lei, de maneira que tal análise deve ficar relegada à construção doutrinária ou jurisprudencial, o que, aliás, foi sugerido no próprio texto da decisão.

Para superar esse ambiente propiciador de verdadeira insegurança jurídica, ainda mais no panorama atual, no qual a tendência apontada pelo Supremo Tribunal Federal é passar a admitir imputações autônomas de delitos às pessoas jurídicas, faz-se necessária a normatização dos deveres organizacionais, de cumprimento normativo e de prevenção de delitos minimamente exigíveis às pessoas jurídicas, o que será objeto de demonstração nos posteriores itens 5.3 e 5.4 desta tese.

Somente dentro de um sistema claro e seguro, com deveres e obrigações conhecidas, é que os custosos programas de *compliance* poderão ganhar toda a importância para a qual foram preconizados, porquanto, à falta de critérios matizadores da

culpabilidade corporativa, acabam igualando-se empresas de fato comprometidas com a prevenção de riscos e empresas que nada investem nesse sentido, ocasionando, sob um outro aspecto, a perda da eficácia pretendida pela ferramenta político-criminal consistente em imputar responsabilidade penal às pessoas jurídicas.

4.1.1. Lei nº 12.529/2011 – Lei de Defesa da Concorrência

Todo o Título VII da Constituição da República, que abrange os artigos 170 a 192, trata da Ordem Econômica e Financeira do País, sendo que seu Capítulo I (artigos 170 a 181) estabelece os princípios gerais da atividade econômica.

Dentro do espírito dirigente que norteia o texto constitucional, os preceitos e programas a respeito da ordem econômica e financeira exigem que o legislador ordinário esteja atento para uma verdadeira simbiose que deve existir entre direito, política e economia, para que possa dar conformação normativa à economia do País, estabelecendo, por consequência, os limites da intervenção estatal nessa seara. Nesse sentido, é possível afirmar que a Constituição de 1988, com seu conteúdo dirigente, preocupa-se em alterar a realidade econômica do País, impondo ao legislador e aos gestores públicos uma pauta de programas e objetivos constitucionais.²³⁴

O artigo 170 da Constituição estabelece que a ordem econômica deva estar fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo como finalidade assegurar a todos existência digna, submetendo-se aos ditames da justiça social.²³⁵ Para tanto, conforme determinam os incisos I a IX desse artigo, essa ação estatal há de observar, como princípios, a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades sociais, a busca do pleno emprego e o incentivo às empresas de pequeno porte.

²³⁴ SARCEDO, Leandro. Política criminal e crimes econômicos – uma crítica constitucional, pp. 67-71.

²³⁵ Sobre a subordinação da política criminal aplicável aos crimes econômicos, enquanto ramo da política social mais ampla, aos ditames da justiça social, atendendo ao escopo constitucional, verificar: SARCEDO, Leandro. Política criminal e crimes econômicos – uma crítica constitucional, pp. 164-170.

Como decorrência desses valores estabelecidos no próprio texto constitucional – principalmente, a livre concorrência e a defesa do consumidor –, cuja concretização deve ser perseguida na atuação dos gestores públicos e legisladores, tem especial importância para o tema ora tratado o comando dirigente inserido no artigo 173, § 4º, que indica que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

O § 5º do mesmo artigo 173 da Constituição vai além e determina que “a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”.

Como se vê, preocupou-se o legislador constitucional com o hígido desenvolvimento da atividade econômica, de forma a propiciar, à sociedade brasileira, a consecução de alguns objetivos dirigentes, inclusive em relação à busca da preservação da livre iniciativa, por meio da defesa da livre concorrência e dos direitos do consumidor.

Já em cumprimento do comando constitucional, foi promulgada, em 27 de dezembro de 1990, a Lei nº 8.137, que, em seu Capítulo II, tipificou crimes contra a ordem econômica e as relações de consumo (artigo 4º a 7º).

Logo em seguida, em 08 de janeiro de 1991, foi promulgada a Lei nº 8.158, que instituiu normas para defesa da concorrência, tendo criado, entre outras providências, a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), que tinha a finalidade de apurar a existência de “anomalias de comportamento” empresariais que pudessem afetar a livre concorrência, os mecanismos de formação de preços, a livre iniciativa, propondo as medidas cabíveis com a finalidade de preservar os princípios constitucionais sobre a ordem econômica, inclusive com a possibilidade de responsabilizar administrativamente os autores da conduta. Esse diploma legal deu nova vida jurídica e institucional ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que havia sido criado pela Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, dando-lhe possibilidade estrutural de efetivamente atuar, junto da SNDE, na regulação dos mercados.²³⁶

²³⁶ CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. *Nova lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*, p. 19.

Em 11 de junho de 1994, sobreveio a Lei nº 8.884, que transformou o CADE em autarquia federal dotada de orçamento próprio e implementou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), composto pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF) e da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ), além do próprio CADE, que deveriam atuar coordenadamente na prevenção, identificação e na repressão aos atos de concentração e às infrações contra a ordem econômica.²³⁷

Vê-se, da breve relação acima, que, o período da história brasileira marcado pela diminuição da participação do Estado no efetivo exercício da atividade econômica, a partir das reformas liberalizantes iniciadas nos anos 1990 no governo de Fernando Collor de Mello, foi marcado pela imposição de uma lógica concorrencial a muitos setores econômicos outrora protegidos numa postura interventiva estatal na economia, visando a corrigir as imperfeições e as falhas naturais dos mercados.²³⁸ Daí por que se explica tenham surgido, no período referido, diversas leis penais e não penais que tratavam desse estratégico assunto.²³⁹

Representando o resultado de um longo debate legislativo, que perdurou por oito anos, em 30 de novembro de 2011, foi promulgada a Lei nº 12.529, a qual, mais consentânea com o momento socioeconômico vivenciado pelo País – milhões de pessoas adquiriram potencial de consumo, criando ou fortalecendo diversos segmentos de mercado –, revogou a Lei nº 8.884/1994 e introduziu profundas alterações no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), implementando uma nova fase na política brasileira de defesa da concorrência, por meio tanto da consolidação de avanços institucionais quanto de regulações realizadas por meio do direito material.

²³⁷ CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. *Nova lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*, p. 19.

²³⁸ Ver a respeito: CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. *Nova lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*, pp. 23 e segs.

²³⁹ Sobre o “novo ambiente político e econômico do Brasil, em um forte movimento de liberalização e abertura da economia, com privatização e controle da inflação”, que influenciou a legislação antitruste a partir dos anos 1990, verificar: MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal*, pp. 121 e segs.

É evidente que, imerso o País na realidade globalizada da economia mundial em fins do século XX e início do século XXI, as mudanças no cenário econômico e, conseqüentemente, na legislação brasileira de defesa da concorrência acompanharam o panorama e as tendências internacionais sobre a matéria, referenciadas não somente numa estratégia internacional da atuação das empresas em relação às diversas legislações antitruste ao redor do planeta e das autoridades públicas na busca incessante de harmonização desses diversos sistemas legislativos, mas também por influência e pressão de organismos internacionais de regulação da atividade comercial, tais como: OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), ICN (*International Competition Network*) e UNCTAD (*United Nations Conference on Trade and Development*).²⁴⁰

De fato, o Brasil veio aumentando sua participação nas plataformas internacionais de interação para desenvolvimento das relações comerciais, o que tem reflexo direto no desenvolvimento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Essa interatividade no panorama internacional de defesa da concorrência permite melhorar – harmonizar – a ação das autoridades dos diversos países nas investigações de práticas ilegais.²⁴¹

A OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) talvez seja o ente que exerça o papel mais atuante entre todos os organismos internacionais que interagem no sentido de harmonizar as práticas comerciais mundiais, para permitir que um país torne-se seu membro efetivo, pois tem diversas recomendações aprovadas por seu Conselho-Geral, em matéria de defesa da concorrência, as quais devem ser cumpridas pelos postulantes a essa posição.²⁴² No âmbito dessas recomendações, as “[t]écnicas de investigação e instrução dos processos, padrão de provas e, finalmente, a criminalização

²⁴⁰ FARINA, Elizabeth M. M. Q.; ARAUJO, Patricia Agra. Experiência internacional da disciplina da concorrência, pp. 363-366.

²⁴¹ FARINA, Elizabeth M. M. Q.; ARAUJO, Patricia Agra. Experiência internacional da disciplina da concorrência, pp. 374-375.

²⁴² São elas: 1) Recomendação sobre combate a cartéis, de 1998 (em relação à qual houve adesão do Brasil); 2) Recomendação sobre cooperação na área de práticas anticompetitivas com impacto sobre o comércio, de 1995; 3) Recomendação concernente à separação estrutural de indústrias regulamentadas, de 2001; 4) Recomendação sobre fusões, de 2005; 5) Melhores práticas para o intercâmbio formal de informações entre as autoridades de concorrência em investigações sobre cartéis “clássicos”, de 2005; 6) Princípios orientadores para a performance e a qualidade regulatórias, de 2005. Cfe.: FARINA, Elizabeth M. M. Q.; ARAUJO, Patricia Agra. Experiência internacional da disciplina da concorrência, pp. 381-382.

dos cartéis foram temas que geraram documentos que consolidam os resultados da prática de diversos países e os resultados dos debates sobre procedimento mas adequados.”²⁴³

Inserido nesse contexto internacional, no que diz respeito ao ideário político-criminal que norteia a Lei nº 12.529/2011, afirma Vinícius Marques de CARVALHO que aludido diploma legal “abre novos caminhos para que a política brasileira de defesa da concorrência seja cada vez mais pensada para além da esfera exclusivamente administrativa, com uma maior coordenação entre a repressão às infrações contra a ordem econômica na esfera penal e, o que ainda é mais incipiente no Brasil, também na esfera civil”.²⁴⁴

De fato, referido autor, que também exerce os cargos de conselheiro e presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), defende que a política pública de combate a cartéis somente pode obter resultados positivos a partir da coordenação de três eixos de atuação: administrativo, criminal e civil. No eixo administrativo, propõe a intensificação das investigações, a melhoria da gestão dos processos e maior eficácia na detecção das áreas mais propícias à colusão. No eixo criminal, pontua que a Lei nº 12.529/2011 alterou a tipificação dos crimes contra a ordem econômica previstos na Lei nº 8.137/1990, ressaltando os resultados até agora obtidos pela atuação da esfera penal no combate a cartéis, entendida como imprescindível. Por fim, no terceiro eixo, a atuação na esfera civil, enaltece o estímulo que pode advir da implementação de uma cultura de reparação dos danos causados pela atuação dos cartéis, numa perspectiva de tornar desfavoráveis os cálculos de custos e benefícios decorrentes da prática ilícita.²⁴⁵

²⁴³ FARINA, Elizabeth M. M. Q.; ARAUJO, Patricia Agra. Experiência internacional da disciplina da concorrência, pp. 396. Renato de Mello Jorge SILVEIRA afirma que “na realidade internacional, desde 1994, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE –, através de seu Comitê de Concorrência, expressa que cartéis podem equivaler à fraude criminal”. In: PASCHOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior*, p. 567. Especificamente sobre “a influência da OCDE na diagramação do direito antitruste e o paradigma penal”, pp. 568-574.

²⁴⁴ CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. *Nova lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*, p. 31.

²⁴⁵ Não deixa, entretanto, de enfatizar os riscos envolvidos na atuação, ainda que coordenada, dessas três áreas na repressão a cartéis: “as ações de reparação envolvem um aumento dos custos envolvidos nos processos (cálculo de danos) e de alguns riscos, como o de conflitos entre decisões administrativa e judiciais, de impactos negativos no programa de leniência, de impactos negativos na concorrência causados por decisões erradas, de maior número de casos de *sham litigation* e, por fim, de maior judicialização das discussões antitruste”. In: CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. *Nova lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*, pp. 42 e segs.

Em texto publicado na grande imprensa, o Ministro da Justiça do Brasil, José Eduardo CARDOZO, e o Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Vinícius Marques de CARVALHO, afirmam que, apesar de todos os esforços conjuntos que várias nações vêm fazendo, dados da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) indicam que “o número de cartéis detectados e de empresas reincidentes em práticas anticompetitivas não cedeu”, não obstante tenha se multiplicado o número de acordos de leniência ou de acordos de cessação de condutas que vêm sendo submetidos à apreciação da autoridade antitruste. Acrescentam, ainda, que a Lei nº 12.529/2011 fornece possibilidades não só de ação repressiva pelo CADE, mas também de fomentação de práticas educativas e preventiva, motivo pelo qual incentivam a adoção de políticas de *compliance* pelas empresas, já que – dizem – o cenário almejado não é aquele em que grassam punições, mas sim aquele em que diminua o número de práticas anticoncorrenciais.²⁴⁶

Não obstante o discurso de pretensa coordenação das esferas que integram o *ius puniendi* estatal, o certo é que a Lei nº 12.529/2011, embora tenha diminuído o âmbito de incriminação da prática de cartel, pois suprimiu condutas típicas imputáveis a pessoas físicas anteriormente previstas na Lei nº 8.137/1990,²⁴⁷ introduziu, por outro lado, verdadeiro sistema penal de responsabilização das pessoas jurídicas, travestido como se fosse um sistema administrativo de punição, o que permite a imposição de sanções gravosas aos entes coletivos sem que seja observada qualquer das garantias próprias e inerentes ao direito penal, ainda que aplicável a pessoas jurídicas.

A demonstração do gravoso caráter punitivo verificável nessa lei pode ser iniciada pelo teor de seu artigo 36, segundo o qual as infrações contra a ordem econômica constituem-se “independentemente de culpa”, elencando, a seguir, um extenso rol de condutas puníveis. Trata-se de previsão de autêntica responsabilidade objetiva, para a qual é indiferente a constatação de culpa ou dolo na conduta apurada.

²⁴⁶ CARDOZO, José Eduardo; CARVALHO, Vinícius Marques de. “Compliance” e defesa da concorrência. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2014/08/1501438-jose-e-cardozo-e-vinicius-de-carvalho-compliance-e-defesa-da-concorrencia.shtml>>.

²⁴⁷ A respeito, verificar comentários de Helena Regina Lobo da COSTA e de Marina Pinhão Coelho de ARAÚJO ao artigo 116 da Lei nº 12.529/2011 em: ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente (coordenadores). *Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*, pp. 332-344.

Leonor CORDOVIL opõe dúvidas a respeito da constitucionalidade desse artigo, na medida em que o próprio § 4º do artigo 173 da Constituição da República estabelece que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”, ou seja, o próprio texto constitucional impõe uma espécie de finalidade específica ao qual deve estar submetida a conduta contra a ordem econômica, a fim de que possa ser reprimida pela lei. Embora seja consenso que não haja palavras inúteis nos textos legais, o fato é que o CADE acabou pacificando o entendimento pela aplicação da responsabilidade objetiva nas infrações das pessoas jurídicas.²⁴⁸

Outro aspecto da Lei nº 12.529/2011 que suscita sérios questionamentos sobre a legitimidade e a funcionalidade da ação coordenada das esferas administrativa sancionadora e penal constitui-se num dos principais instrumentos de investigação de práticas anticoncorrência colocados à disposição do CADE, qual seja, o acordo de leniência previsto no artigo 86 da aludida norma.

No plano administrativo sancionador, o benefício oferecido pela colaboração da empresa à investigação antitruste pode partir da redução de um a dois terços da penalidade aplicável, chegando até a extinção da ação punitiva da administração pública, desde que, dessa cooperação com as apurações, resultem (I) “a identificação dos demais envolvidos na infração” e (II) “a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação”.

Ademais, como requisitos cumulativos à concessão do benefício administrativo, o § 1º do artigo 86 da Lei nº 12.529 exige ainda que (I) “a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação”; (II) “a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data da propositura do acordo”; (III) “a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da

²⁴⁸ CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. *Nova lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*, pp. 101-103. Pela responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, mas excetuando as pessoas físicas, para as quais se exigiria a comprovação de dolo ou culpa para serem responsabilizadas: MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal*, pp. 144-149.

propositura do acordo; e (IV) “a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento”.

Já numa primeira análise, ainda no plano administrativo, é notória a falta de segurança jurídica da empresa que opte por formalizar o acordo de leniência, ante sua extensa cumulatividade de exigências, cuja avaliação sobre o efetivo cumprimento fica delegada à autoridade administrativa numa análise *a posteriori*, quando provas e depoimentos comprometedores já tiverem sido produzidos, bem como em razão da incerteza de que a empresa é, de fato, a primeira a “tocar o sino” do CADE.²⁴⁹ Mesmo que o §§ 9º e 10 do artigo 86 digam que a proposta de acordo de leniência, ainda que rejeitada, é sigilosa e “não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada”, é improvável que o CADE possa resistir ao poder requisitório de informações do Ministério Público e, ainda mais, do Poder Judiciário.²⁵⁰

Como se vê, o denominado programa de leniência previsto na Lei nº 12.529/2011 passa necessariamente pela confissão e pela comprovação da conduta anticoncorrencial por parte da empresa interessada, mas, numa evidente contradição ao espírito de ação coordenada entre as esferas administrativa, criminal e civil do qual é imbuída referida norma legal, não confere à empresa colaboradora as garantias necessárias de livrar-se da imputação no âmbito penal. A respeito, verifique-se a transcrição do artigo 87 da Lei nº 12.529/2011:

Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o *caput* deste artigo.

²⁴⁹ Expressão encontrada em: MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal*, pp. 263 e segs.

²⁵⁰ Cfe.: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Considerações penais sobre o acordo de leniência na realidade antitruste, pp. 577-581.

Sem adentrar na seara dos questionamentos morais a respeito da possibilidade de o Estado oferecer premiação à conduta daquele que delata, o que, numa perspectiva unicamente político-criminal, deve ser encarado sob o ponto de vista de custo *versus* benefício calculado em relação ao resultado das investigações, existem sérias dúvidas a respeito da legitimidade penal do acordo de leniência tal como previsto na Lei nº 12.529/2011, na medida em que celebrado no âmbito administrativo concernente à atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), sem que haja previsão legal de participação de representantes do Ministério Público ou mesmo intervenção do Poder Judiciário em sua celebração.

De acordo com o artigo 129, inciso I, da Constituição da República, é função institucional do Ministério Público “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”. Em vista dessa atribuição funcional exclusiva, impera, como regra da legitimidade ministerial para exercer a ação penal, o conceito de independência entre as instâncias penal e administrativa, ou seja, que a ação do Ministério Público não fica subordinada às conclusões de outros órgãos da administração a respeito do mesmo fato.²⁵¹

Como bem salienta Renato de Mello Jorge SILVEIRA, a Lei de Defesa da Concorrência não prevê a necessidade de que o Ministério Público firme o acordo de leniência em conjunto com o representante do CADE e da empresa interessada. É certo que membros do Ministério Público podem ser “convidados” a tomar parte no acordo, no entanto, nada obsta que o representante de outro segmento da instituição, em que pese sua unicidade teórica, venha a oferecer denúncia sobre o cartel objeto no acordo de leniência.²⁵² Isso tudo sem levar em consideração que usualmente a propositura da ação penal incondicionada é usualmente encarada como poder-dever do Órgão Ministerial, de modo que o membro que deixe de exercer sua obrigação pode se ver às voltas com o crime de prevaricação (artigo 319 do Código Penal).

²⁵¹ Em matéria tributária, por exemplo, a solução encontrada pelo Supremo Tribunal Federal para pôr fim às incontáveis decisões conflitantes entre as esferas penal e administrativa foi editar a Súmula Vinculante nº 24, que define o crime contra a ordem tributária como sendo material e subordina sua tipificação ao término das discussões administrativas e respectivo lançamento do tributo, mas não toca diretamente na legitimidade do Ministério Público de propor a ação penal a qualquer momento.

²⁵² Por exemplo, quando há concorrência de atribuições entre o Ministério Público Estadual e Federal, ou mesmo dentro desses segmentos, quando há atribuições funcionais diferenciadas em razão da abrangência territorial do delito, que indica a existência de diversos promotores ou procuradores naturais para cada jurisdição.

Por fim, é de se considerar que os efeitos do acordo de leniência, nos termos do artigo 87 da Lei nº 12.529/2011, limitam-se aos crimes contra a ordem econômica tipificados na Lei nº 8.137/ 1990, aos crimes diretamente relacionados à prática de cartel tipificados na Lei nº 8.666/1993 e ao crime de associação criminosa previsto no artigo 288 do Código Penal, nada impedindo o oferecimento de denúncia pelos crimes de falsidade ideológica, uso de documento falso, constrangimento ilegal, ameaça, ou outros crimes usualmente presentes nas condutas atentatórias à concorrência.

Além disso, a extinção da punibilidade decretada por ente administrativo – no caso, o CADE – gera enorme possibilidade de reclamos judiciais em relação ao flagrante desrespeito ao artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. “Havendo arguição, é bastante razoável que se diga pela inconstitucionalidade do mesmo, gerando-se, uma vez mais, total insegurança ao leniente.”²⁵³

As contradições e dificuldades apontadas ganham especial relevo quando se tem em vista a gravidade das sanções administrativas cominadas às infrações contra a ordem econômica previstas na Lei nº 12.529/2011. De acordo com o inciso II do artigo 37 do referido diploma legal, a multa aplicável pode chegar à incrível cifra de dois bilhões de reais (R\$ 2.000.000.000,00), ou seja, demonstra-se um caráter punitivo muito mais acentuado do que as penas previstas na Lei nº 9.605/1998, que trata da responsabilidade penal das pessoas jurídicas por crimes ambientais.

Com essas explicações a respeito dos problemas na compatibilização entre as esferas administrativa sancionadora e penal no que se refere ao tratamento dos ilícitos contra a ordem econômica, busca-se colocar em evidência as contradições a que o legislador impõe à sistematização do *ius puniendi* estatal ao tentar contornar discussões a respeito da legitimidade e da constitucionalidade da responsabilidade penal da pessoa

²⁵³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Considerações penais sobre o acordo de leniência na realidade antitruste, pp. 577-581. Helena Regina Lobo da COSTA e Marina Pinhão Coelho de ARAÚJO afirmam que “o acordo de leniência retiraria dos órgãos do sistema penal, especialmente do Poder Judiciário, a análise acerca da configuração penal de dada conduta, deixando a cargo de órgãos administrativos a decisão sobre a tipificação da conduta e sua autoria”. In: ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente (coordenadores). *Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*, p. 264. Em sentido oposto, verificar: MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal*, pp. 269-273.

jurídica, ainda que, em relação aos atos praticados contra a ordem econômica, haja clara previsão no artigo 173, § 5º, da Constituição.

A opção pelo direito administrativo sancionador, embora possa parecer mais cômoda numa primeira mirada, acarreta um sem-número de contradições sistêmicas, as quais são causadoras de grande insegurança jurídica aos envolvidos, pessoas jurídicas e físicas, na medida em que sua operação dá-se por meio da responsabilidade objetiva, não havendo, num primeiro momento, controle jurisdicional dos atos de fundo persecutório praticados pelo Estado-Administração.

Essa tendência de abusos e contradições sistêmicas é ainda mais potencializada na chamada Lei Anticorrupção, que será analisada a seguir.

4.1.2. Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção

A Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, é outro grande exemplo da interativa pressão internacional, exercida por meio dos organismos internacionais, pela adoção de legislação de combater à corrupção: a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE; a Convenção Interamericana contra a Corrupção, da Organização dos Estados Americanos – OEA; e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, complementar à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (conhecida como Convenção de Palermo).²⁵⁴

Vicente GRECO FILHO e João Daniel RASSI dão ao termo *corrupção* um sentido bastante amplo, definindo-o como “qualquer locupletamento indevido decorrente da prática de ato ilegal ou mesmo antiético para beneficiar alguém ou facilitar alguma atividade, ainda que legítima de outrem, ou, ainda comportar-se de maneira indevida para obter algum benefício para si ou para outrem, ainda que sem conteúdo econômico”.²⁵⁵

²⁵⁴ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. A corrupção e o direito administrativo sancionador, p. 742.

²⁵⁵ A corrupção e o direito administrativo sancionador, p. 741.

Parece ser esse o espírito que a lei pretende conferir ao termo, ou seja, o mais amplo possível.

A partir da natureza da responsabilidade da pessoa jurídica escolhida pela Lei nº 12.846/2013, é possível observar que buscou o legislador contornar as dificuldades judiciais que enfrentaria o diploma legal caso fosse adotada responsabilidade de natureza penal. Isso porque os permissivos previstos nos artigos 173, § 5º, e 225, § 3º, da Constituição da República fazem referência à possibilidade da responsabilização penal das pessoas jurídicas nos crimes contra a ordem econômica e financeira, contra a economia popular e contra o meio ambiente, mas não mencionam os crimes contra a administração pública.²⁵⁶

Além disso, tendo em vista que o ambiente doutrinário jurídico-penal brasileiro é ainda consideravelmente refratário à adoção desse tipo de responsabilidade,²⁵⁷ acabou o legislador escorando-se num modelo de direito administrativo sancionador, no qual se cominam sanções civis e administrativas às pessoas jurídicas, para evitar discussões judiciais a respeito da constitucionalidade da norma ou mesmo da incompatibilidade do instituto da responsabilidade penal com a natureza jurídica dos entes coletivos.²⁵⁸

As infrações administrativas encontram-se no extenso rol listado no artigo 5º da Lei nº 12.846/2013, que toma emprestado as descrições de diversas figuras típicas dos crimes contra a administração pública nacional e estrangeira e também da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993), criando, assim, diversas possibilidades de responsabilização administrativa em paralelo à responsabilidade criminal, pela prática da mesma conduta.

Entre as infrações elencadas no artigo 5º da Lei 12.846/2013, chama especial atenção aquela insculpida no inciso V, cuja primeira parte consiste em “dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em

²⁵⁶ Quando da promulgação do Decreto-Legislativo n. 231/2001, o legislador italiano também se utilizou desse mesmo estratagema para contornar a expressa vedação constitucional de cominar responsabilidade penal às pessoas jurídica. Denominou-a de responsabilidade administrativa e atribuiu ao Poder Judiciário a competência para processar e julgar fatos nele previstos. Vide item 4.2, a seguir.

²⁵⁷ A respeito, vide item 4.1 supra.

²⁵⁸ Manifestaram-se dessa forma: GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. A corrupção e o direito administrativo sancionador, pp. 742-743. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A Lei Anticorrupção como lei penal encoberta. BARBOSA, Julianna Nunes Targino. Programas de *compliance* na lei 12.846/2013, p. 9.

sua atuação”. Ora, caso se compreenda que a expressão “dificultar atividade de investigação” pode ser confundida com o ato da empresa de não cooperar ou de não colaborar com uma investigação encetada contra si própria, estar-se-á diante de uma interpretação claramente inconstitucional, infratora do princípio do *nemo tenetur se detegere* (artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição da República).²⁵⁹

Logo em seus artigos 1º e 2º, a Lei em comento afirma que será objetiva a responsabilidade administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, por atos praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não. Continua, em seu artigo 3º, *caput* e § 1º, estabelecendo que a responsabilidade da pessoa jurídica não excluirá nem será dependente da responsabilização individual de seus dirigentes e gestores.

Aqui, uma primeira e grave preocupação com a opção do legislador, que, embora tenha estabelecido um sistema misto de responsabilidade dos entes coletivos, no qual a pessoa jurídica poderá ser responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais (artigo 3º, § 1º), acabou também estabelecendo que tal responsabilidade é de caráter objetivo, ou seja, independe da aferição da culpa organizacional da empresa.

O desajuste da opção legislativa fica claro quando se analisa o sistema de aplicação das sanções, previsto nos artigos 6º e 7º da Lei. Diz o inciso VIII do artigo 7º que “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidade e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica” apenas deverá ser levado em consideração na aplicação da sanção, sem possibilidade de excluir a pessoa jurídica da imputação, dada a natureza objetiva da responsabilidade administrativa adotada.

Em outras palavras, a Lei nº 12.846/2013 relega quase à irrelevância jurídica todos os esforços empreendidos pelas empresas no sentido de estruturar e implementar de fato boas práticas de governança corporativa e programas de *compliance*, na medida em

²⁵⁹ Vide explicações mais aprofundadas sobre esse princípio no item 2.3 supra. Nesse sentido, também: SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Lei Anticorrupção é substancialmente de caráter penal, pp. 2-3. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A Lei Anticorrupção como lei penal encoberta.

que iguala na mesma vala comum da responsabilidade objetiva empresas efetivamente comprometidas com políticas de prevenção de riscos e delitos a empresas descomprometidas em relação a esses objetivos. Constatada a existência de um fato ilícito nela previsto, ambas serão responsabilizadas, restando, como recompensa para a empresa que se esforçou realmente no sentido de evitá-lo, apenas a graduação da sanção.

Nesse sentido, parece não assistir razão quando se argumenta que o inciso VIII do artigo 7º da Lei nº 12.846/2013 constitui-se numa “estrutura de estímulo” para a implementação de *compliance programmes* pelas empresas.²⁶⁰ Ao contrário, a empresa que diligentemente arcou com os altos custos da estruturação de programas de cumprimento normativo, ao fim e ao cabo, será tão responsável quanto aquela que nada investiu para evitar resultados danosos. Parece, isto sim, um desestímulo para que os programas de *compliance* e os altos investimentos neles envolvidos sejam levados a sério pelas corporações. Trata-se de verdadeiro contrassenso entre aquilo que se imagina quisesse o legislador alcançar e os efeitos que de fato podem decorrer da aplicação do texto legal aprovado.

Não obstante a subestimação, no texto legal, da importância da adoção efetiva dos programas de *compliance* pelas empresas, parece ter o legislador acertado quando, no parágrafo único do artigo 7º da Lei Anticorrupção, determinou que “os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do *caput* serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal”. Primeiro, porque cria a ideia de que as obrigações de *compliance* tem um padrão mínimo exigível por instrumento normativo, sem o qual não é possível ao cidadão orientar-se no cumprimento do que determina a lei federal. Segundo, porque a regulamentação por meio de decreto torna mais ágil a possibilidade de alteração do conteúdo exigível para os programas de *compliance*, não engessando esses requisitos frente às constantes transformações da sociedade contemporânea. Terceiro, porque é a própria lei federal que estabelece que seu conteúdo será integrado por “regulamento do Poder Executivo federal”, evitando, dessa forma, que diversos órgãos estatais criem seus próprios regulamentos e transformem as obrigações de cumprimento normativo num emaranhado indecifrável para as empresas.²⁶¹ Contudo,

²⁶⁰ Cfe.: BARBOSA, Julianna Nunes Targino. Programas de *compliance* na lei 12.846/2013, pp. 9-10.

²⁶¹ Infelizmente, até o momento em que estava sendo escrito este capítulo (agosto de 2014), o regulamento do Poder Executivo federal previsto no parágrafo único do artigo 7º ainda não havia sido sancionado. Para suprir

apesar desses acertos, poderia o legislador ter sido mais específico em relação ao conteúdo mínimo do regulamento a ser editado pelo Poder Executivo federal, evitando dar tanta margem à insegurança jurídica.²⁶²

Ademais, há de se ressaltar como ponto altamente negativo da lei o seu evidente caráter de dupla (para não dizer múltipla) punição, numa afronta ao princípio do *ne bis in idem*. Não só porque o rol de infrações administrativas constantes do artigo 5º da Lei Anticorrupção é uma espécie de dublê dos crimes contra a administração pública nacional e estrangeira e dos crimes contra a lei de licitações, mas principalmente porque, além do processo administrativo de responsabilização e da sanção administrativa propriamente dita, a empresa implicada fica também sujeita à responsabilização judicial, de caráter civil, pelo mesmo fato.

Nesse sentido, dispõe literalmente o artigo 18 da Lei 12.846/2013 que, “na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial”. De acordo com o artigo 19, União, Estados, Distrito Federal, Municípios e Ministério Público são legitimados para ajuizar ação com pedidos de perdimentos de bens, direitos e valores; suspensão ou interdição parcial de atividades; dissolução compulsória da pessoa jurídica; proibição de receber incentivos, subsídios subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas (incisos I a IV).

Em resumo, nos termos do que determina a Lei Anticorrupção, poderá haver a aplicação das mesmas sanções, pelo mesmo fato, com fundamento nos mesmos artigos da mesma lei, em duas esferas diferentes do *ius puniendi* estatal, a administrativa e a judicial. Trata-se, inegavelmente, de odiosa e antijurídica duplicidade de apenamento em decorrência de uma única conduta, configuradora de *bis in idem* e de infringência ao princípio constitucional da proporcionalidade.²⁶³

essa lacuna, alguns Estados e Municípios editaram os seus próprios regulamentos, com resultados normativos pífios, além de inconstitucionalidades diversas. Verificar a respeito: GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. A corrupção e o direito administrativo sancionador, pp. 743-744. SOUZA, Luciano Anderson de. Lei Anticorrupção: balanço de um semestre de muitos desacertos, pp. 11-12.

²⁶² Cfe.: BARBOSA, Julianna Nunes Targino. Programas de *compliance* na lei 12.846/2013, pp. 9-10.

²⁶³ Sobre o tema: PASCHOAL, Janaina Conceição. A lei que pode aumentar a corrupção. SOUZA, Luciano Anderson de. Lei Anticorrupção: avanços e desafios, p. 4.

Ainda dentro desse contexto de dupla (múltipla) punição, há de ser analisada a fragilidade do acordo de leniência previsto nos artigos 16 e 17 da Lei Anticorrupção no que se refere às garantias jurídicas da empresa que optar por esse caminho. Suas consequências em relação às sanções administrativas, de acordo com os §§ 2º e 3º da Lei nº 12.846/2013, resumem-se à isenção das sanções previstas no inciso II do artigo 6º (publicação extraordinária da decisão condenatória) e no inciso IV do artigo 19 (proibição de recebimento de verbas públicas) e à redução de até 2/3 da multa aplicável, não eximindo a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

Trata-se de “verdadeira armadilha para a pessoa jurídica”, conforme afirma Luciano Anderson de SOUZA,²⁶⁴ pois não são estipulados, na lei, quais são os efeitos do acordo de leniência em relação às esferas criminal e civil, de modo que a empresa e seus representantes, apenas em troca de uma atenuação das penalidades administrativas, restarão indefesos nas instâncias judiciais ao celebrar o acordo, o qual pressupõe a confissão do fato. Os efeitos jurídicos previstos na Lei Anticorrupção para o acordo de leniência parecem ainda menos extensos e mais inseguros que aquele previsto na Lei nº 12.529/2011, já tratados no item 4.1.1 supra. Nem sequer há a previsão de extinção da punibilidade do fato delituoso.²⁶⁵

Por fim, é de se destacar a previsão contida no artigo 22 e §§ da Lei Anticorrupção, no sentido de que seja criado, no âmbito do Poder Executivo nacional, o Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP, “que reunirá e dará publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo com base nesta Lei”. Referido cadastro deverá conter os dados das pessoas jurídicas responsabilizadas, o tipo de sanção, a data de aplicação e data final da vigência do efeito limitador ou impeditivo da sanção que lhe foi aplicada (artigo 22, § 2º, incisos I a III). São passíveis de inclusão no referido Cadastro, também, as pessoas jurídicas que celebraram acordos de leniência com a Administração, bem como aquelas que os descumpriram (§§ 3º e 4º).

²⁶⁴ Lei Anticorrupção: avanços e desafios, p. 4.

²⁶⁵ Ver também: SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Lei Anticorrupção é substancialmente de caráter penal, p. 2. PASCHOAL, Janaina Conceição. A lei que pode aumentar a corrupção.

Trata-se – nada mais, nada menos – de uma espécie de “folha de antecedentes” apta a receber registros da aplicação de sanções administrativas previstas na Lei nº 12.846/2013. Em outras palavras, a estigmatização própria do direito penal e de sua interação reiterada na vida dos implicados transfere-se para a órbita do direito administrativo sancionador, não servindo mais sequer de critério teórico de diferenciação entre esses dois ramos do *ius puniendi* estatal. Falece, com isso, um dos argumentos daqueles que defendem a responsabilização por via administrativa sancionatória em lugar da via penal.²⁶⁶

Todas essas características contidas nas entrelinhas da Lei nº 12.846/2013 fazem com que, apesar do seu autodeclarado caráter administrativo, seja nela perceptível nítido caráter penal. Afinal, trata ela de condutas tipificadas como crimes pela legislação penal; adota responsabilidade objetiva, o que pressupõe evidente cerceamento de defesa; comina sanções administrativas mais graves do que as penas criminais aplicáveis às pessoas jurídicas de acordo com a Lei nº 9.605/1998 (Crimes Ambientais), com multas de até sessenta milhões de reais (artigo 6º, § 4º); exige do particular ações preventivas no sentido de evitar a ocorrência de fatos ilícitos (corrupção e seus consectários) dos quais o Estado não consegue dar conta.²⁶⁷

Torna-se temerária toda essa miríade de dificuldades interpretativas e possibilidades de abuso sem que seja previsto o controle judicial da apuração dos fatos ilícitos. De fato, o artigo 8º, *caput* e § 1º, da Lei 12.846/2013 prevê que “a instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário”, sendo que tais atribuições poderão ser delegadas.

Refletindo sobre os possíveis resultados práticos dessa carga tão grande de poderes quase ilimitados atribuídos aos entes administrativos – *a priori* fora do controle judicial –, bem como estando sempre atento ao caráter patrimonialista do Estado brasileiro, é impossível afastar a conclusão de Janaina Conceição PASCHOAL, que batizou a Lei nº

²⁶⁶ Verificar também: SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Lei Anticorrupção é substancialmente de caráter penal, p. 3.

²⁶⁷ Verificar: SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Lei Anticorrupção é substancialmente de caráter penal, *passim*; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A Lei Anticorrupção como lei penal encoberta, *passim*.

12.846/2013, num dos maiores veículos de imprensa do País, como “a lei que pode aumentar a corrupção”.²⁶⁸

Vicente GRECO FILHO e João Daniel RASSI indicam que vários dos problemas existentes na aplicação prática da Lei nº 12.846/2013 poderiam ser superados com a uma mudança legislativa que previsse que as investigações a ela concernentes fossem presididas por um juiz togado, que tivesse poderes para transpor regras do processo penal (busca e apreensão, interceptação telefônica, quebra de sigilo bancário) e da parte geral do direito penal (autoria e participação, consumação e tentativa, prescrição) para o procedimento administrativo. Segundo tais autores, essa medida “teria o condão de aumentar a eficiência dos procedimentos investigatórios, ao mesmo tempo em que cumpriria com os princípios constitucionais de direito de defesa, proporcionalidade, dentre outros, assegurando também a uniformidade do sistema”.²⁶⁹

Interessantíssimo notar que as sugestões propostas por Vicente GRECO FILHO e por João Daniel RASSI, em verdade, integram a realidade legislativa italiana, na qual a responsabilidade da pessoa jurídica por delito é autodeclaradamente administrativa, mas processada por um juiz criminal (não obstante, como se verá no item 4.2 a seguir, a doutrina a entenda realisticamente penal). Mantêm-se, com isso, não só as garantias e o direito de ampla defesa, como apontado pelos dois autores, mas também o poder comunicativo do direito penal, já que atribui ao magistrado criminal a competência para conhecer e decidir sobre o assunto.

Com razão, nesse ponto, Pierpaolo Cruz BOTTINI, que, diante de toda a problemática presente na Lei Anticorrupção, conclui que, na verdade, o legislador chamou de administrativo aquilo que deveria ser penal, com a finalidade de “deixar de lado todas as garantias que a custo tornaram-se indispensáveis em um direito penal ambientado em um Estado Democrático de Direito”.²⁷⁰

Verifique-se, nesse sentido, como o preconceito e as inexplicáveis resistências à adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica podem ser nefastos à racionalidade

²⁶⁸ A lei que pode aumentar a corrupção.

²⁶⁹ A corrupção e o direito administrativo sancionador, p. 752.

²⁷⁰ A Lei Anticorrupção como lei penal encoberta, p. 2.

do ordenamento jurídico. Para driblar questionamentos judiciais de ordem constitucional, o legislador chamou de administrativo aquilo que naturalmente é penal. Por ser administrativo, submeteu às autoridades administrativas a atribuição para processar e julgar fatos que naturalmente competiriam ao Poder Judiciário. O resultado disso é uma lei disfuncional, que, ao contrário de seu objetivo, ao invés de coibir a corrupção, poderá ser indutora de comportamentos corruptos, na medida em que concede verdadeiros poderes imperiais a servidores públicos cuja função precípua na Administração não é a de observar a constitucionalidade e a legalidade de institutos jurídicos, muito menos a de julgar interesses de outrem.

4.2. Itália²⁷¹

Por meio do Decreto-Legislativo n. 231, de 8 de junho de 2001, que regulamentou a Lei-Delegada n. 300, de 29 de setembro de 2000, a qual, por sua vez, dá execução e ratifica uma série de convenções internacionais e europeias, particularmente firmadas em matéria de combate à corrupção, a Itália adota engenhoso modelo de responsabilidade administrativa das pessoas jurídicas derivada do cometimento de ilícitos penais em seu interior, mas processável pelo juízo criminal, com critério de imputação e garantias penais.

Interessante notar, na Itália, que o princípio da responsabilidade individual tem menção expressa no artigo 27 da Constituição.²⁷² Entretanto, a despeito da vedação expressa de sua Constituição, a Itália é signatária de alguns tratados internacionais nos quais se obrigou a adotar a responsabilidade das pessoas jurídicas por delitos cometidos em seu âmbito de atuação, tais como: Convenção de Bruxelas, de 26 de julho de 1995, sobre crimes financeiros; Convenção de Paris, datada de 17 de dezembro de 1997, que trata da

²⁷¹ O Decreto Legislativo italiano n. 231, de 8 de junho de 2001, encontra-se integralmente transcrito no Anexo I desta tese.

²⁷² “Art. 27 (com a redação modificada pela Lei Constitucional n. 1 de 2 de outubro de 2007).

La responsabilità penale è personale.

L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva.

Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato.

Non è ammessa la pena di morte.” Texto obtido em <<http://www.governo.it/rapportiparlamento/normativa/costituzione.pdf>>. Acesso em: 14/03/2014.

luta contra a corrupção de funcionários públicos nas operações econômicas e internacionais.²⁷³

De fato, profundas transformações abalaram a tradição jurídica do continente europeu em apenas pouco mais de duas décadas, aproximando-o do que preconizavam os países anglo-saxões. Nesse período, editou-se, em escala europeia e mundial, uma heterogênea série de normativas, resoluções e convenções que obrigaram os Estados-membros da Organização das Nações Unidas – ONU – e da União Europeia a introduzir, em seu ordenamento jurídico interno, a responsabilidade direta das pessoas jurídicas por atos ilícitos cometidos em seu âmbito de atuação, instituída de maneira autônoma em seus critérios e não necessariamente cumulativa com a responsabilidade da pessoa física. Em razão disso, afastou-se, paulatinamente, a fórmula até então sempre evocada do *societas delinquere non potest*.

Do ponto de vista político-criminal, principalmente duas ordens de fatores causaram essa transformação na abordagem e no tratamento da criminalidade ínsita às pessoas jurídicas. A primeira e mais premente, a constatação criminológica de que o crime organizado e o terrorismo, praticados em escala global, que colocam em risco bens jurídicos individuais, coletivos e institucionais e ocasionam vitimização em massa, encontraram abrigo, para desenvolver suas atividades econômico-financeiras, dentro de companhias licitamente estabelecidas. Em segundo lugar e como uma espécie de consequência da primeira ordem de motivação, busca-se combater o notável fenômeno contemporâneo da “irresponsabilidade penal pessoal organizada” no interior dos entes coletivos e, assim, debelar o ambiente criminógeno muitas vezes instalado pela cultura empresarial, como, aliás, já visto em item anterior desta tese.²⁷⁴

Em vista do choque entre a ordem constitucional italiana e os compromissos internacionais e comunitários assumidos por aquele país, imbuído, ainda, pela onda político-criminal mundial de combate à criminalidade econômica e organizada, há grande esforço doutrinário, na Itália, a fim de reinterpretar e ressignificar o sentido do artigo 27,

²⁷³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 55.

²⁷⁴ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale – parte generale*, pp. 697-698.

inciso I, da Constituição, para que as empresas possam ser sujeito de reponsabilidade por ilícitos.²⁷⁵

Inclusive, extensa é a lista de crimes cuja responsabilidade é imputável à pessoa jurídica na Itália, o que demonstra, por um lado, o grande esforço envidado pelo Estado peninsular para dar cumprimento aos compromissos internacionais, ao mesmo tempo em que, de outro lado, exige-lhe um constante comprometimento no sentido de dar eficácia e fazer valer o seu ordenamento jurídico interno. Inserem-se nessa possibilidade de imputação os delitos contra administração pública (corrupção, concussão, apropriação indébita de recursos públicos, fraude em prejuízo do Estado ou de um ente público para obtenção de financiamento público); moeda falsa; crime contra a propriedade intelectual (contrafação de marca e contra o direito de autor); fraude comercial; delitos informáticos; delitos cometidos com a finalidade de praticar terrorismo ou subversão; homicídio culposo ou lesão corporal culposa grave ou gravíssima ocorrida com violação das normas de saúde e segurança no trabalho; prática de mutilação de órgão genital feminino; delitos de escravidão; prostituição e pornografia infantil; extorsão mediante sequestro; organização criminosa; organização mafiosa; associação para o tráfico; criminalidade transnacional e organizada (receptação, lavagem de dinheiro, fraudes societárias, cartel e crimes ambientais).²⁷⁶

De acordo com texto expresso do Decreto-Legislativo n. 231/2001, a responsabilidade da pessoa jurídica por delito é aplicável a todos os entes coletivos providos de personalidade jurídica, bem como às sociedades e associações que não tenham formalização jurídica definida. Exclui-se da possibilidade de responsabilização o Estado, os entes públicos territoriais, os entes públicos não econômicos ou que não exercem função de relevo constitucional.²⁷⁷

²⁷⁵ Sobre esse aspecto, Adán Nieto Martín afirma que, “dentro dos países da União Europeia, a Itália provavelmente foi a que mais reticências demonstrou na hora de superar o *societas delinquere non potest*”. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, p. 194. Tradução livre do autor.

²⁷⁶ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale – parte generale*, pp. 698-700 e 709. Verificar também: TRAVERSI, Alessandro; GENNAI, Sara. *Diritto penale commerciale*, pp. 271-273.

²⁷⁷ “Art. 1. [...]”

2. Le disposizioni in esso previste si applicano agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica.

3. Non si applicano allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché’ agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale.”

Embora sem previsão legal expressa, a jurisprudência vem admitindo a aplicação dos preceitos do Decreto-Legislativo n. 231/2001 às sociedades com capital público, mistas ou totais, que exerçam atividade econômica, assim como aos entes coletivos estrangeiros. Nos casos envolvendo grupo econômico formado por diversas empresas, a *praxis* vem reconhecendo que a sociedade líder do agrupamento possa responder por delito cometido no âmbito das atividades de outra sociedade integrante do grupo, desde que tenha havido, no caso concreto, concurso de uma pessoa física que age por conta e defendendo o interesse da *holding company*.²⁷⁸ Inicialmente e com correção do ponto de vista político-criminal, não se admitiu a responsabilização por delito das empresas individuais, no entanto essa orientação transformou-se radicalmente a partir de 2011, quando se passou a aceitar a responsabilização dessa forma de ente coletivo.²⁷⁹

Entretanto, não obstante a considerável extensão assumida pela responsabilidade dos entes coletivos na Itália, a realidade é que, premido entre os limites constitucionais e a necessidade de implementar internamente os compromissos internacionais assumidos pelo país, o legislador daquele país acabou por definir como administrativa a responsabilidade da pessoa jurídica por delitos, embora processável pelo juiz penal competente para conhecer dos crimes respectivos imputados às pessoas físicas.

No entender de Sérgio Salomão SHECAIRA, a Itália sai da posição de meramente refratária à adoção da responsabilização das pessoas jurídicas por ilícitos e aproxima-se da linha de pensamento da doutrina alemã sobre o assunto, ou seja, da criação de uma espécie de responsabilidade penal-administrativa, com direitos e garantias intermediárias entre essas duas esferas de bens tutelados pelo Estado. Não há juízo ético, por não se tratar de direito penal, mas também não se trata de puro direito administrativo, na medida em que se delega à jurisdição penal, com suas inerentes garantias, a competência para processar e julgar tais infrações.²⁸⁰

²⁷⁸ “Companhia que detém o controle acionário e político de subsidiárias; companhia que tem por objeto participar do capital acionário de outras empresas.” In: MELLO, Maria Chaves de. *Dicionário jurídico português-inglês – inglês-português*, p. 342.

²⁷⁹ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale – parte generale*, pp. 702-703.

²⁸⁰ *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 55.

De fato, a natureza jurídica do modelo de responsabilidade da pessoa jurídica por delito adotado na Itália – se penal, administrativo ou constitutivo de uma terceira e peculiar via de responsabilização – vem suscitando muitos debates naquele país.

Ao lado da caracterização dessa responsabilidade como univocamente administrativa, colocam-se Alessandro TRAVERSI e Sara GENNAI, sob o argumento principal de que é impossível vislumbrar na pessoa jurídica a determinação psíquica, a vontade criminosa, nem mesmo os componentes da conduta culposa, pois não é ela dotada de liberdade moral e de capacidade de autodeterminação. Afirmam que o brocardo *societas delinquere non potest* integra a tradição jurídica italiana, além do que a própria Constituição italiana, em seu artigo 27, veda a possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica, sendo de difícil superação, não obstante reconheçam os imperativos político-criminais que levaram a Itália a firmar compromissos internacionais comprometendo-se a dar tratamento jurídico interno à questão. Aferram-se, por fim, ao rótulo “responsabilidade administrativa” dado pelos próprios textos da Lei n. 300, de 29 de setembro de 2000, e do Decreto-Legislativo 231, de 8 de junho de 2001.²⁸¹

Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini entendem preferível seu enquadramento como responsabilidade penal de fato, apoiando-se em três razões principais, quais sejam: a) existência de garantias próprias da esfera penal para a imputação às empresas, tais como os princípios da legalidade e da irretroatividade da lei penal desfavorável e consequente retroatividade da lei penal mais benéfica;²⁸² b) instituição da responsabilidade por *fato próprio culpável*, na qual a culpabilidade do ente empresarial pode ser autônoma ou então modelada a partir da posição que a pessoa física responsável pelo fato ocupa na companhia, mas sempre tendo em consideração o esforço organizativo interno da empresa; c) judicialização do procedimento para responsabilização da empresa, assegurando-se-lhe também garantias processuais próximas daquelas conferidas às pessoas físicas.²⁸³

²⁸¹ *Diritto penale commerciale*, pp. 247-249.

²⁸² Verificar: artigos 2º e 3º do Decreto-Legislativo n. 231, de 8 de junho de 2001, cujo texto integral encontra-se no Anexo II à presente tese. Sobre o princípio da irretroatividade da lei desfavorável, ainda que inserido numa concepção administrativa do sistema de responsabilidade, verificar: TRAVERSI, Alessandro; GENNAI, Sara. *Diritto penale commerciale*, p. 252.

²⁸³ *Manuale di diritto penale – parte generale*, pp. 700-701.

Dois são os principais obstáculos que se antepõem à pacificação do reconhecimento da natureza penal da responsabilidade das pessoas jurídicas por fatos ilícitos na Itália.

O primeiro, de cunho processual, é clara inversão do ônus da prova verificada no parágrafo 1 do artigo 6º do Decreto-Legislativo n. 231/2001,²⁸⁴ o qual dispõe que, nos casos de atos ilícitos cometidos por pessoas que ocupem posição diretiva na empresa, o “ente não responde se prova” haver adotado um modelo eficaz de organização e de gestão, apto a prevenir o cometimento de atos ilícitos da espécie daquele verificado no caso concreto, ou se instituiu um organismo interno autônomo e com atribuição para realizar uma eficiente vigilância sobre o modelo de organização empresarial adotado.

Sabendo-se que o artigo 35, parágrafo 1, do Decreto-Legislativo n. 231/2001 estende às pessoas jurídicas as mesmas garantias processuais previstas para as pessoas físicas,²⁸⁵ vê-se que a inversão do ônus da prova acima exposta choca-se, a toda evidência, com o princípio da “presunção de não culpabilidade” previsto na Constituição italiana, em seu artigo 27, parágrafo 2,²⁸⁶ mas não traria maiores preocupações em relação aos princípios próprios da responsabilização administrativa.

O segundo ponto de objeção ao pacífico reconhecimento na natureza penal da responsabilidade corporativa por atos ilícitos é a denominação das sanções cominadas no Decreto-Legislativo n. 231/2001, já que um fato somente se constitui em crime quando a lei lhe comine uma sanção específica a que o legislador designa com o nome de pena. Na sistemática do Decreto-Legislativo n. 231/2001, as sanções imputadas às pessoas jurídicas não são designadas como pena, mas sim, e expressamente, como “sanções administrativas” e “sanções administrativas pecuniárias”.²⁸⁷

Desse modo, as *sanções administrativas* cominadas à pessoa jurídica constam do artigo 9º, parágrafos 1, letras *a a d*, e 2, letras *a a e*, do Decreto-Legislativo n. 231/2001,

²⁸⁴ “Art. 6.

Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente

1. Se il reato è stato commesso dalle persone indicate nell'articolo 5, comma 1, lettera a), l'ente non risponde se prova che: [...]”

²⁸⁵ “All'ente si applicano le disposizioni processuali relative all'imputato, in quanto compatibili.”

²⁸⁶ “L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva.”

²⁸⁷ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale – parte generale*, pp. 700-701. Verificar também: artigos 9º e 10º do Decreto-Legislativo n. 231/2001.

e são: a) *pecuniária*, disciplinada nos artigos 10 a 12 do Decreto-Legislativo n. 231/2001, determinada com base na gravidade do fato, no grau de responsabilidade demonstrado pela pessoa jurídica, e nos esforços para eliminar ou atenuar as consequências do fato ou para prevenir a reiteração, tendo como parâmetro as condições econômicas e patrimoniais da empresa; b) *interdição temporária*, disciplinada pelos artigos 13 a 15 do Decreto-Legislativo n. 231/2001, consiste na interdição da atividade, suspensão ou revogação da autorização, licença ou concessão, suspensão do direito de contratar com a administração pública, exclusão ou revogação de subsídios, incentivos ou financiamentos públicos, suspensão do direito de fazer propaganda de bens e serviços; c) *interdição definitiva*, disciplinada pelo artigo 16 do Decreto-Legislativo n. 231/2001, consiste na interdição definitiva do exercício da atividade, aplicável quando a empresa aproveitou-se de vantagem relevante e também já foi condenada outras três vezes, nos últimos sete anos, à interdição temporária, ou quando a empresa ou um de seus órgãos vem sendo utilizado, com estabilidade, com a finalidade única ou prevalente de consentir ou facilitar o cometimento de delitos imputáveis à companhia; d) *confisco*, disciplinado no artigo 19 do Decreto-Legislativo n. 231/2001, recai sobre o valor da vantagem obtida com o delito, ou equivalente em dinheiro, bem ou utilidade; e) *publicação da sentença condenatória*, disciplinada no artigo 18 do Decreto-Legislativo n. 231/2001.²⁸⁸

A Corte de Cassação italiana não permaneceu imune a essa discussão travada no campo doutrinário e acabou reconhecendo que a responsabilidade corporativa por delitos, de acordo com a sistemática introduzida pelo Decreto-Legislativo n. 231/2001, constitui-se num *tertium genus*, “nascido da hibridação da responsabilidade administrativa com princípios e conceitos próprios da esfera penal”, mas que, de qualquer forma, “decreta a morte do dogma ‘societas delinquere non potest’”.²⁸⁹

Há autores que não só indicam ser preferível a tese intermediária segundo a qual a responsabilidade da pessoa jurídica, no sistema italiano, constitui-se num *tertium genus*, mas também a denominam, curiosamente, de um sistema *hermafrodita*, que conjuga características essenciais do direito penal e do direito administrativo. Não obstante essa

²⁸⁸ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale – parte generale*, pp. 706-707. TRAVERSI, Alessandro; GENNAI, Sara. *Diritto penale commerciale*, pp. 259-264.

²⁸⁹ Cassazione penale sez. II, 20/12/2005, n. 3.615. Recorrente: Jolly Mediterraneo S.R.L. Acórdão que trata do crime de apropriação indébita de fundos públicos. Tradução livre do autor. Verificar também, no mesmo sentido, a doutrina espanhola sobre o tema: NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, p. 196.

conjugação, reconhecem tais autores que os critérios preponderantes dessa forma híbrida de responsabilidade sejam penais, vez que submetida a princípios penais constitucionais.²⁹⁰

Dentro dessa formatação híbrida que lhe foi conferida pelo Decreto-Legislativo n. 231/2001, vem-se entendendo que, por aplicação analógica do artigo 27, parágrafo 1,²⁹¹ da Constituição italiana, a responsabilidade da pessoa jurídica por delito deve respeitar o princípio da culpabilidade, ou seja, não se admite a responsabilização objetiva, devendo buscar-se sua fundamentação num critério de culpa organizacional da empresa por não haver adotado um sistema de atuação preventiva apto e eficaz a evitar o cometimento de delitos da espécie daquele que efetivamente ocorreu.²⁹²

Na prática, para que haja responsabilização das pessoas jurídicas por crimes na Itália, o primeiro critério a ser aferido é se a infração foi cometida “no interesse ou em vantagem” da empresa (artigo 5º, parágrafo 1). Embora possuam significados bastante próximos, é possível afirmar que o termo *interesse* liga-se à aferição da motivação e da finalidade da conduta ilícita, enquanto o termo *vantagem* diz propriamente com o lucro auferido pela pessoa jurídica com a prática ilícita, “independentemente do escopo perseguido pelo autor do crime, inclusive no caso em que ele visasse um interesse pessoal, desde que não exclusivo”.²⁹³

Na definição de *interesse*, há uma índole subjetiva, ligada inequivocamente à esfera volitiva da pessoa física responsável pelo ato ilícito, suscetível de valoração *ex ante*. Exclui-se, portanto, a hipótese do sujeito que agiu contra a sociedade, por seu próprio interesse pessoal. Para haver responsabilização, faz-se necessário que os interesses do sujeito e da sociedade sejam, pelo menos, coincidentes. Por sua vez, a caracterização do termo *vantagem* é objetiva, possibilitando uma valoração *ex post*. Mesmo na ausência de uma finalidade em prol da sociedade empresarial, a existência de uma vantagem derivada

²⁹⁰ CADOPPI, Alberto; GARUTI, Giulio; VENEZIANI, Paolo. *Enti e responsabilità da reato*, pp. 72-75.

²⁹¹ “La responsabilità penale è personale.”

²⁹² Cassazione penale sez. VI, 18/02/2010, n. 27.735. “[...] o ente responde por fato próprio, sem comprometer o princípio constitucional da proibição da responsabilidade penal por fato de outrem (art. 27 da Constituição). O Decreto-Legislativo n. 231 não delineia uma hipótese de responsabilidade objetiva, prevendo, ao contrário, a necessidade da ‘culpa de organização’ do ente, por não providenciar um esquema de medidas preventivas idôneas a evitar o cometimento de delitos como aquele realizado [...]”. Tradução livre do autor.

²⁹³ TRAVERSI, Alessando; GENNAI, Sara. *Diritto penale commerciale*, p. 252. Tradução livre do autor.

da comissão de um delito por um sujeito idôneo a representar a empresa, poderá acarretar sua imputação.²⁹⁴

Essa diferenciação traz interessantes reflexões nos casos de delito culposo, hipótese sobre a qual vem se entendendo que o conceito de *vantagem* reside não no resultado, mas na própria conduta violadora da regra de cautela, principalmente quando motivada por ganhos nos custos da gestão empresarial. Por exemplo, nos casos de homicídio culposo ou de lesão corporal culposa, decorrentes de acidente do trabalho, verifica-se a *vantagem* do ente empresarial nas economias e nos resultados que obteve a partir da minimização dos cuidados com o ambiente de trabalho e com o consequente descumprimento das normas de segurança laboral, que acabaram permitindo a ocorrência do resultado infortunistico.

Apesar do critério de diferenciação acima debatido, é certo que, no sistema italiano de responsabilização da pessoa jurídica por delitos, coexistem dois subsistemas principais de imputação: um, para os casos em que o delito é cometido por um sujeito que está no vértice (no ápice, em posição apical) do ente empresarial; outro, para os casos em que os implicados no cometimento do crime são subordinados “à direção ou vigilância” de um dos sujeitos em posição apical (artigo 5º, parágrafo 1, letra *b*).²⁹⁵

Por não se admitir responsabilidade objetiva, exclui-se, obviamente, como já dito, a responsabilidade empresarial quando o sujeito ligado ao fato agiu “no interesse exclusivo próprio ou de terceiro” (artigo 5º, parágrafo 2). Além disso, o legislador não precisou se é necessário revestir-se de alguma formalidade o liame que liga o sujeito físico à empresa, deixando expresso que há responsabilidade mesmo que a pessoa física tenha exercido “também de fato” funções de controle e gestão.²⁹⁶

Melhor especificando o primeiro subsistema acima indicado, nos termos no artigo 5º, parágrafo 1, letra *a*, do Decreto-Legislativo n. 231/2001, considera-se em posição apical, isto é, no vértice, na cúspide, no ápice da pessoa jurídica, o sujeito com funções de

²⁹⁴ LATTANZI, Giorgio (coordenador). *Reati e responsabilità degli enti: Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, pp.70-71.

²⁹⁵ NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, p. 198. Verificar, também, esse mesmo debate travado sob o ponto de vista processual e probatório: MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale – parte generale*, pp. 704-705.

²⁹⁶ TRAVERSI, Alessandro; GENNAI, Sara. *Diritto penale commerciale*, p. 253.

representação, administração e direção do ente coletivo ou de uma de suas unidades organizacionais com autonomia financeira e funcional e também a pessoa que exerça, mesmo que de fato, a gestão ou o controle do ente. Nesta hipótese, há inversão do ônus probatório, incumbindo à empresa, para se ver excluída da imputação, demonstrar a existência de um programa de cumprimento normativo eficazmente implementado, tendo sido iludida pelo sujeito responsável pelo fato.

De acordo com Alessandro TRAVERSI e Sara GENNAI, impõe-se à pessoa jurídica, nessa hipótese, uma espécie de *diabólico* ônus probatório, na medida em que é chamada a demonstrar haver adotado um modelo idôneo de organização preventivo que atuou eficazmente, exatamente no momento em que a falácia desse modelo é evidente, porque se está discutindo um fato que já ocorreu.²⁹⁷

Na segunda hipótese, ou seja, no caso de crime imputável à pessoa jurídica derivado de ação de sujeito subordinado à direção da empresa, aplica-se o artigo 7º, parágrafo 2, do Decreto-Legislativo n. 231/2001,²⁹⁸ sendo possível a exclusão da responsabilidade empresarial até mesmo sem que exista um *compliance programme*. Em resumo, um modelo eficaz de organização empresarial mostra-se absolutamente necessário para evitar a culpabilização da empresa nos casos em que quem atua é um diretor; e muito conveniente, mas não absolutamente necessário, nos casos em que estão envolvidos empregados subordinados.

O segundo critério, com visto acima, pode fundamentar a atribuição, ao ente, da responsabilidade por delito cometido tanto por sujeito em posição apical, quanto do sujeito subordinado à direção ou sob vigilância da direção, tratando-se da punição do ente em função de uma “culpa de organização”, que pode ser definida “como falta de adoção ou atuação ineficaz de um modelo de organização e de gestão idôneo a prevenir delitos da mesma espécie daquele verificado” ou então “deficiente atribuição de competência de

²⁹⁷ *Diritto penale commerciale*, p. 255.

²⁹⁸ “Art. 7.

Soggetti sottoposti all'altrui direzione e modelli di organizzazione dell'ente

[...]

2. In ogni caso, e' esclusa l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.”

vigilância sobre o funcionamento ou sobre a observância dos modelos a um órgão autônomo do ente”.²⁹⁹

Em sucintas palavras, Adán NIETO MARTÍN afirma que o sistema de responsabilização das pessoas jurídicas por crimes implementado pelo Decreto-Legislativo n. 231/2001 constitui-se num modelo cujo critério de imputação baseia-se na responsabilidade por ato de terceiro³⁰⁰ acrescida do conceito de culpabilidade da empresa, tudo contido num sistema penal e processual penal bastante detalhado, assemelhando-se a uma espécie de mini-código da responsabilização das pessoas jurídicas.³⁰¹

O conceito de culpabilidade empresarial no modelo italiano decorre, portanto, da concepção de modelo de organização interna da pessoa jurídica, que foi concebida como forma de prevenir o cometimento de ilícitos no âmbito interno do ente coletivo, baseando-se, em larga medida, na preexistente experiência estadunidense.³⁰²

Para que seja eficaz e desempenhe a função projetada político-criminalmente quando da adoção, na Itália, da responsabilidade das pessoas jurídicas por delitos, um modelo de organização empresarial deve ser estruturado de modo unitário, abrangendo toda a companhia, ao mesmo tempo em que identifica e individualiza as funções e áreas de risco para a ocorrência de fatos antissociais em cada um dos órgãos do ente coletivo.³⁰³ Deve, também, prever a vigilância e a constante reavaliação sobre o modelo de organização e o padrão de comportamento adotados internamente e que devem ser observados pelas diversas áreas da companhia e por seus integrantes, estabelecendo procedimentos a serem seguidos por cada um, tanto ocupantes de posição diretiva, quanto empregados. Por fim, é atribuição desse organismo de controle interno receber denúncias e

²⁹⁹ Verificar texto do artigo 6º do Decreto-Legislativo n. 231/2001.

³⁰⁰ A expressão aqui utilizada no original em espanhol é “*modelo vicarial*”. No item 3.2 da obra *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, pp. 102-126, o autor trabalha com o conceito daquilo que denominou em espanhol de “*responsabilidad vicarial*”, numa tradução da expressão própria do direito anglo-saxão “*vicarious liability*”, a qual é vertida para o português como “responsabilidade indireta” ou “responsabilidade por fato de terceiro” por Maria Chaves de Mello em *Dicionário jurídico português-inglês – inglês-português*, p. 485.

³⁰¹ *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, pp. 195-196.

³⁰² Sobre as “condições de exclusão da responsabilidade do ente”, verificar: TRAVERSI, Alessandro; GENNAI, Sara. *Diritto penale commerciale*, pp. 254-256.

³⁰³ “Art. 6.

Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente

[...]

b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento e' stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo.”

informações sobre o mau funcionamento de alguma área da empresa ou mesmo sobre a possível prática de delito que se encontre em curso, incumbindo-lhe proteger a identidade e a segurança das pessoas denunciantes, principalmente em caso que envolva integrante da direção da companhia.³⁰⁴

Mais especificamente, o modelo de organização e gestão exigido das pessoas jurídicas em atuação na Itália, a fim de que possam excluir sua responsabilidade por delitos, encontra seus parâmetros mínimos no artigo 6º, parágrafo 2, letras *a, b, c, d e e*, do Decreto-Legislativo n. 231/2001, quais sejam: individualização da atividade exposta ao risco do cometimento de ilícitos; previsão de protocolos específicos para programar a formação e a atuação das decisões da pessoa jurídica em função do risco criminal existente; individualização da modalidade de gestão dos recursos financeiros de maneira idônea a impedir a ocorrência de ilícitos; obrigação de informação e respeito às deliberações do organismo de controle e observância sobre o funcionamento do modelo implementado; existência de um sistema disciplinar adequado para sancionar as infrações cometidas contra o modelo organizacional.³⁰⁵

Em vista do ora exposto, ganham sentido as palavras de Adán NIETO MARTÍN, para quem, no sistema italiano de responsabilidade das pessoas jurídicas por delitos, a culpabilidade corporativa serve mais para excluir ou fundamentar a responsabilidade do que para medir a sanção aplicável ao caso concreto. Tanto assim que o artigo 6º, parágrafo 1, do Decreto-Legislativo n. 231/2001 prevê a exculpação da empresa se restar demonstrado que não se organizou de maneira culpável em relação ao evento delituoso tratado no caso concreto. Acresce que, embora a adoção de modelos de organização não seja, por si mesma, obrigatória, poderá, por outro lado, excluir a

³⁰⁴ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale – parte generale*, p. 704.

³⁰⁵ TRAVERSI, Alessandro; GENNAI, Sara. *Diritto penale commerciale*, pp. 256-258. Interessante é a colocação de Jean Pierre MATUS ACUÑA a respeito do modelo italiano, “onde a adoção efetiva de modelos de prevenção permite teoricamente se eximir da responsabilidade penal se o delito é cometido por um subordinado ou, em caso de ser cometido por um dirigente, o faz burlando as medidas de prevenção (Art. 6º e 7º DL 231/01). Contudo, já sabemos que a prática indica o contrário: os tribunais rechaçam a ideia de que possa existir uma possibilidade de isenção da responsabilidade penal construída *ex ante* com caráter geral e sem atenção ao delito concreto que se julga”. Sobre el valor de las certificaciones de adopción e implementación de modelos de prevención de delitos frente a la responsabilidad de las personas jurídicas, p. 10. Tradução livre do autor.

responsabilidade da empresa caso venha a ser cometido um delito em seu interesse ou vantagem.³⁰⁶

Ademais e de qualquer forma, é de ver que o artigo 8º do Decreto-Legislativo n. 231/2001 prevê a autonomia da responsabilidade da pessoa jurídica em relação à responsabilidade do autor do fato, sendo que a acumulação das duas responsabilidades ocorre somente de forma eventual.³⁰⁷

Como se pode observar da sua transcrição literal, as hipóteses previstas no artigo 8º, parágrafo 1, letras *a* e *b*, do Decreto-Legislativo n. 231/2001, que permitem a responsabilidade autônoma da pessoa jurídica, dão-se nos casos em que o autor do delito não é identificado ou não é imputável ou quando o crime do autor se extingue por uma causa diversa da anistia. Em todas as hipóteses, por ser autônoma a responsabilidade da pessoa jurídica por delito, subsistem os elementos objetivos e subjetivos do crime que lhe está sendo imputado, seja por culpa da organização (num senso de que “basta a culpa” para responsabilizar a pessoa jurídica), seja por uma política empresarial criminosa, ou pelo assim chamado dolo empresarial (que não é naturalístico ou psicológico, mas deve ser inferido a partir de todos os critérios usualmente utilizados para demonstrar o dolo em qualquer caso criminal).

Aliás, o assim chamado dolo empresarial, também fundante da noção de culpabilidade empresarial, é observado quando o cometimento de delitos seja a expressão de uma política empresarial única ou prevalente dentro de determinada pessoa jurídica. Aplica-se, nesse caso, o artigo 16, parágrafo 3, do Decreto-Legislativo n. 231/2001: “se a pessoa jurídica ou um de seus órgãos vem sendo estavelmente utilizado com a finalidade única ou prevalente de consentir ou participar do cometimento de delitos em relação aos

³⁰⁶ *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, pp. 196-197. Não obstante a falta de previsão no Decreto-Legislativo 231/2001, a adoção de modelo organizativo é obrigatória em algumas legislações regionais, tais como na Lombardia, como requisito para que a empresa possa contratar com órgãos públicos regionais (decreto 5.808), ou na Calábria, operando-se o mesmo impeditivo de contratação em caso de não adoção (Lei nº 15, de 21 de junho de 2008). Verificar: MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale – parte generale*, p. 704.

³⁰⁷ “Art. 8.

Autonomia delle responsabilita' dell'ente

1. La responsabilita' dell'ente sussiste anche quando:

a) l'autore del reato non é stato identificato o non é imputabile;
b) il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia. [...]”

quais é prevista sua responsabilidade é ainda cominada a interdição definitiva do exercício de sua atividade [...]”³⁰⁸.

A crítica lançada por Adán NIETO MARTÍN ao sistema italiano de responsabilidade dos entes coletivos por delitos é de que o Decreto-Legislativo n. 231/2001 pouco oferece estímulo para que as empresas colaborem com a administração da justiça, cooperando com os procedimentos investigativos ou mesmo denunciando os fatos, porquanto a noção de culpabilidade empresarial adotada na sistemática italiana foca-se somente na prevenção de fatos antissociais, não dependendo atenção ao seu posterior descobrimento, ou seja, trata-se de um modelo muito mais preventivo do que reativo. Essa é uma peculiaridade da sistemática italiana que acarreta relevante consequência político-criminal, porque praticamente descarta a cooperação empresarial pós-delitiva, reduzindo a importância da reparação dos danos (e, portanto, das iniciativas de *fixing*, já vistas anteriormente) e o incentivo à implantação de um eficaz modelo organizativo antes de ajuizado o processo.³⁰⁹

Sobre essa crítica, infirmando-a em parte, convém destacar que o artigo 26, parágrafo 2, do Decreto-Legislativo n. 231/2001 prevê que “o ente coletivo não responde quando voluntariamente impede a conclusão da ação ou a realização do evento”³¹⁰. A respeito dessa previsão legal, Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini acentuam que “a desistência ativa comporta, portanto, a não punibilidade do ente coletivo, ao invés da mera redução de pena prevista no artigo 56, parágrafo 4, do Código Penal”³¹¹.

³⁰⁸ “Art. 16

Sanzioni interdittive applicate in via definitiva

[...]

3. Se l'ente o una sua unita' organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione di reati in relazione ai quali é prevista la sua responsabilita' é sempre disposta l'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attivit  e non si applicano le disposizioni previste dall'articolo 17.” Verificar: MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale – parte generale*, p. 705-706.

³⁰⁹ *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, p. 197.

³¹⁰ Tradução livre do autor.

³¹¹ *Manuale di diritto penale – parte generale*, p. 700. Tradução livre do autor.

4.3. Chile³¹²

A lei chilena n. 20.393, promulgada em 25 de novembro de 2009 e publicada em 02 de dezembro de 2009, a qual “estabelece a responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos delitos de lavagem de ativos, financiamento de terrorismo e corrupção que indica”, nasce como fruto de um peculiar e notável panorama de pressão político-econômica internacional, exercido pela OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico)³¹³ sobre o Estado Chileno, para o admitir como membro pleno daquele organismo internacional.

Da mensagem da Presidência da República enviada à Câmara de Deputados do Chile constam, como motivos a ensejar o trâmite legislativo que culminou com a promulgação da Lei n. 20.393, a necessidade de prevenção e combate aos delitos de lavagem de ativos, financiamento de terrorismo e corrupção, dentro da tendência político-criminal internacional “de consagração da responsabilidade das pessoas jurídicas derivadas do cometimento de determinados delitos”³¹⁴ e de compromissos assumidos pelo Chile, tais como: Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção; Convenção das Nações Unidas contra a Delinquência Organizada Transnacional; Convênio Internacional para Repressão do Financiamento do Terrorismo; Convenção para Combater a Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da OCDE; Resolução n. 1.373 do Conselho de Segurança das Nações Unidas e as 40+9 recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) contra a lavagem de ativos e financiamento de terrorismo.³¹⁵

Especificamente sobre o grande interesse do Chile em integrar o quadro de membros plenos da OCDE, houve um convite formal deste organismo àquele país nesse sentido em maio de 2007, impondo-lhe, como contrapartida essencial à validade do

³¹² Texto da Lei n. 20.393, de 25 de novembro de 2009, encontra-se integralmente transcrito no Anexo II desta tese.

³¹³ Vide item 1.3 da presente tese, para maiores esclarecimentos sobre a OCDE, sua composição e atuação.

³¹⁴ “Neste sentido, os países desenvolvidos chegaram ao convencimento sobre a necessidade de responsabilizar legalmente as pessoas jurídicas por fatos que produzem um dano significativo aos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade. É o caso de Inglaterra, Austrália, Canadá, Estados Unidos, Irlanda, França, Espanha e Holanda, entre outros países.” Tradução livre do autor.

³¹⁵ *Historia de la Lei 20.393. Establece la Responsabilidad Penal de las personas jurídicas em los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica*, p. 5.

convite, a necessidade de cumprimento da Convenção para Combater a Corrupção de Funcionário Público Estrangeiro.

Na motivação exposta na mensagem presidencial ao Congresso Nacional chileno, na qual se enviou, também, o projeto que deu início aos trâmites legislativos, foram apontadas as seguintes vantagens de ascender à condição de membro pleno da OCDE: 1) tomar parte diretamente nas ações em apoio ao crescimento econômico, aumento do emprego, melhora da qualidade de vida, manutenção da estabilidade financeira, que constituem alguns dos objetivos da OCDE; 2) impacto positivo na imagem internacional do país, na medida em que a OCDE, originalmente composta apenas por países desenvolvidos, passou a acolher nos últimos anos um grupo muito seletivo de países emergentes, no qual o Chile passaria a ser visto aos olhos do mundo; 3) será possível ao Chile contar com análises rigorosas, objetivas e periódicas, “de acordo com a teoria econômica moderna”, a respeito de suas políticas públicas e de suas principais variáveis econômicas, bem como de sua capacidade de competitividade global.

Em suma, para o Poder Executivo chileno, ingressar no quadro de membros plenos da OCDE teria grande importância frente aos mercados transnacionais, tanto financeiro quanto comercial. O país passaria a ser classificado como mais transparente e menos arriscado, o que fomentaria os investimentos internacionais. Para tanto, seria necessário ao Chile demonstrar à OCDE que compartilha, de fato, seus valores e princípios fundamentais, assim como que é dotado da vontade e da iniciativa necessárias para cumprir as obrigações legais e políticas decorrentes da condição de membro pleno desse organismo internacional.³¹⁶

Como já se disse, dentro das obrigações assumidas pelo Estado chileno, como condição para ingressar no rol de membros plenos da OCDE, estavam aquelas constantes da Convenção para Combater a Corrupção dos Funcionários Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais. Após promulgação e ratificação dessa convenção internacional no plano interno do direito chileno, como forma de cumpri-la, foi publicada a Lei n. 19.829, em 8 de outubro de 2002, que passou a tipificar o crime de corrupção de funcionário público estrangeiro nas transações comerciais internacionais.

³¹⁶ *Historia de la Ley 20.393. Establece la Responsabilidad Penal de las personas jurídicas em los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica*, pp. 6-7.

Entretanto, restava a necessidade de promulgar lei que previsse a responsabilização das pessoas jurídicas – de maneira efetiva, proporcional e dissuasória – por atos de corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais, porquanto as ações desse jaez, quando protagonizadas por entes coletivos, produzem “um impacto social profundo, usualmente superior ao que resulta da atuação de pessoas naturais”. Tal obrigação decorria de imposição da OCDE como medida político-criminal eficaz e uniforme para combater essa modalidade de delito e referido organismo internacional já andava expressando preocupação porque o Chile ainda não a havia adotado e, portanto, não estava cumprindo as exigências da Convenção.³¹⁷

Como assinala Héctor HERNÁNDEZ BASUALTO, somente esse grande interesse das autoridades constituídas chilenas em fazer o país ingressar no quadro dos membros plenos da OCDE é que poderia explicar o trâmite de um projeto legislativo sobre um tema tão complexo durar apenas sete meses, ainda mais quando se tem em vista a postura histórica de desinteresse e renitência que sempre apresentou o legislador chileno quando se tratou de combater a criminalidade empresarial. Contudo, ainda de acordo com referido autor, o resultado obtido pelo legislador pode ser considerado satisfatório, principalmente quando se considera o tempo escasso que houve para debater o projeto de lei apresentado.

Assim, inserido nesse contexto de pressão internacional, mas também influenciado pela tradição legislativa chilena, promulgou-se a Lei n. 20.393, publicada em 02 de dezembro de 2009, que estabeleceu a responsabilidade penal das pessoas jurídicas para um catálogo extremamente restrito de delitos, “que no fundamental abarca somente as matérias a respeito das quais existia obrigação internacional de sancionar”, mas em relação às quais, de fato, há uma escassa aplicação prática.³¹⁸

³¹⁷ *Historia de la Lei 20.393. Establece la Responsabilidad Penal de las personas jurídicas em los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica*, pp. 7-8. Tradução livre do autor.

³¹⁸ La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas em Chile, pp. 208-216. Tradução livre do autor. Rafael COLLADO GONZÁLEZ aponta que, assim como na Espanha, a adoção da responsabilidade penal das pessoas jurídicas no Chile tratou-se de decisão político-criminal pragmática, tendo a elaboração da lei partido praticamente do zero, já que havia verdadeiro rechaço doutrinário entre os autores chilenos. *Empresas criminales: un análisis de los modelos legales de responsabilidad penal de las personas jurídicas implementados por Chile y España*, pp. 132-139.

Nos termos do artigo 2º da Lei n. 20.393, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas no Chile será aplicada “às pessoas jurídicas de direito privado e às empresas do Estado”, para os seguintes crimes previstos em seu artigo 1º: lavagem de dinheiro (artigo 27 da Lei n. 19.913);³¹⁹ financiamento do terrorismo (artigo 8º da Lei n. 18.314); suborno ou corrupção ativa de funcionários públicos nacionais e estrangeiros (artigos 250 e 251 do Código Penal chileno).³²⁰

Não obstante se reconheça o limitado âmbito de aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica do Chile, é certo que referido diploma legal, em princípio, contém um regime jurídico aplicável a toda classe de organizações empresariais e extensível a todo e qualquer delito, na medida em que o legislador decida ampliar o alcance da Lei n. 20.393. Contudo, pelo fato de não conter Parte Especial própria, a Lei n. 20.393 aproveita-se de tipos penais antropocentricamente concebidos e desenhados, isto é, delitos tipificados para serem praticados por pessoas físicas imputáveis aos entes coletivos por regras de conexão, não criando normas proibitivas próprias para as pessoas jurídicas.³²¹

No artigo 3º da lei ora em estudo, são estabelecidos os requisitos para aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Chile, quais sejam: a) o fato delituoso deve ser cometido direta ou indiretamente em seu *interesse* ou para seu *proveito*; b) exclui-se a responsabilização da pessoa jurídica quando o fato for praticado no interesse exclusivo do agente criminoso ou de um terceiro; c) o fato deverá ser praticado pelos donos, controladores, responsáveis, executivos principais, representantes ou quem realize atividades de administração e supervisão; d) responsabiliza-se, também, a pessoa jurídica pelos fatos praticados por pessoas naturais que estejam sob a direção ou supervisão direta

³¹⁹ Nas palavras de Juan Pablo MAÑALICH RAFFO, a lavagem de ativos é “a forma delitiva mais representativa do possível confluência da ‘criminalidade econômica’ e da ‘criminalidade organizada’”. Cfe.: Organizaci3n delictiva. Bases para su elaboraci3n en el derecho penal chileno, p. 297. Traduci3n livre do autor.

³²⁰ Embora a concep3n de responsabilidade penal da pessoa jur3dica tenha sido pensada, em termos doutrin3rios, para empresas grandes e complexas, a lei chilena n3o faz essa distinci3n a respeito do tamanho dos entes coletivos que sanciona, o que permite a inclusi3n at3 das empresas individuais de responsabilidade limitada. Cfe.: HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. La introducci3n de la responsabilidad penal de las personas jur3dicas em Chile, p. 215.

³²¹ MATUS ACUÑA, Jean Pierre. Sobre el valor de las certificaciones de adopci3n e implementaci3n de modelos de prevenci3n de delitos frente a la responsabilidad de las personas jur3dicas, p. 2. Para Rafael COLLADO GONZÁLEZ, o sistema chileno de responsabilidade penal da pessoa jur3dica é dotado de um crit3rio de imputa3n claro e geral, que estabelece legalmente um padr3o de cuidado a ser cumprido pelas pessoas jur3dicas, cuja omisi3n poder3 acarretar sua incrimina3n. *Empresas criminales: un an3lisis de los modelos legales de responsabilidad penal de las personas jur3dicas implementados por Chile y España*, pp. 144 e 148/152.

de alguns dos sujeitos em posição apical mencionados anteriormente; e) a ocorrência do fato antissocial deve ser consequência do descumprimento, pela empresa, de seus deveres de direção e supervisão.

Os requisitos legais estabelecidos pelo artigo 3º da Lei n. 20.393 servem como elementos de acoplamento entre o fato delitivo praticado pela pessoa natural e o caráter defeituoso da organização da pessoa jurídica, cabendo, inclusive, um raciocínio invertido para demonstrar seu funcionamento no ordenamento jurídico: se o fato ocorreu apesar de a pessoa jurídica ter adotado e implementado um modelo eficiente de prevenção (artigo 3º, inciso 3º, combinado com o artigo 4º), então não se trata de manifestação de um caráter defeituoso da sua organização; se o fato foi cometido em vantagem própria da pessoa natural envolvida ou de um terceiro (artigo 3º, inciso final), então não foi do eventual caráter defeituoso de sua organização que decorreu o fato.³²²

Além disso, o artigo 5º da Lei n. 20.393 estabelece que a responsabilidade penal da pessoa jurídica será autônoma, independentemente da responsabilidade penal da pessoa natural, e subsistirá quando houver sido extinta a responsabilidade penal do sujeito pela morte ou pela prescrição; quando sobrevier causa de inimputabilidade do envolvido (alienação); quando “no processo respectivo se demonstrar fidedignamente que o delito teve que ser cometido necessariamente dentro no âmbito de funções e atribuições próprias” das pessoas assinaladas no artigo 3º.

Da leitura das hipóteses de responsabilidade penal autônoma da pessoa jurídica no Chile, vê-se que a autonomia dessa responsabilização dá-se sempre do ponto de vista processual, não havendo, do ponto de vista material, nenhuma hipótese de responsabilidade penal de uma empresa sem que haja a correspondente participação de uma pessoa natural responsável.³²³

Em vista disso, pode-se afirmar que se adotou, no Chile, um modelo atenuado de responsabilidade penal da pessoa jurídica derivada da ação de pessoas naturais de

³²² MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. Organizaciones delictiva. Bases para su elaboración en el derecho penal chileno, p. 305.

³²³ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas em Chile, pp. 221.

alguma forma ligadas ao ente coletivo.³²⁴ Além da conexão entre o indivíduo responsável e de seu ato com a pessoa jurídica, exige-se que o ente coletivo tenha contribuído para a ocorrência do fato em razão de um “defeito de organização”, isto é, que tenha se organizado de modo a facilitar ou não dificultar ou não impedir a realização de delitos como aquele verificado no caso concreto.³²⁵ Trata-se de um sistema que, em regra, “estabelece responsabilidade penal pelo fato alheio evitável que não se evitou”.³²⁶

Para Juan Pablo MAÑALICH RAFFO, no sistema chileno de responsabilidade penal da pessoa jurídica, o fato delituoso praticado não funciona como objeto da respectiva responsabilidade, mas sim como critério de reconhecimento do caráter defeituoso da organização empresarial, fator que acaba determinando sua responsabilidade penal. Afasta-se, portanto, qualquer possibilidade de infração ao princípio do *ne bis in idem*, da mesma forma que se justifica o critério de responsabilização autônoma da pessoa jurídica previsto no artigo 5º da Lei n. 20.393, na medida em que a pessoa natural e a pessoa jurídica têm suas responsabilidades penais atribuídas em fundamentos não coincidentes.³²⁷

A Lei n. 20.393, portanto, tem uma forte influência da chamada *cultura compliance*, pois estabelece um programa mínimo de cumprimento normativo que se constitui num padrão irredutível de cuidado que deve ser observado pelas pessoas jurídicas, com a finalidade de se eximirem da responsabilidade penal, porquanto o critério de imputação por ela adotado é fundado no descumprimento de seu dever de direção e supervisão, o que doutrinariamente é denominado “defeito de organização”.³²⁸

³²⁴ Também chamado de vicarial, como já definido anteriormente. Verificar: NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, item 3.2, pp. 102-126. Tradução da expressão do direito anglo-saxão “*vicarious liability*”, a qual é vertida para o português como “responsabilidade indireta” ou “responsabilidade por fato de terceiro” por Maria Chaves de MELLO em *Dicionário jurídico português-inglês – inglês-português*, p. 485.

³²⁵ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas em Chile, pp. 216-219. Por diversas vezes no artigo ora mencionado, o autor comenta sobre a importância e a influência do modelo italiano de responsabilização das pessoas jurídicas por delitos na elaboração da Lei chilena n. 20.393. Neste ponto, vê-se claramente confluência dos dois modelos. Tanto assim que é possível invocar as palavras de Adán NIETO MARTÍN para caracterizar o sistema italiano, por serem perfeitamente aplicáveis ao sistema chileno: trata-se de modelo que opera um sistema *vicarial* (por fato de terceiro) de imputação, acrescido da necessidade de aferição da culpabilidade própria da empresa. Cfe.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, p. 195.

³²⁶ MATUS ACUÑA, Jean Pierre. Sobre el valor de las certificaciones de adopción e implementación de modelos de prevención de delitos frente a la responsabilidad de las personas jurídicas, p. 10. Tradução livre do autor.

³²⁷ MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. Organizaciones delictiva. Bases para su elaboración en el derecho penal chileno, p. 305.

³²⁸ COLLADO GONZÁLEZ, Rafael. *Empresas criminales: un análisis de los modelos legales de responsabilidad penal de las personas jurídicas implementados por Chile y España*, pp. 131-132.

Em outras palavras, pelo modelo misto adotado no Chile, uma pessoa jurídica que tenha implementado, de forma eficaz, todas as providências tendentes à prevenção de delitos expostas na Lei n. 20.393 não responde por eles, ainda que seus representantes ou administradores os tenham cometido dolosamente. Contudo, se não realiza eficazmente suas obrigações legais de supervisão e prevenção, responde pelo ilícito penal, “ainda que por qualquer razão não seja possível fazer efetiva a responsabilidade de uma pessoa natural determinada, se se encontram devidamente demonstrados os fatos constitutivos do delito”.³²⁹

Quando se trata de definir legalmente o que vem a ser o *defeito de organização* indutor do reconhecimento da culpabilidade da pessoa jurídica, o artigo 4º da Lei n. 20.393 estabelece, com bastante clareza e alguma precisão, em seus quatro itens, os requisitos mínimos dos quais devem ser dotados os modelos de prevenção de delitos das empresas, como forma de delimitar sua responsabilização no âmbito penal: 1) *designação de um encarregado de prevenção*; 2) *definição de meios e faculdades do encarregado de prevenção*; 3) *estabelecimento de um sistema de prevenção dos delitos*; 4) *supervisão e certificação do sistema de prevenção dos delitos*.

De acordo com o artigo 4º, nn. 1 e 2, e suas respectivas letras *a* e *b*, o *encarregado de prevenção* – ou *chief compliance officer*, como já visto em itens anteriores nesta tese – deverá ser designado pelos órgãos diretivos da empresa, conforme sua forma de administração (diretoria, sócio administrador, gerente, executivo principal, administrador, liquidante, donos ou sócios), o qual poderá permanecer na função por até três anos, prorrogáveis por igual período, admitindo-se que, em empresas de menor porte, o dono, o sócio ou o acionista controlador assumam pessoalmente as tarefas do encarregado de prevenção.

³²⁹ MATUS ACUÑA, Jean Pierre. Presente y futuro de la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus directivos y empleados, pp. 64-65. Posição diferenciada é defendida por Rafael COLLADO GONZÁLEZ, para quem o modelo chileno estabelecido na Lei n. 20.393 é de verdadeira autorresponsabilidade das pessoas jurídicas, as quais respondem pelos mesmos fatos atribuídos às pessoas físicas, mas sob fundamentos distintos a legitimar cada um das formas de responsabilidade, “estruturado como uma modalidade de intervenção especial no delito de uma pessoa natural, cuja forma de comissão é a omissão imprudente”. *Empresas criminales: un análisis de los modelos legales de responsabilidad penal de las personas jurídicas implementados por Chile y España*, pp. 131, 159-162. Tradução livre do autor.

O profissional que exercer a função de *encarregado de prevenção* poderá, ainda, desenvolver atividades de controladoria ou auditoria interna, devendo contar com autonomia em relação à administração da pessoa jurídica, devendo, também, ser provido dos meios e faculdades suficientes para o desempenho de suas funções. Isso compreende que seja ele dotado, em sua atividade, dos recursos e meios materiais necessários à execução de seu trabalho, tendo em consideração o tamanho e a capacidade econômica da empresa, bem como que tenha ele acesso direto à administração do ente coletivo, com o objetivo de informar, no mínimo semestralmente, a respeito das medidas e dos planos implementados para dar cumprimento das obrigações de sua gestão.

Interessante notar que a Lei n. 20.393, embora trate da autonomia e da independência, bem como dos meios materiais disponíveis ao encarregado de prevenção, nada diz a respeito de sua estabilidade no emprego, o que poderia garantir, de fato, sua atuação livre e independente (*mutatis mutandi*, a exemplo do que ocorre, no Brasil, com os dirigentes sindicais, como forma de colocá-los a salvo das pressões exercidas pelos patrões).

Necessariamente, o *sistema de prevenção de delitos* a ser estabelecido em conjunto pelo *encarregado de prevenção* e pela administração da pessoa jurídica, para preencher os requisitos mínimos elencados no artigo 4, n. 3, letras *a* a *d*, da Lei n. 20.393, deverá contemplar ao menos: a identificação das atividades ou processos internos da empresa que representem risco de ocorrência dos delitos mencionados no artigo 1º da lei; o estabelecimento de protocolos, regras e procedimentos específicos de programação e execução de tarefas e trabalhos que contemplem risco de comissão de delitos, de forma a prevenir sua ocorrência; a identificação de procedimentos administrativos e de auditoria que permitam à empresa prevenir a utilização de seus recursos num dos delitos assinalados pela lei; a existência de sanções administrativas internas e de canais de denúncia e responsabilização financeira das pessoas que descumpram o sistema de prevenção de delitos.

Há, ainda, a obrigação de que as empresas deem amplo e irrestrito conhecimento aos seus empregados dessas obrigações, proibições e sanções, devendo, inclusive, suas normativas internas ser incorporadas expressamente em todos os contratos

de trabalhos e de prestação de serviços da pessoa jurídica, incluindo os de seu corpo diretivo.

Ao se contemplar esse rol mínimo de obrigações imposto às empresas por meio da Lei chilena n. 20.393, como forma de prevenir sua responsabilização penal, é inevitável que surjam questionamentos sobre os custos envolvidos no planejamento e na execução de todas essas tarefas, bem como – o que parece mais conveniente ser discutido nesta tese – qual o limite da legitimação do Estado para invadir a esfera da atividade privada e transferir-lhe obrigações que são propriamente estatais, como a prevenção e a investigação de delitos, impondo, inclusive, sanções pelo descumprimento, sem qualquer retribuição pelos gastos envolvidos em todo o processo.

Em resposta a esses questionamentos, Héctor HERNÁNDEZ BASUALTO argumenta que a legitimidade fundamental do modelo está em reconhecer que o dever de prevenir delitos nada mais é do que a expressão mais lídima da liberdade empresarial, na medida em que o exercício desse direito impõe o dever de velar para que ele não dê oportunidade à ocorrência de ilícitos. Ademais, continua o autor, o modelo de autorregulação forçada (ou regulada) atende, também, a um outro anseio das empresas, que se jactam de serem elas mesmas as que mais bem conhecem as peculiaridades de sua própria atividade, porquanto outra alternativa para o Estado prevenir a ocorrência de delitos econômicas seria a criação de uma extensa regulamentação administrativa a respeito do assunto, cuja intervenção na liberdade da atividade amedronta ainda mais o empresariado.³³⁰

Rafael COLLADO GONZÁLEZ defende que a Lei n. 20.393 erige a autorregulação como forma de controle da ocorrência de delitos, ou, em outras palavras, a “autoprevenção do delito como conteúdo dos deveres de um bom cidadão corporativo”.

Trata-se de estratégia adotada pelo Estado chileno, inserido num panorama pós-industrial, de prevenir os riscos da vida em comum por meio da regulação ou, mais do que isso, incentivando a autorregulação e superando o velho modelo de simples fiscalização (não obstante as empresas continuem a ser fiscalizadas). Privilegia-se, assim, a prevenção de riscos em relação à punição por lesões. Para tanto, obrigações positivas são

³³⁰ La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas em Chile, p. 219.

impostas aos principais criadores de riscos – as empresas –, as quais são normativamente reforçadas pela criminalização da omissão em relação a essa conduta.³³¹

Por fim, o artigo 4º, n. 4, letras *a* a *c*, traz aquela que, talvez, seja a principal contribuição do sistema chileno de responsabilidade penal da pessoa jurídica para o estudo teórico sobre o assunto, qual seja, a previsão do dever de supervisão e da possibilidade de certificação da eficácia do *sistema de prevenção de delitos* anteriormente à ocorrência de qualquer fato delituoso.

Como já se disse, incumbirá ao *encarregado de prevenção*, em conjunto com a administração da empresa, o estabelecimento de métodos para aplicação efetiva do modelo de prevenção dos delitos, assim como sua frequente supervisão e reavaliação, com a finalidade de detectar e corrigir suas falhas, garantindo sua constante atualização frente às novas realidades que vão sendo enfrentadas pela pessoa jurídica no exercício de sua atividade.

Em auxílio na demonstração do seu comprometimento e da sua efetividade na execução de tal tarefa, as empresas poderão contar com a obtenção, junto a empresas de auditoria externa, sociedades classificadoras de risco e outras entidades devidamente registradas perante o competente órgão estatal, de certificação a respeito da adoção e da implementação de seu *modelo de prevenção de delitos*, da qual constarão informações sobre o cumprimento dos itens 1 a 3 do referido artigo 4º da Lei n. 20.393, bem como sobre “situação, tamanho, giro, nível de ingressos e complexidades da pessoa jurídica”.

A *Superintendencia de Valores y Seguros* – órgão estatal mencionado na letra *b* do n. 4 do artigo 4º da Lei n. 20.393 como responsável por registrar as empresas de auditoria externa e as sociedades classificadoras de risco competentes para expedir a certificação mencionada pela lei –, cumprindo seu mandato legal, editou, em 23 de janeiro de 2011, a Norma de Caráter Geral n. 302, regulamentando a atividade de tais empresas no que se refere à certificação dos programas de cumprimento normativo das pessoas jurídicas em operação no Chile. Em suma, cria-se um registro público das entidades habilitadas para outorgar tais certificações (Registro de Entidades Certificadoras de Modelos de Prevenção

³³¹ *Empresas criminales: un análisis de los modelos legales de responsabilidad penal de las personas jurídicas implementados por Chile y España*, pp. 140-144. Tradução livre do autor.

de Delitos), seguindo o sistema de registro de auditores internos e de empresas classificadoras de risco que já existia e estabelecendo normas, procedimentos e metodologias de análise. Estabelece, ainda, a incompatibilidade para certificar modelos que foram criados com a consultoria da própria empresa certificadora (item V da Norma de Carácter General n. 302).³³²

O item V da Norma de Carácter General n. 302 estabelece que o certificado emitido pelas entidades certificadoras devidamente registradas perante a Superintendencia de Valores y Seguros do Chile deverá conter, entre outras, a informação de que “a pessoa jurídica conta com um modelo de prevenção de delitos, que este se encontra implementado e que dito modelo contempla todos os requisitos estabelecidos nos numerais 1), 2) e 3) do artigo 4º da Lei 20.393, em relação à situação, tamanho, giro, nível de faturamento e complexidade da pessoa jurídica, de conformidade ao disposto na letra b) do número 4) de dito artigo”.³³³ Do certificado deverá constar, também, a “opinião” da entidade certificadora a respeito de qual é a validade do certificado emitido, sendo certo que esse período não poderá ser superior a dois anos.

Conforme adverte Jean Pierre MATUS ACUÑA, apesar do engenhoso sistema chileno de certificação a respeito da implementação e da efetividade dos modelos de prevenção de delitos e cumprimento normativo, não é correto pensar que, durante o período de vigência do aludido certificado, poderá a pessoa jurídica eximir-se de toda e qualquer responsabilidade penal, na medida em que, teoricamente, teria cumprido com seus deveres de supervisão e vigilância. Conforme será visto mais à frente neste item, há sérios questionamentos teóricos a respeito do alcance da validade do certificado, principalmente nos casos em que “a responsabilidade surge por um fato que pode qualificar-se como *próprio* ou *autônomo* e não meramente derivado da comissão de um delito por parte de um diretor ou subordinado que burlou o modelo de prevenção estabelecido”.³³⁴

³³² MATUS ACUÑA, Jean Pierre. Sobre el valor de las certificaciones de adopción e implementación de modelos de prevención de delitos frente a la responsabilidad de las personas jurídicas, p. 3. Para texto da normativa, verificar: <http://www.svs.cl/normativa/ncg_302_2011.pdf>, acesso em: 06 de maio de 2014.

³³³ Tradução livre do autor.

³³⁴ Sobre el valor de las certificaciones de adopción e implementación de modelos de prevención de delitos frente a la responsabilidad de las personas jurídicas, p. 4. Tradução livre do autor.

De qualquer forma, a intenção embutida nesse sistema de certificação *ex ante* do sistema de prevenção de delitos é propiciar às empresas a possibilidade de trabalhar com uma *presunção de cumprimento* de seus deveres normativos, a qual, evidentemente, será relativa e admitirá prova em contrário pelo Ministério Público. Quando abre mão de obter a certificação de seu sistema de prevenção de delitos, a empresa deverá demonstrar, no caso concreto submetido à apreciação do Poder Judiciário, que cumpriu com seus deveres de direção, supervisão de sua atividade e conseqüente prevenção de atos ilícitos. Pode-se questionar, neste ponto, a ocorrência de uma certa inversão do ônus probatório, entretanto é inegável que a detecção da ocorrência de um fato ilícito-penal é um forte indício de descumprimento dos deveres organizacionais da empresa.³³⁵

A Lei n. 20.393, neste ponto, refletiu o estado da arte da discussão teórica e do direito comparado a respeito do instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica na época em que foi promulgada: a possibilidade de adoção de programas de *cumprimento normativo*, a designação de um *encarregado de prevenção* que se submete diretamente à direção superior da companhia, na medida em que dotado de faculdades e de recursos independentes. Tudo com a finalidade de que sejam, de fato, estabelecidos protocolos e regras de atuação que permitam minimizar os riscos de ocorrência de delitos, assim como seja adotado um sistema de sanções internas que torne possível sua observância, garantindo o seu *enforcement*.³³⁶

A adoção do modelo de organização e prevenção de ilícitos e sua respectiva certificação não decorrem de obrigação legal, mas se constituem em verdadeira obrigação de fato quando se pretende prevenir e afastar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, muito embora sejam oponíveis e admitam prova contrária a respeito de sua eficácia nos casos concretos.

³³⁵ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas em Chile, pp. 226-227. Esse autor faz o adendo de que a essência da confiabilidade do sistema de certificação chileno decorre do fato de que somente algumas empresas devidamente registradas é que podem emití-la, sendo que tais entidades cumprem uma função pública, tendo seus empregados equiparados a funcionários públicos para todos os efeitos legais, conforme determina o artigo 4º, n. 4, da Lei n. 20.393 e o artigo 260 do Código Penal chileno.

³³⁶ MATUS ACUÑA, Jean Pierre. Sobre el valor de las certificaciones de adopción e implementación de modelos de prevención de delitos frente a la responsabilidad de las personas jurídicas, p. 3. A tradução do termo inglês *enforcement* para o português pode ser feita como execução, cumprimento, desempenho. Cfe.: MELLO, Maria Chaves de. *Dicionário jurídico português-inglês – inglês-português*, p. 313.

A ideia por detrás da concepção de um modelo de certificação da adoção de medidas de cumprimento normativo e prevenção de delitos é demonstrar, anteriormente à ocorrência de qualquer fato ilícito, que se trata aquela determinada empresa de uma pessoa jurídica *virtuosa*, uma *boa cidadã corporativa*. Contudo, mesmo os bons cidadãos podem se equivocar e cometer deslizes ou injustiças em algum momento da vida, tendo que responder por seus atos perante a justiça penal, ainda que de forma atenuada em vista de sua boa conduta de vida. Por esse mesmo raciocínio, o ente coletivo que demonstra ter atuado previamente de maneira prudente e justa não se exime de um ato ilícito que vier a cometer depois, principalmente quando se está a tratar de um *fato próprio*, indutor de autorresponsabilidade.³³⁷

A despeito de não possuir caráter de presunção absoluta, a certificação *ex ante* pode exercer papel importantíssimo de isenção da responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos casos que envolvam atos de terceiros evitáveis pelo modelo de prevenção (que se constituem na base do sistema chileno, como já visto), quando decorrentes de burla do sistema de prevenção ou de circunstância objetivamente imprevisível no caso concreto.

Entretanto, tem papel muito menos significativo quando se trata de fato próprio da pessoa jurídica, decidido, determinado, aprovado, consentido ou deliberadamente ignorado pelos órgãos diretivos da empresa. Evidentemente, a comissão do delito, nesse caso, demonstraria *ex post* a própria ineficácia do modelo de prevenção para o caso concreto, principalmente quando dela decorre a obtenção de benefícios para a empresa, tornando intolerável que não responda pelo fato.³³⁸

Por fim, ainda que se reconheça a inegável contribuição que o sistema de certificação chilena traz para a concepção de um sistema de responsabilidade penal da pessoa jurídica idealizado, não se pode deixar de opor-lhe a crítica de que a obtenção do certificado é fonte de remuneração às respectivas empresas certificadoras, de forma que o título de *bom cidadão corporativo* permitido pela Lei n. 20.393 fica subordinado à disposição do capital suficiente para obtê-lo. Não se fala, aqui, da possível conspiração do sistema, mas sim dos custos inerentemente altos para planejar, implementar e certificar

³³⁷ MATUS ACUÑA, Jean Pierre. Sobre el valor de las certificaciones de adopción e implementación de modelos de prevención de delitos frente a la responsabilidad de las personas jurídicas, pp. 10-11.

³³⁸ MATUS ACUÑA, Jean Pierre. Sobre el valor de las certificaciones de adopción e implementación de modelos de prevención de delitos frente a la responsabilidad de las personas jurídicas, p. 12.

um sistema de prevenção de delitos e cumprimento normativo. Assim, é possível concluir que, quanto mais se exige das empresas, ainda que com a finalidade de reduzir e controlar seus comportamentos daninhos à sociedade, mais se favorece a concentração econômica.³³⁹

Vistas as principais características do sistema chileno de imputação de responsabilidade penal às pessoas jurídicas, introduzido pela Lei n. 20.393, Rafael COLLADO GONZÁLEZ conclui que se trata de um marco legislativo tímido em relação ao rol de delitos abrangidos, carente de uma Parte Especial, pautada numa assessoriedade máxima entre o delito cometido pela pessoa natural e o defeito de organização da pessoa jurídica (omissão imprudente), excluindo-se as empresas da condição de autoras principais do fato delituoso, ou seja, o ato criminoso propriamente dito permanece imputável primordialmente às pessoas físicas e conectável às pessoas jurídicas por regras de conexão.³⁴⁰

A Lei n. 20.393 estabelece as penas cominadas às pessoas jurídicas nos seus artigos 8º a 13, criando também um sistema legal de determinação da reprimenda nos artigos 14 a 18. As penas cominadas são: 1) *dissolução da pessoa jurídica ou cancelamento da personalidade jurídica*, não aplicável às empresas estatais nem às pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviço de utilidade pública, e disciplinada no artigo 9º da Lei n. 20.393; 2) *proibição temporal ou perpétua de celebrar atos e contratos com os organismos do Estado*, disciplinada no artigo 10 da Lei n. 20.393; 3) *perda parcial ou total de benefícios fiscais ou proibição absoluta de seu recebimento por determinado período*, disciplinada no artigo 11 da Lei n. 20.393; 4) *multa*, disciplinada pelo artigo 12 da Lei n. 20.393; 5) *penas acessórias previstas no artigo 13 da Lei n. 20.393*, que são publicação de extrato da sentença às expensas da pessoa jurídica responsabilizada, o confisco do produto do delito e demais bens e objetos dos delito e o pagamento do inteiro valor do investimento necessário à prática do delito, quando este supere o valor do lucro ilícito gerado.

³³⁹ MATUS ACUÑA, Jean Pierre. Sobre el valor de las certificaciones de adopción e implementación de modelos de prevención de delitos frente a la responsabilidad de las personas jurídicas, pp. 13.

³⁴⁰ *Empresas criminales: un análisis de los modelos legales de responsabilidad penal de las personas jurídicas implementados por Chile y España*, p. 132.

De acordo com o artigo 17 da Lei n. 20.393, as penas serão aplicadas ao caso concreto tendo-se em consideração os montantes de dinheiro envolvidos na prática do delito; o tamanho, a natureza e a capacidade econômica da pessoa jurídica envolvida; o grau de sujeição e cumprimento, pelo ente coletivo, das normas legais, regulatórias e técnicas aplicáveis ao seu funcionamento; a gravidade das consequências sociais e econômicas do delito.

Interessante, ainda, notar que a Lei n. 20.393 não dá grande valorização às políticas de *fixing* que venham a ser adotadas pelas pessoas jurídicas, na medida em que prevê como mera circunstância atenuante a adoção, antes do início da ação penal, “de medidas eficazes para prevenir a reiteração da mesma classe de delitos objeto da investigação” (artigo 6º, inciso 3º).

Por fim, a única circunstância agravante da responsabilidade penal prevista pela Lei n. 20.393 é a reincidência, que ocorre quando a pessoa jurídica é novamente responsabilizada depois de ter sido condenada, pelo mesmo delito, nos cinco anos anteriores (artigo 7º). Trata-se de circunstância agravante “[...] manifestamente incompatível com um regime de determinação da pena orientado à culpabilidade pelo fato, resultando congruente, em contrapartida, com a adoção de um princípio de culpabilidade pelo caráter ou pela ‘condução da (própria) vida’”. Tal afirmação fica ainda mais evidenciada pelo fato de que a pena máxima a ser atingida pela aplicação dessa agravante é a dissolução da pessoa jurídica ou o cancelamento de sua personalidade jurídica (artigo 9º, inciso final).³⁴¹

4.4. Espanha³⁴²

A possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica foi introduzida, na Espanha, a partir da promulgação da Lei Orgânica n. 5, de 22 de junho de 2010, que fez inserir o artigo 31.*bis* no Código Penal Espanhol.

³⁴¹ Cfe.: MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. Organizaciones delictiva. Bases para su elaboración en el derecho penal chileno, p. 305. Tradução livre do autor.

³⁴² O artigo 31.*bis* do Código Penal espanhol, instituidor da responsabilidade penal da pessoa jurídica naquele País, a partir da promulgação da Lei Orgânica n. 5, de 22 junho de 2010, encontra-se integralmente transcrito no Anexo III desta tese.

O âmbito de aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica na Espanha é definido em rol taxativo e limitado de crimes imputáveis aos entes coletivos, quais sejam, tráfico ilegal de órgãos (artigo 156.*bis*); tráfico de seres humanos (artigo 177.*bis*.7); delitos relativos à prostituição e corrupção de menores (artigo 189.*bis*); delitos contra a intimidade e invasão informática (artigo 197.3 segundo parágrafo); estelionato e outras fraudes (artigo 251.*bis*); insolvências puníveis (artigo 261.*bis*); danos informáticos (artigo 264.4); delitos contra a propriedade intelectual e industrial, o mercado, os consumidores e corrupção entre particulares (artigo 288.1 combinado com artigos 270 a 286.*bis*); lavagem de dinheiro (artigo 302.2); delitos contra a Fazenda Pública e a Seguridad Social (artigo 310.*bis*); delitos contra os direitos dos cidadãos estrangeiros (artigo 318.*bis*.4); delitos contra a ordenação do território e o urbanismo (artigo 319.4); delitos contra o meio ambiente (artigos 327 e 328.6); delitos relativos a materiais e radiações ionizantes (artigo 343.3); delitos de risco por explosivos e outros agentes suscetíveis de causar estragos, assim como delitos relativos a substâncias destruidoras da camada de ozônio (artigo 348.3); tráfico de drogas (artigo 369.*bis*); moeda falsa (artigo 399.*bis*); corrupção (artigo 427.2); tráfico de influência (artigo 430); corrupção nas transações comerciais internacionais (artigo 445.2); organizações e grupos criminosos (artigo 570.*quarter*); financiamento do terrorismo (artigo 576.*bis*.2).³⁴³

Interessante notar que a reforma operada no Código Penal pela Lei Orgânica n. 5/2010 deixou intacto o artigo 318 desse diploma legal,³⁴⁴ o qual estabelece regra de responsabilização mais específica em relação aos crimes contra os direitos dos trabalhadores, previstos nos artigos 311 a 317, quando estes se relacionam a pessoas jurídicas. Seja por esquecimento, por má técnica legislativa ou mesmo deliberadamente, o certo é que o legislador espanhol manteve, em relação a esses crimes, regras preexistentes de imputação, mesmo em caso de envolvimento de entes coletivos, prevendo apenas a

³⁴³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español, pp. 74-77.

³⁴⁴ “Cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.”

responsabilidade penal das pessoas físicas que agiram em nome ou em substituição àquela.³⁴⁵

Também no que se refere às pessoas jurídicas abrangidas pela possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica, o legislador espanhol optou por deixar de fora do âmbito de aplicação do instituto muitas conformações possíveis de entes coletivos. Conforme o artigo 31.*bis*.5,³⁴⁶ não podem ser objeto de responsabilização o Estado, em suma, as entidades de direito público e assimiladas, as entidades mercantis estatais, os partidos políticos e os sindicatos. As razões que fundamentam a exclusão desses entes coletivos do âmbito de aplicação da responsabilidade penal estão ligadas à importância de seu papel constitucional e de suas funções públicas, além de sua incapacidade de auto-organização, em vista de sua completa sujeição ao princípio da legalidade. Ademais, em vista da relevância de seu papel social, poderiam ser demasiados os efeitos negativos decorrentes da imposição de sanções, algumas dificilmente imagináveis, como a dissolução ou a suspensão.³⁴⁷

De fato, como se verá neste item, ainda que a própria Exposição de Motivos da Lei Orgânica 5/2010 destaque o pretense caráter pormenorizado do sistema de responsabilidade penal da pessoa jurídica que está implantando no direito espanhol, é certo que “isto não quer dizer que o trabalho de inserção de diferentes menções ao longo do texto do Código Penal tenha sido *perfeito e coerente* com o sentido da reforma”. Em verdade, o sistema espanhol de responsabilização penal da pessoa jurídica dista da completude pretendida em sua Exposição de Motivos mesmo em aspectos essenciais, como o estabelecimento de um rol mais claro dos delitos em que é aplicável – o que obriga o

³⁴⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal, parte especial*, p. 354; MAGRO SERVET, Vicente. *Delitos socioeconómicos*, p. 29; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. *Derecho penal español, parte especial*, p. 862.

³⁴⁶ “Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general. En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.”

³⁴⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español, pp. 77-80.

operador do direito a percorrer todo o texto do Código Penal para determinar o âmbito de aplicação do instituto –, o qual, além de obscuro, também é incompleto.³⁴⁸

De fato, a leitura do artigo 31.*bis* do Código Penal espanhol induz à conclusão de que o legislador misturou dois conceitos teóricos opostos e um tanto incompatíveis em seu texto, os quais, entretanto, têm sempre como ponto de partida, para atribuir a responsabilidade penal ao ente coletivo, o cometimento do fato delitivo pela pessoa física.³⁴⁹

Como afirmam Ismael CLEMENTE CASAS e Manuel ÁLVAREZ FEIJOO, há verdadeiro modelo de *transferência* da responsabilidade penal da pessoa jurídica, isto é, um modelo de *heterorresponsabilidade* insculpido no parágrafo primeiro do artigo 31.*bis*.1,³⁵⁰ quando trata de fatos atribuídos às figuras diretivas da companhia e aos componentes que se localizam na cúspide da pirâmide hierárquica empresarial. De fato, pela literalidade do preceito legal mencionado, parece que basta que o *top manager* de uma companhia cometa um ilícito representando a sociedade empresarial, e em proveito dela, para que tenha lugar a responsabilidade penal da pessoa jurídica derivada da ação delituosa de seu representante. Nenhum outro requisito é mencionado pela lei. Nada é dito a respeito da efetividade e da eficiência dos programas de cumprimento previamente adotados para excluir a responsabilidade penal da pessoa jurídica nesses casos.

Como a responsabilidade penal, ainda que da pessoa jurídica, somente pode derivar-se de um fato próprio, ou para o qual se tenha contribuído de alguma forma, é preciso que se interprete o primeiro parágrafo do artigo 31.*bis*.1 do Código Penal espanhol como se trouxesse um requisito adicional implícito, qual seja, além de demonstrar que o diretor ou presidente da empresa cometeu o delito enquanto atuava em proveito de ou representando ente coletivo, faz-se necessário aferir se a própria empresa é culpável, tendo atuado, ao menos, com negligência. Identifica-se, dessa forma, sua própria conduta, seu

³⁴⁸ RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. La obligada reforma del *sistema penal* español para implantar un *modelo* de responsabilidad criminal de las personas jurídicas, pp. 9-10. Tradução livre do autor.

³⁴⁹ CLEMENTE CASAS, Ismael; ÁLVAREZ FEIJOO, Manuel. ¿Sirve de algo un programa de *compliance* penal? ¿ Y qué forma le doy? (Responsabilidad penal de la persona jurídica en la LO 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica), pp. 28-31.

³⁵⁰ “En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.”

fato próprio, realizando-se um juízo de culpabilidade autônomo daquele aplicado à pessoa física.³⁵¹

Contudo, quando se trata de fato perpetrado por “qualquer outro empregado”, a situação é um tanto diferente, conforme se vê da literalidade do segundo parágrafo do artigo 31.*bis*.1.³⁵²

Trata-se, nesse caso, de responsabilidade penal da pessoa jurídica por *defeito de organização*, numa remissão à ideia de *autorresponsabilidade*. Isso porque, quando o delito é cometido por um subordinado, deve ser exigido um requisito adicional para configurar-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica – o qual também não é expressamente previsto pelo texto literal do artigo 31.*bis*.1 –, qual seja, a constatação de que existiam, ou não, mecanismos que visassem a exercer previamente o “devido controle” sobre a ação do empregado, os quais, de qualquer forma, pudessem ter contribuído para evitar o fato delituoso.

Nessa hipótese, será pertinente indagar se os mecanismos de cumprimento normativo poderiam ter desempenhado um papel decisivo na prevenção do fato, na medida em que se exerceu, sobre o subordinado, o controle devido; se houve a diligência necessária no sistema de controle do próprio plano de prevenção; se, apesar de todas as diligências e cuidados, ainda assim o empregado perpetrou o fato delitivo porque foi capaz de burlar os sistemas de controle. Em tais casos, a sociedade empresarial não deveria responder derivadamente de fato praticado por terceiro, porquanto não seria aferível, em concreto, um *defeito de organização* que tenha possibilitado a ocorrência criminosa.

Interessante, ainda, notar que, visto o assunto de forma superficial, é possível objetar que a falha de supervisão a que se faz referência mais uma vez não é da pessoa jurídica propriamente dita, mas sim da pessoa física que exerce o cargo de direção na empresa, cuja atribuição seria fiscalizar e impedir a ocorrência de determinado fato.

³⁵¹ CLEMENTE CASAS, Ismael; ÁLVAREZ FEIJOO, Manuel. ¿Sirve de algo un programa de *compliance* penal? ¿ Y qué forma le doy? (Responsabilidad penal de la persona jurídica en la LO 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica), p. 32.

³⁵² “En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el parágrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.”

Contudo, como afirmam Ismael CLEMENTE CASAS e Manuel ÁLVAREZ FEIJOO, “o que dá lugar à responsabilidade penal da pessoa jurídica não deve ser, de novo, a atuação supervisora de uma pessoa física (o *top manager*), senão um defeito da ‘própria’ estrutura do ente”.³⁵³

Situação também um tanto diversa é a que se encontra no primeiro inciso do artigo 31.*bis*.2 do Código Penal espanhol.³⁵⁴ Aproxima-se à hipótese de verdadeira responsabilidade penal da pessoa jurídica autônoma, por ato próprio, expressamente sem necessidade de apuração de uma ação delituosa prévia atribuível à pessoa física.

Objeta Nicolás RODRÍGUEZ GARCÍA que, no sistema penal espanhol, é vedada a responsabilidade objetiva e ninguém pode ser responsabilizado por fatos que não lhe sejam imputáveis na forma dolosa ou culposa. Em vista disso, o pressuposto de punibilidade das pessoas jurídicas em todos os casos, no sistema espanhol de responsabilidade penal da pessoa jurídica, é sempre a existência de um *defeito de organização* empresarial, consistente na ausência do devido controle sobre as pessoas que atuaram sob a autoridade dos administradores corporativos, independentemente do conhecimento ou da autorização dessa atividade delituosa pela pessoa jurídica.³⁵⁵

Em outras palavras, para configurar-se a culpabilidade apta a fundamentar a responsabilidade penal da pessoa jurídica no sistema espanhol, nem sequer é necessária uma ação corporativa no sentido de cometer ou de permitir que se cometa um delito, bastando tão somente não dispor a companhia de um efetivo sistema de controle empresarial que fosse apto a evitar a ocorrência do fato criminoso que acabou ocorrendo.

Em nada dissentindo do quanto exposto até agora, José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI entende que o sistema espanhol de responsabilidade penal da pessoa jurídica pode ser conceituado como misto, porquanto o artigo 31.*bis*.1 configura aparente

³⁵³ CLEMENTE CASAS, Ismael; ÁLVAREZ FEIJOO, Manuel. ¿Sirve de algo un programa de *compliance* penal? ¿ Y qué forma le doy? (Responsabilidad penal de la persona jurídica en la LO 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica), pp. 29. Tradução livre do autor.

³⁵⁴ “La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella.”

³⁵⁵ RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. La obligada reforma del *sistema penal* español para implantar un *modelo* de responsabilidad criminal de las personas jurídicas, p. 10. Tradução livre do autor.

sistema de heterorresponsabilidade, o artigo 31.bis.2 prevê a ocorrência de responsabilização autônoma. Enquanto o parágrafo primeiro deixa pequenas margens para que o intérprete não conclua que se trata de verdadeira responsabilidade objetiva da entidade pela atuação de terceiro, somente no parágrafo segundo é que a norma alude ao defeito de organização e da falta de controle devido. Incumbirá, a seu ver, ao intérprete da norma integrar os pressupostos de culpabilidade corporativa previstos no parágrafo segundo à aplicação do parágrafo primeiro, já que não é permitida qualquer possibilidade de responsabilidade objetiva no direito penal espanhol.³⁵⁶

Além disso, não se encontram estabelecidos, na sistemática espanhola, os critérios concretos que permitam a exclusão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas em cada caso concreto. Embora se trate de “um sistema *complementar* ao regime tradicional de responsabilidade penal exigível aos indivíduos, que não se veem eximidos de ter de enfrentar sua responsabilidade pessoal pelo fato de haver atuado dentro de uma pessoa jurídica”, trata-se, também e ao mesmo tempo, de um sistema *compatível e autônomo*, em razão da possibilidade de se configurar a responsabilidade penal da pessoa jurídica independentemente da responsabilização do indivíduo diretamente ligado ao cometimento do fato delituoso.³⁵⁷

Vicente MAGRO SERVET, por sua vez, também afirma que o sistema espanhol de responsabilidade penal da pessoa jurídica é falho em razão da falta de previsão expressa de mecanismos que excluam a responsabilização penal da pessoa jurídica quando forem adotadas e opostas medidas adequadas e eficazes de prevenção dos riscos jurídicos (*compliance*), porquanto o que se deve sancionar penalmente é a ausência desses devidos controles corporativos.

Entretanto, em paralelo ao estabelecido no parágrafo quarto do artigo 31.bis do Código Penal espanhol, pelo qual se consideram circunstâncias atenuantes da responsabilidade penal da pessoa jurídica a adoção posterior ao cometimento do delito de

³⁵⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español, pp. 68-70. Mais à frente no mesmo texto, p. 91: ainda que, “a partir do estrito teor literal interpretado isoladamente, haja quem mantenha que estamos diante de uma hipótese de heterorresponsabilidade, o respeito ao modelo constitucional de responsabilidade penal obriga a verificar elementos que, sem esquecer a exigência de um fato de referência, permitam erigir a responsabilidade penal das pessoas jurídicas sobre seu próprio injusto”. Tradução livre do autor.

³⁵⁷ RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. La obligada reforma del *sistema penal* español para implantar *un modelo* de responsabilidad criminal de las personas jurídicas, p. 10. Tradução livre do autor.

algumas atividades reparadoras ou auxiliadoras da persecução penal, é impensável que a adoção de medidas efetivas e adequadas de prevenção e controle dos riscos jurídicos, anteriores à própria ocorrência típica, não tenha a serventia de excluir a responsabilidade penal da pessoa jurídica, ainda que isso não esteja expressamente previsto no comando legal.³⁵⁸

Essa lacuna apontada no sistema de responsabilização penal da pessoa jurídica implantado na Espanha traz sérias dúvidas e muitos questionamentos a respeito do conteúdo que deve ter um programa de cumprimento normativo e de prevenção de riscos jurídicos que possa ser reconhecidamente efetivo e apto a excluir a imputação ante a inocorrência de culpabilidade corporativa.

Surgem, assim, indagações como: Quem deve configurar o chamado *compliance programme*? Cada empresa deve ter o seu? Existe um modelo a ser seguido? Qualquer programa de cumprimento normativo e prevenção de riscos jurídicos é válido? E, talvez, o principal desses questionamentos: Quem ou quais autoridades ou entes são aptos e autorizados a validar o conteúdo e a execução do programa de *compliance*?³⁵⁹

Não havendo previsão legal, está-se diante de um quadro de notória insegurança jurídica, porquanto tal lacuna redundaria no desconhecimento dos requisitos mínimos necessários que devem constar e ser observados por um programa de *compliance* apto a excluir a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Em suma, a crítica que se pode dirigir ao sistema espanhol de responsabilização penal das pessoas jurídicas é de que o Estado obrigou o setor empresarial a criar os denominados programas de cumprimento normativo, entretanto não conferiu a essa obrigação os parâmetros mínimos para sua execução,³⁶⁰ de maneira que os entes coletivos se veem compelidos a validar suas medidas preventivas e controles de

³⁵⁸ MAGRO SERVET, Vicente. Contenido necesario del plan de prevención jurídica de las empresas para evitar responsabilidades penales, pp. 20-23.

³⁵⁹ MAGRO SERVET, Vicente. Contenido necesario del plan de prevención jurídica de las empresas para evitar responsabilidades penales, pp. 23-26.

³⁶⁰ Nas palavras de Vicente MAGRO SERVET, “a principal conclusão sobre esse sistema é que o Estado obrigou o setor empresarial a implantar o programa de prevenção, no entanto não disse a este setor como deveria fazê-lo”. Contenido necesario del plan de prevención jurídica de las empresas para evitar responsabilidades penales, p. 24. Tradução livre do autor.

riscos perante o Poder Judiciário, quando da apreciação de caso concreto submetido a julgamento.

É evidente a insegurança jurídica gerada por esse sistema porque o Poder Judiciário lança sobre os fatos que lhe são submetidos uma visão *ex post*, isto é, analisa, numa perspectiva passada, fatos já ocorridos e consumados. Em outras palavras, ao juiz criminal somente serão submetidos fatos que já redundaram nalgum resultado perigoso ou danoso, o que compromete a análise *ex ante* das pretensas eficácia e efetividade do programa de *compliance* implementado, numa indesejável subversão de seus propósitos ideais, já que passa ele a funcionar não mais como uma possibilidade de prevenção de risco jurídico, mas sim como evidência de uma falha consumada.

Também Ismael CLEMENTE CASAS e Manuel ÁLVAREZ FEIJOO preocupam-se com as incertezas existentes no sistema espanhol de responsabilização penal da pessoa jurídica, destacando que não só inexitem normas jurídicas positivas que obriguem expressamente a adoção de planos de *compliance* penal pelas empresas, mas também inexitem regulações a respeito de como devem ser esses planos e qual o alcance devem ter, ou – o que é mais preocupante – não há clareza na atribuição de efeitos jurídicos aos esforços legalmente atribuídos ao setor empresarial.

As incertezas de tal quadro trazem ao mundo corporativo indagações elementares a respeito dos esforços que deve empreender para fazer frente às imputações penais corporativas, tais como: Um programa de *compliance* penal serve para alguma coisa, de verdade? Como devo fazê-lo? Que forma e que conteúdo ele deve ter? Basta um código de conduta? Será necessário designar internamente uma pessoa especificamente dedicada à matéria, um *chief compliance officer*? É necessário fomentar um canal seguro de denúncia dos empregados que percebam comportamentos irregulares dentro da companhia (*whistleblowing*)?³⁶¹

Parece, portanto, que o correto seria prever, na própria lei, tais obrigações e as formas de exclusão da responsabilidade penal da pessoa jurídica, prevendo-se, ainda, a

³⁶¹ CLEMENTE CASAS, Ismael; ÁLVAREZ FEIJOO, Manuel. ¿Sirve de algo un programa de *compliance* penal? ¿ Y qué forma le doy? (Responsabilidad penal de la persona jurídica en la LO 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica), p. 27.

necessidade de regulamentação a ser sancionada por algum determinado órgão da Administração estatal, com a finalidade de evitar a coexistência de diferentes sistemas regulatórios sobrepostos. Isso permitiria às empresas identificarem, com maior segurança, qual é o grau de responsabilidade e quais as medidas que, de fato, lhes são exigíveis para prevenir a responsabilidade pela prevenção de riscos e de evento ilícitos que lhes foi trasladada pelo Estado. Sem tais pressupostos, fica muito difícil – senão impossível – ao setor empresarial, destinatário último do artigo 31.*bis*, prever e focar, com precisão, todo o espectro de sua atuação preventiva.

Outro questionamento trazido por Vicente MAGRO SERVET, que bem ilustra os temores e a insegurança que as lacunas no sistema espanhol de responsabilidade penal da pessoa jurídica podem trazer, é o de que, mesmo se aceitando a exclusão da culpabilidade do ente coletivo pela adoção e execução de um efetivo e competente programa de prevenção de riscos – embora, como já se disse, tal possibilidade não esteja prevista expressamente na lei –, ainda assim se estará diante de certa perplexidade quando os fatos forem derivados da conduta dos órgãos diretivos da companhia, responsáveis por elaborar e implantar o plano de controle de condutas, e não de meros empregados e colaboradores, a respeito dos quais é possível aferir, com maior facilidade, a (in)submissão ao código interno de boas práticas administrativas adotado.³⁶²

Assim, em relação aos seus próprios órgãos diretivos, o programa interno de prevenção de riscos de uma empresa deverá conter previsões concretas e claras a respeito de quais são e qual o alcance de suas funções na companhia, com o respectivo condicionamento das limitações de seus poderes. Isso porque a extrapolação dos poderes de gestão – seja pelo agir fora de suas atribuições, seja pelo agir contrário aos interesses da companhia – e a demonstração do não compartilhamento da empresa do proveito do fato criminoso constituem dois mecanismos que podem determinar a exoneração da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Daí a importância de estabelecer, com clareza de intenções e princípios, mesmo diante da falta de legislação e regulamentação sobre o tema, os planos prévios de delegação e delimitação de funções, com a respectiva previsão – também prévia – de

³⁶² MAGRO SERVET, Vicente. Contenido necesario del plan de prevención jurídica de las empresas para evitar responsabilidades penales, pp. 21-23.

medidas específicas para combater internamente os desvios e abusos na condução dos negócios da empresa, ainda que por seus órgãos diretivos. Isso porque, de fato, a responsabilidade penal da pessoa jurídica jamais poderá ser automática, derivada de responsabilidade objetiva, de modo que não é possível conceber sua aplicação em casos de atuação isolada, ainda que de um diretor, quando houve a implantação concreta de um programa de cumprimento normativo que prevê a vigilância da conduta tanto de executivos quanto de empregados.³⁶³

O teor aberto, impreciso e insuficiente do quanto legislado a respeito da responsabilidade penal da pessoa jurídica na Espanha permite, por exemplo, interpretações como aquela elaborada pela *Fiscalía General del Estado*, por meio da Circular 1/2011, que defende uma espécie de responsabilização por transferência pura, objetiva em sua essência, ao analisar a literalidade do artigo 31.*bis* do Código Penal espanhol.³⁶⁴

De acordo com referido documento, trata-se o sistema de responsabilidade penal da pessoa jurídica na Espanha de uma espécie de “responsabilidade do fato pessoal por representação”, ou seja, um sistema de heterorresponsabilidade, vicarial ou de transferência puro, no qual não se instituiu um mecanismo que permita imputar diretamente fatos delitivos aos entes coletivos, mas tão somente partir das condutas antissociais das pessoas físicas vinculadas normativamente à empresa, na posição de gestores ou quando submetidos à hierarquia corporativa. Dentro dessa compreensão, em verdade, as pessoas naturais encarnariam o *alter ego* ou o cérebro da pessoa jurídica, de maneira que seus comportamentos acabam se confundindo, fazendo com que o ente coletivo por eles responda.

Para que haja essa responsabilização, defende a *Fiscalía General del Estado*, a concepção dogmática do delito deverá centrar-se sempre na ação ou omissão das pessoas físicas, responsabilizando-se a empresa “se a infração se produziu *nas circunstâncias específicas e por quem* estabelece o legislador, atuando estas variáveis como filtros que,

³⁶³ MAGRO SERVET, Vicente. Contenido necesario del plan de prevención jurídica de las empresas para evitar responsabilidades penales, pp. 21-23.

³⁶⁴ Texto integral em: FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (Espanha). *Circular 1/2011 – Relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010*. Disponível em: <http://www.fiscal.es/cs/Satellite?c=FG_Multimedia_FA&cid=1247140262302&pagename=PFiscal%2FFG_Multimedia_FA%2FFGE_fckDescarga>. Acesso em: 20/02/2014. Para o tema ora desenvolvido, verificar pp. 29-39.

por outra parte, evitam incorrer no automatismo de uma responsabilidade puramente objetiva”. Não seria, entretanto, correta a objeção de que um modelo como esse exigiria das empresas esforços consideráveis para impedir, prevenir e controlar os riscos gerados por sua atividade, na medida em que a responsabilidade sempre lhes será atribuível, porque a atividade do agente teria que ser mensurada a partir do conteúdo real do mandato que lhe foi outorgado e de suas vertentes formal, material e funcional, bem como das extralimitações de seu exercício.³⁶⁵

Não haveria, dentro dessa interpretação ao artigo 31.*bis* proposta pela *Fiscalía General del Estado* da Espanha, *bis in idem* pela imputação do mesmo fato às pessoas física e jurídica, porque a responsabilização dos entes coletivos está assentada em fundamentos diversos daqueles que fundamentam a das pessoas naturais, de maneira que não ocorreria identidade de fato, sujeito e fundamento, para que se caracterizasse a proibida dupla imputação. Da mesma forma, o sistema espanhol, nessa concepção, por ser puramente vicarial, afasta o debate “conceitual e conceitualista” a respeito dos diferentes modelos de responsabilização dos entes coletivos, principalmente daqueles que defendem “um modelo de imputação – objetiva e subjetiva – exclusivo da pessoa jurídica, em que um dos fundamentos da responsabilidade das corporações é a chamada culpabilidade da empresa por *defeito de organização*”.³⁶⁶

Como corolário de toda interpretação levada a efeito pela *Fiscalía General del Estado* a respeito do artigo 31.*bis* do Código Penal espanhol e de seu teor aberto, insuficiente e impreciso, segue a conclusão de que normas de autorregulação ou *compliance guide* somente são relevantes, para evitar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, na medida em que traduzam uma conduta empresarial. Sua formalização, ou mesmo sua inexistência, não indica, por si só, a capacidade potencial de o ente coletivo incorrer na responsabilidade penal.

Não importa se a empresa atuou de acordo com seu manual de boas práticas corporativas, nem se o comportamento preconizado seria apto a evitar a ocorrência do delito, já que a única operação exigida pela lei ao intérprete é a atribuição à pessoa jurídica da responsabilidade penal derivada de ilícitos penais cometidas por seus representantes na

³⁶⁵ pp. 33-34. Tradução livre do autor.

³⁶⁶ p. 38. Tradução livre do autor.

hipótese em que tais condutas ocorreram “quando os mesmos atuavam *em nome, por conta e em proveito* da corporação, ou como consequência de terem omitido o *devido controle* sobre seus subordinados hierárquicos no *exercício de atividades sociais* e por *conta e em proveito da entidade*”.³⁶⁷

A interpretação dada pela *Fiscalía General del Estado* ao sistema de responsabilização penal da pessoa jurídica espanhol mereceu severas críticas de Bernardo José FEIJOO SÁNCHEZ, que a classificou de “simplificadora presunção *iuris et de iure* de que o delito individual é sempre um defeito organizativo da pessoa jurídica”. Nessa interpretação, segundo o aludido autor, converte-se o defeito de organização num “mero expediente para transferir a responsabilidade à pessoa jurídica pelo injusto das pessoas físicas que, no contexto da estrutura organizativa, infringem seus deveres em relação à gestão da organização”.³⁶⁸

Em consonância, José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI afirma que o pronunciamento contido na Circular 1/2011 no sentido de que o sistema espanhol de responsabilidade penal da pessoa jurídica é uma forma pura de heterorresponsabilidade – ou de responsabilidade por transferência ou vicarial, indireta ou subsequente – estimula os esforços doutrinários realizados no sentido de tentar resolver as dificuldades de interpretação e de aplicação do artigo 31.*bis*, a partir da ideia de defeito de organização, centrando-se na falta do devido controle da atividade corporativa.³⁶⁹

Toda essa insegurança do sistema espanhol de responsabilidade penal da pessoa jurídica ganha ainda mais importância quando se sabe que, nos termos do artigo 33.7 do Código Penal, as penas aplicáveis na hipótese são de multa; dissolução da pessoa jurídica; suspensão de atividades por até cinco anos; fechamento de locais de funcionamento e estabelecimentos até cinco anos; interdição de atividades que deram causa, favoreceram ou encobriram o delito, a qual poderá ser definitiva ou atingir quinze anos; inabilitação para obter subvenções e incentivos fiscais e para contratar com a

³⁶⁷ p. 38. Tradução livre do autor.

³⁶⁸ In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad de las personas jurídicas*, p. 77. Tradução livre do autor.

³⁶⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español*, p. 71.

administração pública, por até quinze anos; intervenção judicial, total ou parcial, por até cinco anos.

Na aplicação da pena à pessoa jurídica, de acordo com o artigo 31.*bis*.4, letras *a* a *d*, deve ser sopesada, pelo juiz criminal, a atuação da empresa após a ocorrência do fato delituoso dentro do que se espera de um efetivo programa de *compliance* e seus mecanismos de colaboração com as autoridades e de reparação dos danos causados pela conduta antissocial. Tais hipóteses, alçadas à categoria de atenuantes, são as seguintes: a) confessar a infração às autoridades antes de saber que o procedimento judicial contra si foi instaurado; b) colaborar com a investigação, produzindo, em qualquer momento do processo, provas consideradas novas e decisivas para esclarecer as responsabilidades penais provenientes dos fatos; c) reparar ou diminuir o dano causado pelo delito a qualquer momento do procedimento antes do juízo oral; d) estabelecer, antes do início do juízo oral, medidas eficazes para prevenir e descobrir os delitos futuros que poderiam ser cometidos pelos meios ou sob a cobertura da pessoa jurídica.

Em relação às circunstâncias agravantes da pena aplicável à pessoa jurídica, tem-se que artigo 66.*bis*³⁷⁰ do Código Penal Espanhol estabelece que a duração das penas interditivas de direitos e atividades devem ser majoradas, ou mesmo estabelecidas em

³⁷⁰ “Artículo 66 bis

En la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las reglas 1ª a 4ª y 6ª a 8ª del primer número del artículo 66, así como a las siguientes:

1ª. En los supuestos en los que vengan establecidas por las disposiciones del Libro II, para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 habrá de tenerse en cuenta:

- a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos.
- b) Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores.
- c) El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.

2ª. Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física.

Para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

- a) Que la persona jurídica sea reincidente.
- b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) y f) del apartado 7 del artículo 33, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

- a) Que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5ª del primer número del artículo 66.
- b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.”

caráter permanente, quando esteja configurada a reincidência simples ou qualificada (ao menos três delitos da mesma espécie) do ente coletivo ou demonstrada sua utilização instrumental para o cometimento de ilícitos penais, ou seja, quando se evidenciar que se trata de uma empresa cuja finalidade principal ou preponderante é a ação delituosa.³⁷¹

No sistema espanhol de cominação e aplicação de penas às pessoas jurídicas, conforme acima delineado, a multa é a reprimenda básica, porquanto, de todas as sanções cominadas, é a única que exerce uma finalidade preventiva-geral positiva, cuja determinação é orientada pela gravidade do injusto e pela culpabilidade própria da pessoa jurídica. As outras penas cominadas teriam somente finalidade preventivo-especial, voltadas que são a evitar a continuidade da atividade delitiva do ente coletivo e seus efeitos, parecendo-se muito com um sistema de medidas de segurança (a doutrina chega a referir-se a “prevenir a periculosidade” da pessoa jurídica).³⁷²

Não é outro o entendimento de José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI quando afirma que a aplicação das penas de dissolução, suspensão, fechamento de locais de funcionamento, proibição de atividades, inabilitação e intervenção judicial deve ser pautada por critérios complementares como a necessidade para prevenir a continuidade delitiva e seus efeitos, as consequências econômicas e sociais e, especialmente, os efeitos para os trabalhadores e a posição ocupada pela pessoa física ou pelo organismo de controle que falhou em sua obrigação de supervisão ou prevenção do fato antissocial.³⁷³

É possível afirmar que o sistema de determinação das penas aplicáveis à pessoa jurídica deixou grande margem de liberdade ao intérprete, comparativamente maior do que em relação às reprimendas aplicáveis às pessoas físicas. Para Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ, essa parcela de indeterminação é algo desejável, na medida em que permite maior flexibilidade na busca dos objetivos político-criminais almejados para o sistema de responsabilização penal das pessoas coletivas.³⁷⁴

³⁷¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español, pp. 86-89.

³⁷² Cfe.: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad de las personas jurídicas*, pp. 237-238.

³⁷³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español, p. 88.

³⁷⁴ In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad de las personas jurídicas*, pp. 235-236.

Entretanto, José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI lança crítica à insuficiência de determinação do sistema de penas aplicáveis aos entes coletivos na Espanha, listando, inclusive, uma série de reprimendas que poderiam ter sido utilizadas pelo legislador, mas que foram indevidamente descartadas, tais como: publicação da sentença nos meios de comunicação especializados na área de atuação da empresa; inscrição do ente coletivo em registros administrativos de caráter público; proibição de transacionar no mercado de ações; proibição de fazer publicidade; obrigação de realizar prestações de serviços comunitários, entre outras.³⁷⁵

Da exposição a respeito do sistema espanhol de responsabilização da pessoa jurídica, evidencia-se o cuidado que deve ter o legislador para não criar um espaço incriminatório com porosidade e margens de indefinição acentuadamente alargadas. A solução legislativa encontrada, de simplesmente colocar alguns artigos e parágrafos a tratar do tema no meio de reformas pontuais, que abordam outros tantos temas, demonstra a insuficiência de tentar criar um sistema de imputação penal de pessoas coletivas como mero apêndice do sistema penal clássico, formatado historicamente para tratar da responsabilidade pessoal dos indivíduos.

Ademais, a indefinição e a porosidade, num tema ainda tão recente na tradição da dogmática jurídico-penal dos países de *civil law*, acabam criando diversas possibilidades e situações de verdadeira insegurança jurídica. Não basta apenas delimitar, ainda que com sofreguidão, aquilo que é proibido, mas é também necessário demarcar e prover de conteúdo aquilo que é permitido dentro do sistema de imputação.

Caso assim não seja feito, o risco existente é de que as enormes lacunas deixadas pelo legislador sejam preenchidas pelos intérpretes de maneira a exigir da atividade empresarial aquilo que é impossível de implementar, ou seja, a prevenção total de todos os comportamentos desviados, sem lhes propiciar um parâmetro mínimo daquilo que lhes é legalmente exigível, com vistas a poderem se defender apontando o esgotamento do cumprimento das exigências legais.

³⁷⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español, pp. 83-84.

Tangencia-se, com isso, a responsabilidade objetiva. Não espanta, portanto, que essa tenha sido conclusão da *Fiscalía General del Estado*, em sua Circular 1/2011, como visto acima, transformando a responsabilidade penal da pessoa jurídica em mero apêndice da responsabilidade penal individual, bem como conspurcando as finalidades iniciais da criação de um sistema de *compliance*, na medida em que se lança sobre ele apenas uma visão *ex post* por meio de um fato delituoso já constatado.

5 – PROPOSTA DE UM NOVO MODELO DE RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA PARA O BRASIL

A partir dos conhecimentos jurídico-penais, criminológicos e político-criminais hauridos na pesquisa para elaboração e estruturação dos quatro capítulos anteriores, buscar-se-á, no presente capítulo, propor as balizas mínimas das quais não pode prescindir um modelo brasileiro de responsabilidade penal da pessoa jurídica, observando-se não só a incidência de limites constitucionais na definição do âmbito de aplicação do instituto, mas também no que eles se referem às garantias das corporações em relação à formatação da imputação que lhes é lançada, principalmente no que tange ao aferimento da culpabilidade corporativa e ao papel que os programas de *compliance* podem exercer no aferimento do defeito de organização culpável.

Nesse sentido, para que essa importante ferramenta político-criminal atinja os objetivos a que se propõe, faz-se necessária a elaboração de um modelo de imputação menos deficitário do que aquele que foi utilizado, no Brasil, até os dias atuais, para os crimes ambientais.

Um novo modelo de imputação no qual as possibilidades de heterorresponsabilidade e de autorresponsabilidade do ente coletivo convivam e assentem-se, ambas, num conceito de culpabilidade corporativa derivada do defeito de organização.

Nesse contexto, os programas de prevenção de riscos empresariais e de cumprimento normativo têm, também, um papel relevante na conformação desse novo direito penal do presente e do futuro, pois seus princípios, quando legislados, deverão servir não só de critério para examinar a culpabilidade empresarial, mas também de ferramenta de exclusão da imputação quando tiverem sido cumpridas a contento suas obrigações. Essa nova mentalidade terá como uma de suas consequências a análise do fato delituoso também numa perspectiva *ex ante*, e não mais somente numa perspectiva *ex post*.

5.1. A Constituição de 1988 e a responsabilidade penal da pessoa jurídica

O texto constitucional de 1988 traz, ínsitos, dois conteúdos principais. De um lado, confere uma gama de garantias e direitos fundamentais ao cidadão, com a finalidade de obstaculizar o abuso do poder de polícia estatal. De outro, estabelece uma série de nortes valorativos e mandamentos constitucionais, dando relevo a um modelo de desenvolvimento nacional baseado na ideia de justiça social. Não é só um texto voltado à estrutura e às atividades do Estado e de sua atuação socioeconômica, mas sim a lei fundamental de toda a sociedade brasileira, à qual pretende imprimir transformações balizadas, principalmente, em valores como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; o desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem comum, sem preconceito ou discriminação de qualquer espécie.³⁷⁶

Trata-se, sem dúvida, a Constituição de 1988 de uma *Constituição dirigente*, na medida em que vincula, modula e legitima o exercício do poder político – em qualquer dos âmbitos dos Poderes constitutivos do Estado: Executivo, Legislativo e Judiciário –, em relação ao qual deve constituir-se em premissa material para sua ação. Parte, assim, da realidade social posta, mas tem como meta alcançar objetivos futuros dentro desses valores preestabelecidos, transformando a própria sociedade em que tem sua vigência, numa atividade dinâmica e reflexa.³⁷⁷

Dentro desse perfil dirigente da Constituição de 1988, instituidora de um Estado Democrático de Direito no qual se busca promover o desenvolvimento nacional e a justiça social, surgem os denominados *mandados de criminalização*, que funcionam como ferramentas constitucionais têm como finalidade proteger, suficiente e adequadamente, alguns direitos e valores fundamentais estatuídos no próprio texto constitucional de lesões ou ameaças provenientes de agentes particulares ou mesmo estatais. Os mandados de criminalização são regras constitucionais que sustentam valores fundamentais à sociedade brasileira, traçando roteiros para os poderes constituídos no sentido de dar aos direitos fundamentais sua máxima efetividade, por meio de ordens ao legislador ordinário para que

³⁷⁶ O artigo 3º e respectivos incisos estabelecem os chamados objetivos fundamentais e, juntos, formam a cláusula transformadora proposta pela Constituição da República. Cfe.: SARCEDO, Leandro. *Política criminal e crimes econômicos – uma crítica constitucional*, pp. 58-61.

³⁷⁷ Cfe.: SARCEDO, Leandro. *Política criminal e crimes econômicos – uma crítica constitucional*, pp. 44-48.

incrimine determinadas condutas atentatórias a esses bem e valores constitucionalmente tutelados.³⁷⁸

Dentro dessa concepção de que, no seio da *Constituição dirigente*, existem *mandados de criminalização*, cuja função é dar reforço à proteção de determinados bens e valores especialmente caros ao programa constitucional, não resta dúvida de que o § 3º do artigo 225 da Constituição da República constitui-se numa determinação expressa ao legislador ordinário no sentido de que viabilize a proteção do meio ambiente, incriminando as condutas atentatórias ou lesivas a esse bem jurídico-constitucional, inclusive pela imposição da responsabilidade penal às pessoas jurídicas, conforme se vê a seguir:

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.

Embora essa determinação do legislador constitucional seja de indubitosa clareza, certo é que tal comando constitucional gerou muitas celeumas no âmbito doutrinário brasileiro, que foram sendo dirimidas aos poucos, não restando qualquer dúvida a respeito da constitucionalidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento nacional, de acordo com reiterados posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, conforme anteriormente verificado no item 4.1 desta tese.

Seguindo a mesma lógica, parece inafastável que o artigo 173, § 5º, da Constituição da República trouxe ao legislador ordinário um outro *mandado de criminalização*, inclusive com a imposição de responsabilidade penal da pessoa jurídica, para as condutas lesivas contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular, como se observa abaixo:

A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições

³⁷⁸ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*, pp. 153-172. São listados como temas que podem ser objeto de criminalização por expressa determinação do texto constitucional: o terrorismo, o tráfico de entorpecentes, a tortura, os crimes hediondos, a tortura, o racismo, a retenção dolosa de salário, a exploração sexual da criança e do adolescente, a discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais e a proteção ao meio ambiente. Verificar às páginas 215-294 da obra mencionada.

compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

É certo que a extensão do conteúdo literal do artigo 173, § 5º, da Constituição da República deve ser sopesada a partir a crítica de Alamiro Velludo SALVADOR NETTO, que o entende dúbio, afirmando que a mera recusa teórica da compatibilidade da responsabilidade penal com a natureza dos entes coletivos já permitiria a interpretação de que não está ela autorizada constitucionalmente, na medida em que referido dispositivo constitucional literalmente diz que a lei estabelecerá a responsabilidade da pessoa jurídica, “sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza”. Permitir-se-iam dizer, aqueles contrários à responsabilização penal das pessoas jurídicas, que são compatíveis com sua natureza apenas as responsabilidades civil e, principalmente, administrativa, também previstas no comando constitucional.

Contudo, continua referido autor, mesmo frente à dubiedade de sua redação, o aludido artigo 173, § 5º, deve ser interpretado sistematicamente e em conjunto – e não de “forma isolada e sectária” – com o artigo 225, § 3º, da Constituição, no qual entende “diáfana a redação constitucional” no sentido da plena compatibilidade entre a responsabilização penal e a natureza jurídica do ente coletivo. Conclui que, não obstante as oposições doutrinárias à escolha político-criminal adotada pelo legislador, “tais óbices, na atual circunstância, apenas podem ser feitos de *lege ferenda*, isto é, parece um tanto quanto crítica, no sentido ideal, qualquer consideração no sentido de afastar a responsabilidade penal da pessoa jurídica ao menos no âmbito legal e constitucional”. No plano constitucional, permite-se, portanto, a responsabilização penal da pessoa jurídica não só por crimes ambientais, mas também pelos “atos tipificados como atentatórios à ordem econômico-financeira e nas relações de consumo”.³⁷⁹

Sérgio Salomão SHECAIRA, após desenvolver todo um capítulo no qual defende e demonstra a evidência do imperativo constitucional de adotar-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica para os crimes contra o meio ambiente, contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular, traz, na parte final de sua obra, conclusão peremptória a respeito do tema:

³⁷⁹ *Comentários à Lei de Crimes Ambientais – Lei nº 9.605/1998*, pp. 90-92.

A Constituição brasileira, inescandivelmente, adotou a responsabilidade penal da empresa. Ela o faz nos arts. 173, § 5º, e 225, § 3º. É, portanto, para esses casos que se recomenda a responsabilização da empresa no plano jurídico-penal. Não obstante alguns autores ainda não admitirem seu reconhecimento, qualquer que seja o critério adotado, com uma interpretação literal, lógico-sistemática ou teleológica, histórico-comparativa ou evolutiva, sempre há de se concluir pela consagração da responsabilidade penal da pessoa jurídica nos dispositivos mencionados. [...]³⁸⁰

Klaus TIEDEMANN, por sua vez, não tem qualquer reserva em afirmar que se trata o artigo 173, § 5º, da Constituição da República de um mandato expresso ao legislador ordinário brasileiro no sentido de que seja adotada a responsabilidade penal das pessoas jurídicas nas hipóteses nele previstas.³⁸¹

A questão que se coloca a partir desses dois *mandados de criminalização*, ou seja, duas determinações do legislador constitucional destinadas ao legislador ordinário no sentido de nortear sua atividade política, para que, ao tratar de incriminar condutas delituosas contra o meio ambiente, contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular, utilize-se da ferramenta político-criminal consistente na responsabilidade penal das pessoas jurídicas, é a seguinte: além desses dois mandatos expressos, tem o legislador ordinário a possibilidade constitucional de tratar outras áreas merecedoras da tutela do direito penal por meio da imputação aos entes coletivos?

Antes de se iniciar qualquer debate a respeito da possibilidade de adotar o instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica frente aos limites infranqueáveis de que se constitui o sistema de direitos e garantias individuais previstos no artigo 5º da Constituição da República, é necessário dizer que o texto constitucional brasileiro não determina, em momento algum de toda sua (grande) extensão, que a responsabilidade

³⁸⁰ *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, pp. 121-133 e 191. Em artigo escrito em conjunto por Sérgio Salomão SHECAIRA e pelo autor desta tese, Leandro SARCEDO, defendeu-se que “é inegável que a norma constitucional acima invocada tem clara força dirigente, determinando ação do legislador no sentido de aprovar leis que prevejam a responsabilidade da pessoa jurídica, independentemente da responsabilização de pessoas físicas, por atos lesivos contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular. A questão que ainda permanece sob acalorada discussão doutrinária é o alcance do termo ‘*punições compatíveis com a sua natureza*’, pois aqueles que se colocam contra a responsabilização penal da pessoa jurídica argumentam que a punição penal é incompatível com a natureza do ente coletivo, enquanto aqueles favoráveis à responsabilização penal da sociedade empresarial entendem-na plenamente compatível, desde que compreendida fora dos padrões dogmáticos tradicionais do direito penal e excetuando-se, por óbvio, a pena de prisão dentre aquelas cominadas.” A responsabilidade penal da pessoa jurídica no Projeto de novo Código Penal (Projeto de Lei do Senado nº 236/2012), p. 690.

³⁸¹ Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado, p. 21.

penal tem de ser necessariamente individual, como o faz a Constituição italiana, em seu artigo 27, por exemplo.³⁸²

Ademais, como é a própria Constituição da República quem estabelece, em duas de suas passagens – numa delas, de maneira bastante explícita –, a possibilidade de adoção, pelo legislador ordinário, da responsabilidade penal da pessoa jurídica, não há que se falar, evidentemente, em inconstitucionalidade do instituto jurídico em questão como alternativa político-criminal para tratar de determinadas condutas antissociais.

Nesse sentido, Luiz Carlos dos Santos GONÇALVES acentua que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas não é matéria reservada à Constituição, de modo que “[a] lei ordinária poderá fixar – aí sim, com maior influência das opções de política criminal – outras hipóteses nas quais esse estilo de responsabilização seja indicável”, sugerindo, dentro desse espectro de possibilidades político-criminais, os crimes contra a ordem tributária e contra o sistema financeiro nacional.³⁸³

O Supremo Tribunal Federal, por sua 1ª Turma, quando do julgamento do recurso extraordinário n. 548.181/PR, relatado pela Ministra Rosa WEBER, também asseverou que a Constituição de 1988 não faz qualquer reserva apriorística quanto à criminalização de condutas ou em relação a quem serão seus sujeitos ativos, tratando-se de matéria que, respeitados os limites constitucionais, deve ficar ao alvedrio do legislador ordinário.³⁸⁴

Aliás, esse tema a respeito da constitucionalidade da iniciativa do legislador ordinário de trazer a responsabilidade penal da pessoa jurídica para outras espécies de crimes, que não somente aquelas expressamente constantes dos *mandados de criminalização* constitucionais – contra o meio ambiente, contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular –, foi largamente debatido pela Comissão de

³⁸² A respeito da previsão da Constituição italiana sobre a exclusividade da responsabilidade penal individual, verificar o item 4.2 desta tese.

³⁸³ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*, p. 289.

³⁸⁴ “Em princípio, não há reserva de Constituição para a criminalização de condutas, nem para a definição de quem possa ser sujeito ativo da prática de crimes. Trata-se de matéria que se encontra, guardados os limites constitucionais, no âmbito da liberdade de conformação do legislador. E, o que sobreleva, a Constituição Federal de 1988, inovando, previu expressamente, para reforçar a proteção do meio ambiente, a responsabilização penal da pessoa jurídica no § 3.º de seu art. 225 [...]”. Aresto em questão, p. 36.

Juristas nomeada pelo Senado Federal para discutir o Anteprojeto do novo Código Penal Brasileiro.

De fato, na 16ª Reunião daquela Comissão, realizada em 11 de maio de 2012, quando se discutia sobre a inclusão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas no texto do Anteprojeto do Código Penal, houve intervenção de Luiz Carlos dos Santos GONÇALVES no sentido de incluir os crimes contra a Administração Pública no rol daqueles que permitiriam a imputação aos entes coletivos, ou seja, uma hipótese que faz todo sentido do ponto de vista político-criminal, mas que não consta do expresse *mandado de criminalização* no texto constitucional.

Nos termos da Ata de referida reunião, os argumentos expendidos por Luiz Carlos dos Santos GONÇALVES para sustentar sua proposta, vencedora naquele colegiado, de ampliação do rol de incidência da responsabilidade penal das pessoas jurídicas foram, em síntese, os seguintes:

[...] quando a Constituição enumera um fenômeno, não significa que outras possibilidades não existam. [...] não há reserva constitucional sobre o que a lei pode considerar hipótese de responsabilidade penal da pessoa jurídica. Na minha leitura, essas menções da Constituição ao meio ambiente, à ordem econômica e financeira e à economia popular não são exaurientes, são exemplificativas. Então, há o espaço da lei para prever a ampliação dessas figuras de responsabilidade penal. E eu observo que na Administração Pública em particular a questão é essencial porque o que vemos são pessoas jurídicas que são corruptoras e contratam funcionários que podem responder pela corrupção, e a pessoa jurídica – não vou citar nenhum nome –, a pessoa jurídica se safava com a rotatividade dos funcionários.³⁸⁵

Não há, portanto, dentro dessa ordem de argumentação, qualquer empecilho constitucional, não só ao reconhecimento da constitucionalidade da responsabilidade penal das pessoas jurídicas nas hipóteses expressas no artigo 173, § 5º, e 225, § 3º, do próprio texto constitucional, mas também ao próprio alargamento do âmbito de incidência dessa ferramenta político-criminal, desde que observados e respeitados os princípios norteadores da seleção e da proteção dos bens jurídicos dignos de tutela penal, o que deve ser feito sempre com a finalidade de limitar a expansão do poder punitivo estatal, conforme já explicitados no item 3.3 desta tese.³⁸⁶

³⁸⁵ *Diário do Senado Federal*, Suplemento B, de 19 de junho de 2012, p. 924.

³⁸⁶ Sem desconhecer os numerosos e respeitáveis posicionamentos contrários expostos, por exemplo, na obra *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*,

Neste ponto, apoiando-se na doutrina espanhola sobre o tema, de acordo com Nicolás RODRÍGUEZ GARCÍA, vem se solidificando, já há alguns anos, o reconhecimento das pessoas jurídicas como sujeitos de direito, seja no plano material, admitindo sua participação como sujeito passivo de responsabilidades administrativo-sancionadoras e, agora, também penais; seja no plano processual, no qual devem ser respeitadas as garantias constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal. O Tribunal Constitucional espanhol, de acordo com referido autor, reconhece-as como titulares de direitos e garantias fundamentais, o que ganha especial relevo quando se tem em vista sua inclusão, cada vez maior, nas malhas do sistema jurídico-penal.³⁸⁷

Dentro dessa concepção, é certo que, do ponto de vista constitucional, embora não se esteja a tratar de uma sistemática penal cominadora da pena de prisão, ainda assim, os princípios constitucionais já consagradamente aplicáveis à contenção e à delimitação do poder punitivo estatal em relação às pessoas físicas devem também ser respeitados quando se trata de imputar penalmente as pessoas jurídicas, mesmo porque as consequências penais que podem advir desse tipo de responsabilização penal dos entes coletivos podem atingir, algumas vezes, a sanção extrema consistente na dissolução da sociedade empresária.

Daí a necessidade de submeter as pessoas jurídicas a um modelo legal de responsabilidade penal preestabelecido, que seja claro, numa norma especial própria, e que determine a natureza jurídica da espécie de responsabilização pretendida (penal, administrativa, civil ou mista); as condutas e os consequentes tipos penais que podem ser infringidos e suas respectivas penas; quais pessoas jurídicas podem, ou não, ser responsabilizadas; quais as relações e as conexões possíveis e existentes entre as ações das pessoas físicas e as das pessoas jurídicas no que se refere ao aferimento da responsabilidade

coordenada por Luiz Regis PRADO e René Ariel DOTTI. Inclusive, durante os debates travados na Comissão de Juristas nomeada pelo Senado Federal, o principal opositor da ideia de adoção e de ampliação do instituto da responsabilidade penal das pessoas jurídicas no Anteprojeto do Código Penal foi Marcelo Leal de Lima OLIVEIRA, que atribuía sua obstinada oposição ao tema ao fato de ter sido aluno, no Estado do Paraná, de Luiz Regis PRADO e de René Ariel DOTTI. Cfe.: *Diário do Senado Federal*, Suplemento B, de 19 de junho de 2012, p. 917.

³⁸⁷ La obligada reforma del *sistema penal* español para implantar *un modelo* de responsabilidad criminal de las personas jurídicas, pp. 2-9.

penal de ambas; os critérios de imputação e suas circunstâncias modificativas; as circunstâncias excludentes ou mitigadoras da culpabilidade corporativa.³⁸⁸

De fato, é missão da doutrina penal superar o já exaurido debate a respeito da (in)constitucionalidade do instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica, para adensar a discussão a respeito de parâmetros garantistas que compatibilizem seu emprego com as garantias penais previstas constitucionalmente. Tal preocupação ganha especial relevo quando se tem em vista o caráter eminentemente expansivo do poder punitivo observado na sociedade contemporânea. À falta de tais parâmetros, a primeira e mais importante garantia a ser violada consubstancia-se pela adoção de uma espécie de responsabilidade penal objetiva, baseada em fatos reflexos da atividade humana, sem qualquer perquirição sobre a efetiva contribuição organizacional do ente coletivo na sua ocorrência.³⁸⁹

Quando se está a tratar da conformação do sistema penal brasileiro, devem ser observados os limites que a Constituição da República de 1988 lhe impõe. Entre outros, há dois princípios orientadores fundamentais da sistemática penal brasileira, quais sejam: o princípio da culpabilidade, que não tem previsão expressa, mas exsurge do teor dos incisos LIII, LIV, LV e LVII do artigo 5º;³⁹⁰ e o princípio da individualização das penas, previsto no inciso XLV do artigo 5º.³⁹¹ Ambos os princípios ora tratados excluem peremptoriamente do ordenamento jurídico pátrio a possibilidade de responsabilização penal objetiva, devendo as penas abstratamente cominadas ser aplicadas apenas àqueles que participaram dolosa ou culposamente na ação criminosa.³⁹²

Conforme já visto no item 3.4 deste estudo, embora os critérios de aferimento da culpabilidade corporativa autorizadora do reconhecimento da responsabilidade penal da

³⁸⁸ RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. La obligada reforma del *sistema penal* español para implantar *un modelo* de responsabilidad criminal de las personas jurídicas, p. 4.

³⁸⁹ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. A responsabilidade penal da pessoa jurídica para além da velha questão de sua constitucionalidade, pp. 17-18.

³⁹⁰ “LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; e LVII – o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei.”

³⁹¹ “XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.”

³⁹² SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 129.

pessoa jurídica no caso concreto, dentro dos modelos de hetero e autorresponsabilidade, devam ser fixados pelo legislador ordinário, é certo que a vedação da responsabilização penal objetiva, mesmo que de pessoas jurídicas, provém do próprio texto constitucional – aliás, a maneira pela qual vinha sendo aplicada, no Brasil, a responsabilidade penal dos entes coletivos, até há bem pouco tempo, muito se aproximava de verdadeira responsabilidade objetiva, como tratado no item 4.1.

Outro importante aspecto dessa discussão é a superação dos preconceitos doutrinários contra a adoção da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, os quais, despidos de fundamentos político-criminais mais consistentes, apoiam-se numa suposta inconstitucionalidade do instituto e acabam, com isso, dando azo à criação de sistemas de punição autodenominados administrativos, mas que são penais em sua essência, muito piores que se legitimamente penais, já que se baseiam na responsabilidade objetiva, na falta de garantias e na não judicialização dos procedimentos, como já visto nos itens 4.1.1 e 4.1.2 desta pesquisa.

Daí por que se faz imperativa a concepção de um novo modelo de responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil, seja para inserir essa possibilidade num rol maior de condutas antissociais arriscadas ou lesivas a determinados bens jurídicos dignos de tutela, seja para dotar essa ferramenta político-criminal de critérios aptos e factíveis de aferimento da culpabilidade própria da empresa, afastando-se, de um lado, a incidência da responsabilidade objetiva e, de outro, o déficit de aplicação derivado do modelo de heterorresponsabilidade puro até agora adotado no País.

5.2. Anteprojeto de Código Penal (Projeto de Lei do Senado nº 236/2012)

A ideia de implementar profunda mudança na vasta legislação penal brasileira, com esforços para organizá-la e codificá-la, além de adaptá-la à realidade social dos tempos contemporâneos partiu de iniciativa pessoal do ex-Presidente da República, então Presidente do Senado Federal, José Sarney, que, em meados de 2011, determinou a

formação e a reunião de uma denominada “Comissão de Juristas para a Elaboração de Anteprojeto de Código Penal”.³⁹³

Após todo o trabalho de sistematização, realização de reuniões e audiências públicas, e mesmo após ter sofrido algumas defecções nesse caminho, a Comissão de Juristas, presidida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Gilson Dipp, entregou ao então Presidente do Senado Federal, concluída, aquela que seria a primeira versão do Anteprojeto de Código Penal, proposta que veio a se transformar no Projeto de Lei do Senado nº 236/2012, ora em fase bastante adiantada de tramitação.

Posto em discussão na sociedade, o Anteprojeto de Código Penal ganhou toda sorte de críticas, provenientes de professores, pesquisadores, advogados, membros do Ministério Público, membros do Poder Judiciário, de organismos da sociedade civil. Interessante notar que tais críticas nem sempre são convergentes entre si. Enquanto uma parcela da sociedade ataca a nova codificação em razão da discordância em relação a um aspecto dela, outra parte lança ataques por outra razão, muitas vezes conflitantes à primeira. Entretanto, todos irmanaram-se em críticas que põem em xeque o diploma como um todo.

Não obstante, os trabalhos internos no Senado Federal tiveram continuidade, sendo que o Senador Pedro Taques, do Mato Grosso, comandou uma espécie de *comissão de sistematização*, que buscou analisar, conciliar e dar forma às numerosas emendas recebidas. De qualquer forma, embora existam alguns avanços pontuais, o resultado final obtido não é, infelizmente, motivador de grandes esperanças aos estudiosos das ciências criminais no Brasil, pois “aprofundou o viés punitivo, de filiação à corrente político-criminal estadunidense do *law and order*, já bastante presente na versão inicial do Anteprojeto”.³⁹⁴

³⁹³ A composição inicial da Comissão de Juristas foi a seguinte: Gilson Dipp, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Antonio Nabor Areias Bulhões, Emanuel Messias de Oliveira Cacho, Gamil Föppel El Hireche, José Muiños Piñeiro Filho, Juliana Garcia Belloque, Luiza Nagib Eluf, Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, Marcelo André de Azevedo, Marcelo Leal Lima Oliveira, Marcelo Leonardo, René Ariel Dotti e Técio Lins e Silva.

³⁹⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão; SARCEDO, Leandro. A responsabilidade penal da pessoa jurídica no Projeto de novo Código Penal (Projeto de Lei do Senado nº 236/2012), pp. 698-699.

No que diz respeito ao objeto de estudo da presente tese, pode-se afirmar que o Anteprojeto de Código Penal apresentado pela Comissão de Juristas representava um progresso em relação ao que se tinha no Brasil até então, isto é, o sistema de responsabilização penal de pessoas jurídicas por crimes ambientais previsto na Lei Federal nº 9.605/1998, o qual sempre foi inexecutável na prática, porquanto compreendido como um modelo puro de autorresponsabilidade, no qual não havia espaço para discutir a culpabilidade própria do ente coletivo, como foi mais detidamente abordado no item 4.1 deste estudo.³⁹⁵

Como também já visto no item anterior (5.1), houve alguns debates a respeito da abrangência que o instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica poderia vir a ter no ordenamento jurídico brasileiro, prevalecendo a posição – acertada, de acordo com os posicionamentos defendidos no presente trabalho – de que a Constituição da República não se constitui em reserva de legislação sobre essa matéria, de maneira que é perfeitamente possível ao legislador ordinário estabelecer o âmbito de incidência da opção político-criminal de imputar responsabilidade penal às empresas.

Não estaria o legislador obrigado, portanto, a ficar restrito às hipóteses de crimes contra o meio ambiente, contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular, já que estes são apenas os *mandados de criminalização* expressos no texto constitucional, isto é, o conteúdo mínimo de abrangência para o qual o legislador ordinário tem que estar atento. Decidiu-se incluir na proposta legislativa os crimes contra a Administração Pública, o que representou um avanço, sem dúvida, mas um tanto tímido para um momento em que a mais alta Casa Legislativa do País estava mobilizada para implantar profunda modificação na codificação penal brasileira.

Com relação à categorização da culpabilidade própria das empresas e à previsão de hipóteses de autorresponsabilidade, o Anteprojeto de Código Penal também

³⁹⁵ A respeito do modelo de responsabilidade penal da pessoa jurídica estabelecido pela Lei nº 9.605/1998 e de sua necessária reforma, é enfático Alamiro Velludo SALVADOR NETTO: “A própria legislação brasileira concretamente editada, por si só, tornou inviável qualquer responsabilidade dos entes coletivos, dada as suas fatais omissões, as quais apenas poderiam ser resolvidas pelo intérprete com clara violação de princípios penais extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Em sucintas palavras, poder-se-ia dizer que, mesmo com a eventual concordância político-criminal a respeito da necessidade de se tutelar criminalmente as empresas, a legislação nacional, por sua realidade positivada, inviabiliza qualquer realização neste sentido. Há, portanto, conforme já salientado, muito ainda a ser feito no âmbito legislativo”. *Comentários à Lei de Crimes Ambientais – Lei nº 9.605/1998*, p. 97.

avançou em relação ao que se tinha na Lei nº 9.605/1998, mas, mais uma vez, de maneira mais modesta do que poderia ter sido. De fato, foi preocupação debatida no âmbito da Comissão de Juristas a superação do modelo de responsabilidade penal da pessoa jurídica pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, quando da apreciação das hipóteses de incidência da Lei de Crimes Ambientais, que colocava a imputação ao ente coletivo como absolutamente dependente do desfecho da imputação lançada contra os indivíduos responsáveis pelo mesmo fato (a respeito, verificar o item 4.1 desta tese).

A esse respeito, os debates no âmbito da Comissão de Juristas tiveram eminente fundamentação prática a justificar a opção político-criminal apresentada, sendo que a versão final da proposta de lei apresentada teve como principal fundamentação a fala de Luiz Carlos Ribeiro GONÇALVES, assim transcrita na ata dos trabalhos desenvolvidos:

O SR. LUIZ CARLOS GONÇALVES – Minha proposta de redação: a imputação da responsabilidade à pessoa jurídica independe da responsabilização das pessoas físicas a ela vinculadas.

Qual é a *ratio* dessa minha proposição, Muiños?

O que eu observo na vida prática é o seguinte: nos crimes ambientais, em que a matéria já está mais consolidada, muitas vezes empresas estrangeiras constituem uma outra empresa num paraíso fiscal, que, por sua vez, torna-se grande investidora de uma empresa aqui, no Brasil, que tem um preposto que contrata os funcionários. Esses funcionários, às vezes, são pessoas da terra, da região. Vão lá e desmatam tudo. A pessoa jurídica ali se desfaz. A pessoa jurídica ali é um papel.

Então, eu entendo que se você condiciona a responsabilidade, às vezes até o domínio do fato fica prejudicado, porque aquelas pessoas que estão ali são funcionários contratados. O cérebro, o mando, o mandante está alhures.

Então, na minha visão, essa solução encontrada pelo STJ foi a solução possível naquele momento. Foi a solução para arrear resistências, mas imbuído... É aquela história, matéria vencida eu adiro a ela. Então, imbuído realmente daquele espírito de sinalizar e apontar caminhos, eu diria que a responsabilidade penal da pessoa jurídica independe das pessoas físicas a elas vinculadas.³⁹⁶

Outra especificidade incluída no Anteprojeto de Código Penal é que a responsabilidade penal só possa ser imputável às pessoas jurídicas de direito privado. Pelas transcrições constantes da ata dos trabalhos, vê-se que a Comissão de Juristas chegou a discutir, ainda que *en passant*, a inclusão de empresas públicas ou da administração indireta, mas acabou vencedora a proposta que incluía somente as empresas privadas. Ficaram excluídas do texto final “as empresas públicas que intervêm no domínio

³⁹⁶ *Diário do Senado Federal*, Suplemento B, de 19 de junho de 2012, pp. 926-927.

econômico”, como era a proposta de Luiz Flávio GOMES, o que incluiria a Petrobrás, por exemplo.³⁹⁷

Feitas todas essas considerações a respeito dos debates que conduziram à inclusão da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Anteprojeto de Código Penal, agora Projeto de Lei do Senado nº 236/2012, assim ficou a redação do seu artigo 41, que cuida da matéria no que concerne ao aferimento da responsabilidade propriamente dita:

Responsabilidade penal da pessoa jurídica

Art. 41. As pessoas jurídicas de direito privado serão responsabilizadas penalmente pelos atos praticados contra a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente, 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.

§ 1º A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato, nem é dependente da responsabilização destas.

§ 2º A dissolução da pessoa jurídica ou a sua absolvição não exclui a responsabilidade da pessoa física.

§ 3º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes referidos neste artigo, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

No Substitutivo apresentado pelo Senador Pedro Taques, houve preocupação em melhorar a redação do § 1º do artigo 41, que se constitui, na verdade, no ponto central de todo o novo sistema preconizado pela Comissão de Juristas, na medida em que estabelece a hipótese clara de autorresponsabilidade da pessoa jurídica por fato delituoso. Argumentou o Senador que buscou aperfeiçoar a redação de aludido parágrafo, “com a finalidade de melhorar a compreensão de que a responsabilização penal da pessoa jurídica não depende de imputação concomitante a alguma pessoa física, sob uma perspectiva pragmática de que nem sempre é possível sequer identificar o agente natural do ilícito”.

Atendendo a essa finalidade, a redação proposta pelo Substitutivo do Senador Pedro Taques ao § 1º do artigo 41 do Projeto de Lei nº 236/2012 ficou nos seguintes

³⁹⁷ *Diário do Senado Federal*, Suplemento B, de 19 de junho de 2012, p. 918. A respeito, verifique-se a intervenção de Marcelo Leal Lima OLIVEIRA: “Qual é a preocupação, Prof. Luiz Flávio? Quando colocamos pessoas de direito público... Vamos imaginar um caso concreto: a prefeitura que foi denunciada. Aí você percebe problemas práticos do tipo: ‘Bom, prefeitura vai ser condenada a pagar algo que não está no seu orçamento, mas ela não paga’. Criamos um precatório criminal. E mais: quem vai pagar por isso, ao fim e ao cabo, é a própria população, que foi quem sofreu no caso do dano ambiental, que foi quem sofreu o dano ambiental”.

termos: “A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato, nem é dependente da *identificação* ou da responsabilização destas”. Como se vê, adicionou-se o vocábulo *identificação* ao parágrafo, o que lhe dá maior abrangência, já que a responsabilidade penal da pessoa jurídica poderá ser aplicada mesmo que os órgãos persecutórios não logrem sequer identificar quem foi o responsável individual pelo ato praticado.

Comparando-se o modelo de responsabilização penal das pessoas jurídicas proposto no agora Projeto de Lei do Senado nº 236/2012 com a realidade legislativa dos três modelos alienígenas estudados nos itens 4.2, 4.3 e 4.4 desta tese, percebe-se que ele muito se assemelha ao modelo espanhol sob diversos aspectos. Ambos os modelos, ao contrário do que foi feito na Itália e no Chile, não se valeram de uma lei própria para estabelecer a forma da responsabilização criminal dos entes coletivos.

Não que isso seja imprescindível e não que a manutenção de toda a legislação dentro do Código Penal não seja positiva. O que ocorre na Espanha e o que poderá ocorrer no Brasil se referido Projeto de Lei for, de fato, aprovado na forma como se encontra redigido, é que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas é um tema ontológico e deontologicamente diferenciado da sistemática penal voltada à responsabilização do indivíduo, mas que acaba não sendo tratado dentro da autonomia necessária, mas, sim, como se fosse um mero enxerto dentro de um modelo que não lhe abriga nem lhe conforta totalmente.

Criam-se, com isso, grandes zonas de incertezas, que acabam se transformando em verdadeira insegurança jurídica, na medida em que a legislação deficiente acaba deixando aos intérpretes da lei – especialmente, ao Poder Judiciário e ao Ministério Público – espaço mais largo do que o adequado, possibilitando que integrem os conceitos normativos faltantes com suas próprias convicções, sempre numa visão *ex post* do fato ocorrido, jamais numa visão *ex ante* das precauções adotadas. É o que está acontecendo na Espanha, inclusive com a propositura, pela *Fiscalía General del Estado*, por meio da Circular 1/2011, da aplicação de um modelo de heteroresponsabilidade pura que tangencia a responsabilidade objetiva, como já visto no item 4.4 deste estudo.

É certo que o § 1º do artigo 41 nitidamente demonstra a intenção do legislador de criar uma possibilidade de autorresponsabilidade penal para as pessoas jurídicas. Aliás, com já visto anteriormente, foi exatamente isso o que foi buscado.

No entanto, diante dessas deficiências no quanto foi proposto, torna-se possível formular algumas indagações, tais como: De que forma será aferida a culpabilidade própria do ente coletivo nos termos legais propostos, já que a responsabilidade penal objetiva é vedada constitucionalmente no Brasil? Afastada a hipótese de responsabilidade objetiva, a culpabilidade corporativa será fundamentada na ideia de defeito de organização, como visto no item 3.4 desta tese? Qual será o papel dos programas de *compliance* implantados anteriormente aos fatos no aferimento do efetivo defeito de organização da empresa?

Interessante notar que essas indagações teóricas não passaram despercebidas da Comissão de Juristas que elaborou o Anteprojeto de Código Penal, que as debateram com um viés mais prático, no entanto sem que isso tivesse auxiliado numa elaboração legislativa mais bem acabada em suas conceituações e fechamentos dogmáticos.³⁹⁸

³⁹⁸ Às pp. 928-929 do *Suplemento B do Diário do Senado Federal* de 19 de junho de 2012, é possível verificar o seguinte debate travado entre integrantes da Comissão de Juristas:

“O SR. MARCELO LEAL LIMA OLIVEIRA – É aqui está se falando de culpabilidade. Preocupa-me, Luiz Carlos, por exemplo, a 7492 diz: responde por esses crimes o gerente, o administrador etc. Eu fico preocupado de quem... Ah, não! Aqui nós estamos falando de pessoas jurídicas...”

O SR. LUIZ CARLOS GONÇALVES – É.

O SR. MARCELO LEAL LIMA OLIVEIRA – A minha preocupação é quem é a pessoa jurídica, quem é a cabeça da pessoa jurídica.

Vou trazer um caso concreto da minha advocacia; não vou citar nomes.

Numa determinada empresa, o engenheiro ali, no campo, resolve tomar uma determinada atitude, não exatamente desviando, mas compensando verbas de convênio que não deveria ter feito e que, na prática, isso acabava incidindo numa mediação fraudulenta. A alta direção da empresa, quando toma conhecimento daquilo, diz ‘não’ e manda devolver, imediatamente, o dinheiro recebido através daquela medição de que não tinha conhecimento e executar aquela obra que não tinha... E daí? A empresa responde pelo ato do preposto ou é a alta...?

O SR. LUIZ CARLOS GONÇALVES – Essa matéria, Marcelo, é especialmente relevante, e eu também já enfrentei essa situação várias vezes. Quando se tem uma decisão colegiada, qual é a natureza jurídica do voto contrário? Por exemplo, no crime ambiental.

O SR. MARCELO LEAL LIMA OLIVEIRA – Mas que voto contrário, Luiz Carlos? E quem é que...

O SR. LUIZ CARLOS GONÇALVES – Exatamente. Mas aí eu observo que vai depender da casuística do fato concreto. Então, por exemplo, eu mesmo, quando atuei, havia uma deliberação colegiada no sentido de um ato ruinoso ao meio ambiente. Houve votos contrários. Na minha denúncia, os votos contrários não foram incluídos. Quer dizer, eu não denunciei aquelas pessoas, porque achei que elas atenderam o seu dever.

O SR. MARCELO LEAL LIMA OLIVEIRA – Mas um ato empregado pode gerar responsabilidade da empresa, ainda que contrária...

O SR. LUIZ CARLOS GONÇALVES – Não, não, não. Aí a ideia é por atos por ela decididos em seu... É a mesma formulação que já existe na lei do meio ambiente. Em seu proveito. Quer dizer, há esse anteparo, há essa proteção.”

Perde-se, com isso, a oportunidade de engendrar uma sistemática de imputação mais viável e menos deficitária em termos práticos, que ao mesmo tempo tenha elementos para conferir aos entes coletivos garantias contra a responsabilidade objetiva, a partir da normatização dos parâmetros mínimos dos programas de *compliance*, criando, dessa forma, um conceito próprio de culpabilidade corporativa, baseada no defeito de organização aferível a partir de critérios objetivos.

Todo o exposto ganha ainda mais importância quando se tem em vista que o sistema de penas aplicáveis às pessoas jurídicas, que se encontra nos artigos 42 a 44 do Projeto de Lei do Senado nº 236/2012, já modificado pelo Substitutivo do Senador Pedro Taques,³⁹⁹ comina reprimendas como multa; restritivas de direitos; prestação de serviços à comunidade (custeio de programas sociais, de defesa dos direitos humanos e de projetos ambientais e execução de obras ou atividades de recuperação de áreas degradadas, ou o custeio de sua execução); perdimento de bens e valores; publicidade do fato em órgãos de comunicação de grande circulação ou audiência custeada pela empresa condenada;

³⁹⁹ Penas das pessoas jurídicas

“Art. 42. As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com a gravidade do fato, os motivos da infração, suas consequências para a sociedade, os antecedentes do infrator e, no caso de multa, sua situação econômica, são as seguintes:

I – multa;

II – restritivas de direitos;

III – prestação de serviços à comunidade;

IV – perda de bens e valores;

V – a publicidade do fato em órgãos de comunicação de grande circulação ou audiência.

§ 1º Para fins de transação, suspensão condicional do processo e cálculo de prescrição, adotar-se-á como referencial as penas de prisão previstas para as pessoas físicas.

§ 2º Na aplicação da pena, o juiz deverá, sempre que possível, priorizar as restritivas de direitos mais adequadas à proteção do bem jurídico lesado pela conduta.

§ 3º A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário.

§ 4º A publicidade em órgãos de comunicação prevista no inciso V do *caput* deste artigo será custeada pelo condenado e terá por objeto notícia sobre os fatos e a condenação, em quantidade de inserções proporcional à pena concreta substituída, pelo período mínimo de um mês e máximo de um ano.

Art. 43. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são, cumulativa ou alternativamente:

§ 1º A suspensão de atividades, pelo período de um a dois anos, será aplicada quando a pessoa jurídica não estiver obedecendo às disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do bem jurídico violado.

§ 2º A interdição das atividades, pelo prazo de um a três anos, será aplicada quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando sem a devida autorização, ou em desacordo com a concedida, ou com violação de disposição legal ou regulamentar.

Art. 44. A prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em:

I – custeio de programas sociais, de defesa dos direitos humanos e de projetos ambientais;

II – execução de obras ou atividades de recuperação de áreas degradadas, ou o custeio de sua execução.”

suspensão de atividades pelo período de um a dois anos, se não houver obediência da pessoa jurídica às disposições legais ou regulamentares de proteção ao bem jurídico violado; interdição das atividades pelo prazo de um a três anos, no caso de funcionamento em desacordo com autorização concedida ou com violação de disposição legal ou regulamentar; liquidação forçada da pessoa jurídica, se ela estiver sendo utilizada preponderantemente com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime.

Como se vê, as penas cominadas no Projeto de Lei do Senado são bastante abrangentes e podem, inclusive, interditar e suspender determinadas atividades da empresa, ou mesmo a liquidar, de modo que se torna ainda mais necessário o estabelecimento de um sistema claro e objetivo de imputação penal e de aferimento da culpabilidade corporativa, viabilizando a identificação de quais entes coletivos buscaram, com comprometimento, evitar os resultados delituosos, por meio de programas de prevenção de riscos corporativos e de cumprimento normativo, e quais não deram qualquer importância aos preceitos legais.

Quando não difere essas situações, a lei acaba igualando aqueles que, de alguma forma, comprometeram-se com sua eficácia, muitas vezes com pesados investimentos em programas de *compliance*, e outros que, por sua vez, nada fizeram nesse sentido e deixaram o risco empresarial entregue à própria sorte.

Outro aspecto a ser criticado é a falta de valoração da adoção de mecanismos de *fixing* na sistemática de aplicação das penas cominadas às pessoas jurídicas prevista no Projeto de Lei do Senado nº 236/2012. Companhias que tenham implementado um programa de *compliance* que, por algum motivo, revelou-se falho na prevenção de algum ato delituoso não têm qualquer incentivo para colaborar com a Justiça na apuração do fato sucedido, ou para minimizar seus efeitos, ou mesmo para tomar providências para que fatos da mesma espécie não voltem a ocorrer.

Em vista das insuficiências ora apontadas, fica evidente a necessidade da elaboração de uma Parte Geral própria da responsabilidade penal da pessoa jurídica, na qual a normatização de deveres de *compliance* funcione, de um lado, como critério de aferimento da responsabilidade penal e, de outro, como sistema de garantias do ente coletivo.

5.3. Por uma Parte Geral própria da responsabilidade penal da pessoa jurídica

Como já dito no item anterior sobre o Anteprojeto de Código Penal (5.2), assim como foi articulado no item 4.4, em que foi tratado o modelo espanhol, as iniciativas legislativas que tratam a imputação penal aos entes coletivos como se fosse mero apêndice da regra geral do direito penal tradicional, voltado aos indivíduos, muitas vezes apresentado como se fosse um enxerto dentro do Código Penal, tendem a não funcionar a contento ou então a apresentar sérios déficits de operacionalização.

A própria sistemática brasileira de responsabilização das pessoas jurídicas por crimes ambientais, trazida pela Lei Federal nº 9.605/1998, embora não esteja fisicamente inserida no Código Penal brasileiro, também padece dos mesmos males indicados no parágrafo anterior, conforme foi visto no item 4.1 desta tese: pequena abrangência, insegurança jurídica em relação ao modelo de imputação, tangenciamento da responsabilidade objetiva e baixa eficácia.

É evidente que não é a localização cartográfica da norma que regulamenta a responsabilidade penal das pessoas jurídicas que importa, mas sim a possibilidade de completude dessa norma dentro do espaço que ocupa e frente às necessidades de regulamentação a que se destina. O direito penal dos entes coletivos é um tema muito novo para o direito penal, com premissas absolutamente diversas do direito penal voltado para o indivíduo, de matriz finalista, como ainda parece ser a tradição brasileira.

Os conceitos de ação e de culpabilidade e as finalidades da pena são diferentes, de maneira que esses dois sistemas penais – o do indivíduo e o da empresa – não podem estar contemplados numa Parte Geral única, a qual seria evidentemente incapaz ou mesmo conflituosa no intento de abarcar as peculiaridades de cada um deles, na medida em que são, de fato, pessoas de naturezas distintas.

As finalidades político-criminais das penas aplicáveis às pessoas jurídicas diferem essencialmente daquelas aplicáveis às pessoas físicas. Não se trata de retribuir fatos criminosos com punição, mas sim de um recurso utilizado para incentivar e estabilizar programas eficazes de cumprimento normativo, adotados com vistas a prevenir

e descobrir a ocorrência de ilícitos. Para tanto, faz-se necessária a categorização de uma culpabilidade própria das pessoas jurídicas, definida com base no critério do defeito de organização.⁴⁰⁰

Para tanto, faz-se necessário que se codifiquem, numa espécie de Parte Geral da responsabilidade penal da pessoa jurídica, quais são as tarefas pelas quais as empresas estão obrigadas a se responsabilizar para cooperar com o Estado na evitação de fatos delitivos, ou que medidas de controles preventivos ou mesmo pós-delitivos devem ser adotadas que ajudem a evitar novos ilícitos ou descobrir aqueles já ocorridos, ou mesmo minorar seus resultados, enfim, para que sejam estabelecidos conteúdos mínimos que devam ser observados pelas empresas e que permitam aferir a extensão das obrigações que lhes são impostas nesse dever de cooperação com as atividades estatais. Como se vê, não são meros detalhes o que separa o direito penal do indivíduo do direito penal das empresas.⁴⁰¹

Dos três modelos alienígenas pesquisados, dois deles – Itália, item 4.2, e Chile, item 4.3 – têm sua previsão em leis específicas, as quais buscam, de alguma forma, sistematizar os conceitos básicos que possam nortear a imputação penal aos entes coletivos.

Desses dois, o modelo italiano, instituído pelo Decreto-Legislativo n. 231, de 8 de junho de 2001, é o que apresenta melhores resultados práticos, com uma profusão de julgamentos de casos concretos, com condenações e absolvições, o que demonstra que o instrumento normativo em questão mostra-se operacional para os fins a que se destina. Aqui, não se deve argumentar que tal funcionalidade do modelo italiano deve-se ao fato de que a responsabilidade corporativa naquele país não é penal, pois, como visto no item 4.2, é tratada como se penal fosse, a despeito da vedação constitucional lá existente. Trata-se de um sistema misto, como reiterado tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência peninsular.

⁴⁰⁰ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad de las personas jurídicas*, p. 79.

⁴⁰¹ Não obstante exista “uma posição na doutrina espanhola que, sem deixar de assumir as evidentes diferenças entre seres humanos e pessoas jurídicas, considera que no art. 31 *bis* encontra-se implícita uma teoria jurídica do delito equivalente à das pessoas físicas ou, ao menos, com os mesmos elementos estruturais, ainda que existam diferenças em relação a alguns detalhes”. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad de las personas jurídicas*, pp. 82-83. Tradução livre do autor.

O Decreto-Legislativo n. 231/2001 estabelece, em seu texto, vários marcos importantíssimos para o balizamento da responsabilização das pessoas jurídicas por delitos na Itália: há uma lista considerável de delitos pelos quais pode haver imputação à pessoa jurídica; a definição de pessoa jurídica suscetível à aplicação da lei também é bastante abrangente, excetuando-se os entes públicos; existência de garantias penais, como os princípios da legalidade e da irretroatividade da lei penal desfavorável; previsão de judicialização do procedimento, com estabelecimento de garantias processuais; instituição de responsabilidade por fato próprio culpável; hipóteses de heterorresponsabilidade e de autorresponsabilidade; não admissão de responsabilidade objetiva; culpa organizacional derivada de falha na implementação de um sistema preventivo de riscos empresariais; verificação do critério da vantagem ou do interesse da empresa no ato delituoso, para que haja condenação; são legislados os parâmetros mínimos exigidos das pessoas jurídicas em relação aos seus modelos corporativos de gestão e organização (artigos 6º e 7º).

A Lei chilena nº 20.393/2009, por sua vez, institui um modelo de responsabilidade penal da pessoa jurídica com abrangência prática sensivelmente menor do que o modelo italiano (apenas lavagem de dinheiro, corrupção de funcionários públicos nacionais e estrangeiros e financiamento do terrorismo). Contudo, ainda, assim, é possível extrair, da experiência chilena, alguns parâmetros legais que indicam a necessidade de se normatizar a imputação penal às pessoas jurídicas por meio de uma Parte Geral completa e não somente por meio de mera inserção pontual dentro do Código Penal, como se a disciplina da imputação individual não fosse necessariamente diversa da disciplina da imputação coletiva.

Sem dúvida, a experiência chilena de responsabilidade penal da pessoa jurídica pode acrescentar relevantes aportes a um modelo brasileiro de imputação aos entes coletivos, tais como: aproveitamento de tipos penais concebidos para pessoas naturais, acrescidos dos critérios de *interesse* ou *proveito* ao ente coletivo para iniciar a possibilidade de responsabilizá-lo; hipóteses de heterorresponsabilidade derivada de ações tanto de sujeitos em posição de comando quanto de empregados ou colaboradores; culpabilidade corporativa baseada no descumprimento, pela empresa, de seus deveres de direção e supervisão; estabelecimento do conteúdo mínimo para um programa de *compliance* como padrão irredutível de cuidado imposto às pessoas jurídicas; definição

legal clara do conteúdo mínimo do que vem a ser o defeito de organização indutor da culpabilidade corporativa; exclusão da imputação se a pessoa jurídica cumpriu a obrigação de implementar um modelo eficiente de prevenção de riscos e delitos; exclusão da imputação se o fato foi cometido por interesse exclusivo da pessoa física envolvida ou de um terceiro; obrigatoriedade de nomeação de um encarregado de cumprimento, com prazo determinado para permanecer na função, com regra especial para empresas de menor porte; possibilidade de supervisão e de certificação da eficácia do sistema de prevenção de delitos implementado; atenuantes decorrentes da política de *fixing* ou colaboração adotada pelo ente coletivo envolvido.

Com relação à experiência espanhola, consubstanciada basicamente no artigo 31.*bis* do Código Penal daquele País, a abertura e a porosidade do sistema, no que tange às definições normativas necessárias a respeito do conceito de culpabilidade corporativa, o exemplo a ser seguido é muito mais pelo aspecto negativo, ou seja, o que não deve ser feito para que se obtenha um sistema minimamente eficaz, seguro e com um sistema eficiente de garantias.

Em vista disso, pode-se afirmar que não devem ser repetidas, numa futura legislação brasileira a respeito do tema, as principais lacunas do modelo espanhol, quais sejam: a falta de previsão clara do papel do defeito de organização no aferimento da culpabilidade corporativa, principalmente na hipótese de heterorresponsabilidade, o que permite a presunção de que qualquer delito é sempre fruto da ineficácia da empresa em seus controles, tangenciando a responsabilidade objetiva; a inexistência de normatização a respeito de requisitos e parâmetros mínimos para pautar a implementação e a execução dos programas de *compliance*; e, conseqüentemente, a ausência de previsão a respeito da possibilidade de exclusão da responsabilidade penal da pessoa jurídica no caso de cumprimento de suas obrigações organizacionais e preventivas.

Ainda assim, é possível extrair do sistema espanhol alguns princípios informadores do modelo de responsabilização penal da pessoa jurídica, os quais podem ser aproveitados na construção de uma nova sistemática para o Brasil: rol razoavelmente amplo de delitos; Estado e empresas públicas deixadas de fora da possibilidade de responsabilização; sistema misto, de heterorresponsabilidade por atos de pessoas que exerçam posição de comando e de autorresponsabilidade por atos de subordinados;

medidas de *fixing* e de colaboração consideradas como mitigadoras da pena, numa demonstração de que integram a culpabilidade empresarial; agravantes fixadas com base no comportamento delitivo preponderante ou reiterado da companhia, numa espécie de prevenção à periculosidade empresarial.

Em vista das qualidades e defeitos acima apontados, algumas perguntas que podem ser formuladas têm de encontrar suas respectivas respostas na atividade do legislador quando for tratar da responsabilidade penal da pessoa jurídica, a fim de conferir maior segurança jurídica e efetividade ao eludido instituto: Haverá alguma utilidade na adoção de um programa de *compliance* pela empresa no que se refere à caracterização de um delito? Quais requisitos mínimos um programa de *compliance* deve conter e em quais tarefas a empresa estará obrigada a cooperar com o Estado? Haverá autoridades públicas ou entes autorizados a valorar e a validar o conteúdo e a execução dos programas de *compliance*, numa perspectiva *ex ante* a qualquer fato delituoso? Haverá mecanismos de exclusão da responsabilidade penal da pessoa jurídica caso fique demonstrado o cumprimento dos requisitos normativos em relação à implementação do programa de *compliance*? Serão obrigatórios código de conduta interna, designação de *chief compliance officer* e manutenção de canal seguro de denúncia (*whistleblowing*)? Em que casos?

Como visto, são muitos os aspectos que necessitam de normatização para que se estabeleça um sistema de responsabilidade penal das pessoas jurídicas que possa ser eficaz em sua aplicação, mas com um espectro mínimo de garantias penais aos entes coletivos envolvidos. Ressalte-se que o ponto focal de análise desta tese é a construção de um novo modelo de imputação coletiva no Brasil, baseado na culpabilidade corporativa, de modo que os argumentos acima elencados giram em torno dessa temática. É evidente que, em relação à aplicação das penas às pessoas jurídicas, outros numerosos princípios reitores de uma legislação minimamente efetiva teriam que ser levantados.

Como resultado de tudo o que foi até agora pesquisado e debatido, parece que um sistema brasileiro de responsabilidade penal das pessoas jurídicas terá que normatizar alguns aspectos que se mostram absolutamente imprescindíveis ao bom funcionamento do instituto jurídico em questão, conforme se vê a seguir:

1) Reafirmação da natureza penal da responsabilidade, reafirmando as garantias a ela inerentes, como, por exemplo, princípios da legalidade, da irretroatividade da lei penal desfavorável, o direito de não se autoincriminar, judicialização dos procedimentos, entre outros.

2) Estabelecimento de um rol claro e abrangente dos delitos em que se admitirá a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

3) Especificação clara de quais são as pessoas jurídicas abrangidas pela possibilidade de ser penalmente responsabilizadas, o que, na experiência brasileira, deve excluir tão somente o Estado e os órgãos da administração pública direta.

4) Elaboração de um sistema misto de responsabilidade penal das pessoas jurídicas, que admita hipóteses de heterorresponsabilidade e de autorresponsabilidade e no qual a regra principal de responsabilização seja a do fato próprio culpável.

5) Em nenhuma hipótese a responsabilidade penal da pessoa jurídica ficará dependente da identificação ou da responsabilização da pessoa física, embora a derivação da responsabilidade coletiva a partir da conduta individual seja permitida.

6) Em todas as hipóteses, os fatos criminosos atribuíveis às pessoas jurídicas necessitam ter ocorrido por interesse, em benefício ou em proveito do ente coletivo.

7) Em qualquer hipótese, seja a responsabilidade autônoma ou derivada, deve estar sempre presente a culpabilidade própria da empresa, aferida pelo critério do *defeito de organização*, rechaçando-se expressamente qualquer possibilidade de responsabilidade objetiva.⁴⁰²

8) Necessária definição legal de *defeito de organização*, enquanto falha intencional ou negligência da empresa nas medidas organizacionais que deveriam ser tomadas para que o resultado delituoso não ocorresse.

9) A definição legal de *defeito de organização* deve conter os requisitos mínimos e irredutíveis de organização preventiva exigíveis de uma empresa e a definição de quais tarefas estará ela obrigada a cooperar com o Estado.

10) Previsão legal de que a maior parte dos deveres de *compliance* e de autorregulação exigíveis das empresas será regulada, com exclusividade, pelo Poder Executivo Federal, já que são obrigações dinâmicas, que evoluem de acordo com o evoluer

⁴⁰² “A constatação da conexão com as atividades ou interesses da empresa faz com que exista uma presunção *iuris tantum* de que a atuação defeituosa individual represente, por sua vez uma organização defeituosa do coletivo. As exigências do princípio da culpabilidade seriam preservados permitindo à pessoa jurídica provar uma ‘correta organização’.” BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad de las personas jurídicas*, p. 75.

das práticas econômicas, e não poderiam ficar estagnadas ante as dificuldades de alteração próprias do processo legislativo.

11) Possibilidade de validação e certificação do conteúdo dos programas de *compliance* adotados pelas empresas, por empresas de auditoria externa ou mesmo agências públicas, como forma de verificação *ex ante* do comportamento corporativo (eficácia do modelo adotado em face do tamanho, atividade, faturamento e complexidade da pessoa jurídica), sem que isto tenha qualquer vinculação obrigatória com o deslinde de eventual persecução penal por fatos ocorridos posteriormente.

12) Previsão clara da exclusão da responsabilidade penal da empresa pelo cumprimento de seus deveres organizacionais previstos na legislação e na regulamentação do tema, assim como nas hipóteses em que o fato foi de interesse ou em proveito exclusivo da pessoa física envolvida, ou de terceiros (pessoas naturais ou jurídicas).⁴⁰³

13) Consideração dos esforços no sentido de implementar programas de *compliance* efetivos, mas que falharam por algum motivo em seu intento, assim como adoção de políticas de reparação de danos e de colaboração com a Justiça, como mitigadores na aplicação da pena à pessoa jurídica, evidenciando que a culpabilidade corporativa deve ser considerada não só no porquê da punição, mas também na medida da pena.

14) Agravantes na fixação da pena fixadas com base no comportamento delitivo reiterado ou preponderante da empresa, numa espécie de prevenção ao desvirtuamento da finalidade social corporativa (reprimendas de suspensão, interdição e até de dissolução).

Isso tudo só demonstra, ainda mais, a complexidade do assunto, que não merece e não pode ser tratado como mero apêndice da responsabilidade penal das pessoas naturais. Pouco importa a localização dessas previsões a respeito da responsabilidade penal da pessoa jurídica na cartografia da legislação penal, se dentro ou fora do Código Penal. O certo é que, sem essas necessárias normatizações, que comporiam uma espécie de Parte Geral da imputação ao ente coletivo, não será possível desenvolver esse importante

⁴⁰³ “Só se pode excluir a pena à pessoa jurídica quando não se pode afirmar que seu comportamento represente um injusto porque estava cuidadosamente organizada ou se também pode existir um juízo adicional referido a se a organização inadequada não era responsabilidade da pessoa jurídica como titular da organização senão que existem outras explicações.” BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad de las personas jurídicas*, p. 74.

instrumento dogmático de maneira que ele possa atingir, com plenitude, toda sua potencialidade político-criminal.

5.4. Deveres de *compliance* como critérios de aferimento da culpabilidade da pessoa jurídica e como sistema de garantias

Já há tempos, Davi de Paiva Costa TANGERINO alertava para o caráter impositivo da revisão do modelo de responsabilidade penal dos entes coletivos no Brasil, “com a criação de um mecanismo de aferição de culpabilidade que engendre, no seio da pessoa jurídica, círculo virtuoso de proteção e respeito ao meio-ambiente, como de resto a outros bens jurídicos fundamentais”.⁴⁰⁴ Ademais, aponta referido autor que “todas as teorias da culpabilidade da empresa coadunam-se com a adoção de programas de *compliance* como régua de fixação dessa culpabilidade”.⁴⁰⁵

De fato, como já visto nos capítulos anteriores desta tese, o modelo de responsabilidade penal da pessoa jurídica fundamentado no chamado *defeito de organização* insere-se no contexto da estratégia de controle social denominada *autorregulação forçada*,⁴⁰⁶ no qual se impõe às empresas o dever de organizar-se e de regular-se por meio da adoção e da implementação concreta de *programas de cumprimento normativo* (programas de *compliance*), de maneira que se tornem verdadeiras instâncias delegadas de prevenção ou mesmo de detecção de atividades ilícitas que estejam ocorrendo em seu interior.⁴⁰⁷

Ademais, como já abordado no item 2.5 da presente pesquisa, a motivação primeva da chamada cultura *compliance*, isto é, a sistemática de imposição de deveres de autorregulação à atividade empresarial, encontra, nos estudos criminológicos de Edwin SUTHERLAND, uma justificativa plausível. Em vez de simplesmente tentar a repressão de atos delituosos de cunho econômico ou supraindividual, a intenção é fomentar a adoção

⁴⁰⁴ Culpabilidade e responsabilidade penal da pessoa jurídica, p. 60.

⁴⁰⁵ A responsabilidade penal da pessoa jurídica para além da velha questão de sua constitucionalidade, p. 17.

⁴⁰⁶ Ulrich Sieber denomina esse mesmo tipo de intervenção social como *autorregulação regulada*. Verificar: Programas de *compliance* no Direito penal empresarial: um novo conceito para o controle para o controle da criminalidade econômica. Tradução de Eduardo Saad-Diniz.

⁴⁰⁷ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas em Chile, p. 218.

de nova cultura na realização da atividade empresarial, o que traria a possibilidade de debelar o nascedouro do processo de associação diferencial causador da criminalidade do colarinho branco. Em outras palavras, dentro de uma estratégia político-criminal, intenta-se agir sobre as causas da criminalidade dos poderosos no lugar de simplesmente reprimir seus nefastos resultados.

Em vista disso, para que ganhe conteúdo prático o conceito legal de *defeito de organização* ensejador da culpabilidade corporativa para fins de embasar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, faz-se necessário que se preencham, com requisitos normativos claros e precisos, quais são os deveres mínimos e irredutíveis que uma empresa deve observar na condução de sua atividade social, bem como em que situações ela está de fato jungida ao dever de cooperar com o Estado na prevenção de determinados riscos, como expressão da *autorregulação forçada* (ou *regulada*) em que se encontra imersa a atividade econômica contemporânea. Sem isso, todo este esforço se esvai, perdendo-se nos descaminhos da insegurança jurídica.

Como tratado no item anterior, dos quatorze princípios que devem reger a elaboração de uma sistemática de responsabilização penal das pessoas jurídicas, três deles dizem respeito diretamente à questão da conceituação do que vem a ser *defeito de organização* e de suas consequências para as empresas no que se refere à relevância da adoção e da implementação de efetivos programas de *compliance*. Foram eles enumerados de 8 a 10.⁴⁰⁸

A importância desse aprofundamento decorre não só da necessária definição de critérios e parâmetros de aferimento da culpabilidade empresarial decorrente do *defeito de organização*, mas também como sistema de garantias, pois é direito da atividade econômica ter conhecimento daquilo que lhe é exigível e lhe pode ser cobrado pela

⁴⁰⁸ Apenas para facilitar a leitura, são novamente transcritos:

8) Necessária definição legal de *defeito de organização*, enquanto falha intencional ou negligência da empresa nas medidas organizacionais que deveriam ser tomadas para que o resultado delituoso não ocorresse;

9) A definição legal de *defeito de organização* deve conter os requisitos mínimos e irredutíveis de organização preventiva exigíveis de uma empresa e a definição de em quais tarefas estará ela obrigada a cooperar com o Estado;

10) Previsão legal de que a maior parte dos deveres de *compliance* e de autorregulação exigíveis das empresas será regulada, com exclusividade, pelo Poder Executivo Federal, já que são obrigações dinâmicas, que evoluem de acordo com o evoluir das práticas econômicas, e não poderiam ficar fixadas ante as dificuldades de alteração legal;

instância penal. Com regras claras e precisas, cria-se um ambiente de segurança jurídica para o jurisdicionado, ao mesmo tempo em que se afasta o déficit de aplicação da lei nos casos concretos.

É evidente que os programas de *compliance* podem ter muitas variações, a depender do ramo econômico a que se dedica a empresa, do tipo de mercado em que atua, ou mesmo de seu tamanho e complexidade organizacional. Assim, não parece razoável que exista o estabelecimento em lei de critérios muito específicos, pois isso traria determinada imobilidade frente às constantes inovações das técnicas de administração de empresas e de controles corporativos. De toda forma, precisam ser legislados, pelo menos, os princípios reitores gerais do instituto, até mesmo como guia da necessária regulamentação a respeito do tema que deverá se seguir.

Como exemplo do que e como isso pode ser feito, nada melhor do que se utilizarem, como modelos, experiências legislativas alienígenas. Como já dito, dois dos três modelos pesquisados nesta tese – o italiano e o chileno – têm minuciosas categorizações a respeito das obrigações de *compliance* impostas às empresas. Destes, o modelo italiano vem tendo larga aplicação, em razão do seu abrangente rol de delitos e de já vigor há mais tempo, enquanto o modelo chileno tem ainda uma tímida aplicação prática, em razão do ainda curto período de vigência, mas principalmente em virtude da reduzida lista de condutas em que é aplicável.

Lendo pormenorizadamente o Decreto-Legislativo n. 231, de 8 de junho de 2001, diploma reitor do modelo de responsabilidade das pessoas jurídicas por delitos na Itália, vê-se que ele, de fato, instituiu detalhadas normas a respeito da conceituação de *defeito de organização* e das medidas de *compliance* e de autorregulação que modulam a imputação aos entes coletivos naquele país.

Conforme determina o artigo 6, parágrafo 1, se o delito for cometido por pessoa ocupante de função diretiva na organização, a empresa fica excluída da responsabilidade se demonstrar que a) o órgão dirigente adotou e fez atuar de modo eficaz, antes da ocorrência do fato, um modelo de organização e de gestão idôneo a prevenir o delito da mesma espécie daquele verificado; b) a atribuição da função de vigilância e observação sobre o funcionamento do modelo de prevenção de delitos foi confiado a um

órgão do ente coletivo dotado de autonomia, iniciativa e controle; c) o delito foi cometido iludindo-se fraudulentamente o modelo de organização e gestão; d) não houve omissão ou insuficiência na vigilância providenciada pelo órgão com essa atribuição na empresa.

De acordo com o parágrafo 2 do artigo 6, o “modelo de organização e de gestão idôneo a prevenir o delito da mesma espécie daquele verificado” mencionado na letra *a* parágrafo 1 do mesmo artigo tem que apresentar as seguintes características para assim ser considerado: a) identificar a atividade em cujo âmbito podem ser cometidos delitos; b) elaborar protocolo específico de atuação da empresa nas áreas identificadas como sendo de especial risco de cometimento de delitos, a fim de prevenir sua ocorrência; c) providenciar recursos financeiros suficientes e idôneos para, de fato, impedir o cometimento do delito; d) propiciar um canal seguro e confiável de comunicação para o órgão responsável pela vigilância e observação do modelo de prevenção; e) introduzir um sistema disciplinar interno apto a punir os descumprimentos das obrigações impostas pelo modelo de gestão e organização.

O artigo 7, por sua vez, trata dos casos em que a responsabilidade do ente é derivada da conduta de indivíduos subalternos na hierarquia da empresa, sendo que, nesses casos, nos termos do parágrafo primeiro, a pessoa jurídica somente será responsável se não observou suas obrigações de direção e vigilância de sua atividade, Pelo parágrafo 2, reputam-se cumpridas suas obrigações de direção e vigilância se a empresa, antes do cometimento do delito, adotou e fez atuar de modo eficaz um modelo de organização, gestão e controle idôneo a prevenir delitos daquela espécie. De acordo com o parágrafo 3, nesses casos, o modelo de organização e controle tem que ser dimensionado e avaliado em relação ao tamanho da empresa e à natureza da atividade que ela desenvolve, devendo ser apto para conformar essa atividade dentro do respeito da lei, de forma a eliminar tempestivamente as situações de risco. Sua idoneidade, nos termos do parágrafo 4, depende de a) uma verificação periódica e eventuais modificações de seu objeto quando se verificam significativas violações das prescrições ou então quando há significativas mudanças na organização da empresa ou na atividade; b) um sistema disciplinar interno apto a sancionar os descumprimentos das obrigações contidas no modelo de gestão e organização.

Como se vê, a definição de *defeito de organização* trazida pela legislação italiana trabalha uma delimitação *a contrario sensu*, ou seja, diz aquilo que deve ser feito pela empresa para que não seja considerada culpável, ligando-a diretamente aos conteúdos dos modelos de prevenção de riscos e de cumprimento normativo. Nesse sentido, faz assertivas de condutas positivas que, se cumpridas, excluíram a responsabilidade do ente coletivo por fatos delituosos ocorridos, ainda que aparentemente em seu interesse ou proveito.

A Lei chilena n. 20.393, por sua vez, estabelece, em seu artigo 3º, que as pessoas jurídicas serão responsáveis pelos delitos nela definidos quando forem cometidos, direta e imediatamente, em seu interesse ou para seu proveito, sempre que a comissão do delito seja consequência do descumprimento, pela empresa, dos seus deveres de direção e supervisão.⁴⁰⁹ A seguir, define que se consideram cumpridos os deveres de direção e supervisão da pessoa jurídica quando houver adotado e implementado modelos de organização, administração e supervisão para prevenir delitos da mesma espécie daquele cometido, excluindo-se os casos em que o fato tenha sido cometido exclusivamente em vantagem da pessoa física envolvida ou de terceiros (pessoas naturais ou jurídicas). Eis aqui, portanto, a bem elaborada definição do legislador chileno para o conceito de *defeito de organização*, ligando-o ao descumprimento, pelo ente coletivo, de suas obrigações de direção e supervisão em relação às suas atividades.

A seguir, em seu artigo 4º, a Lei chilena n. 20.393 estabelece, também de maneira pormenorizada, qual conteúdo devem ter os modelos de prevenção de delitos, para que preencham os requisitos exigidos à exclusão da responsabilidade penal atribuída à pessoa jurídica. São eles:

1) Designação de um encarregado de prevenção (*chief compliance officer*) pela alta direção corporativa, sendo que o profissional poderá permanecer nessa função por três anos, renováveis por mais três. No exercício de sua função, o encarregado de prevenção deverá contar com autonomia em relação à administração da empresa e seus comandantes e controladores, podendo exercer trabalhos de controladoria ou auditoria interna.

2) O encarregado de prevenção deverá ser provido, pela alta administração da pessoa jurídica, dos meios e poderes suficientes para o desempenho de suas funções, o que

⁴⁰⁹ Tradução livre do autor.

incluem recursos e meios materiais necessários para realizar adequadamente seus trabalhos, em relação ao tamanho e à capacidade econômica da empresa. Deve, ainda, ter acesso direto à alta administração da companhia, para que possa informar quais medidas e planos implementados no cumprimento de suas obrigações e prestar contas de sua atuação ao menos semestralmente.

3) O sistema de prevenção de delitos deverá ser estabelecido em conjunto pelo encarregado de cumprimento e a alta administração da pessoa jurídica, devendo contemplar ao menos o seguinte: identificação das atividades, habituais ou esporádicas, em que haja o incremento do risco do cometimento dos delitos abrangidos pela lei; estabelecimento de protocolos, regras e procedimentos específicos que permitam a intervenção nessas atividades, de modo a prevenir a ocorrência dos aludidos delitos; identificação de procedimentos administrativos e de auditoria dos recursos financeiros da companhia, de modo a prevenir sua utilização na prática dos delitos assinalados; código de conduta com previsão de sanções administrativas internas, bem como manutenção de canais de denúncia, para que se apurem eventuais irregularidades no cumprimento do quanto estabelecido; o código de conduta interno da empresa deve ter ampla divulgação entre os trabalhadores, assim como ser expressamente incorporada aos contratos de trabalho e de prestação de serviços, o que inclui os altos executivos da empresa.

4) O sistema de prevenção de delitos deverá ter sua efetividade prática constantemente supervisionada e avaliada pelo encarregado de cumprimento, a fim de detectar e corrigir suas falhas, assim como o atualizar de acordo com as mudanças na realidade da empresa e de suas atividades.

Preocupação de cunho prático bastante relevante é que micro, pequenas e mesmo médias empresas teriam muitas dificuldades em implantar complexos sistemas de prevenção de riscos empresariais e de cumprimento normativo como esses descritos do Decreto-Legislativo italiano n. 231/2001 e na Lei chilena n. 20.393. A ânsia estatal de controle da atividade econômica privada e de prevenção de delitos não pode chegar ao ponto de asfixiar a iniciativa privada, que ficaria premida entre realizar investimentos aos quais não é capaz e suportar ou correr riscos penais advindos da falta de implementação dos parâmetros de autorregulação exigidos pela lei.

O artigo 4º, parágrafo 1, letra *a*, da Lei chilena n. 20.393 sugere um parâmetro para dividir as empresas que estão submetidas a todas as obrigações nela previstas

daquelas que terão obrigações mais simplificadas: nas pessoas jurídicas cujo faturamento não exceda cem mil *unidades de fomento*, o dono, o sócio ou o acionista controlador poderão assumir pessoalmente as tarefas do encarregado de prevenção.

O valor da *unidade de fomento*, de acordo com o sítio eletrônico do Banco Central do Chile, é de 24.276,95 pesos chilenos. Considerando que 1 peso chileno equivale a US\$ 0,0017, tem-se que cada *unidade de fomento* equivale a US\$ 41,27 (quarenta e um dólares estadunidenses e vinte e sete *cents*). Cem mil *unidades de fomento*, portanto, equivaleriam a US\$ 4.127.000,00 (quatro milhões, cento e vinte e sete mil dólares estadunidenses). Na cotação atual para conversão de valores em dólares estadunidenses para o real (US\$ 1 = R\$ 2,4987), tem-se que, de acordo com a Lei chilena n. 20.393, as empresas que faturem anualmente a partir de, aproximadamente, *dez milhões de reais* são aquelas submetidas a todas as exigências do referido diploma legal.⁴¹⁰

A se considerar que a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, estabelece, em seu artigo 3º, incisos I e II, que são consideradas microempresas as pessoas jurídicas com faturamento anual de até R\$ 360.000,00 e empresas de pequeno porte aquelas com faturamento a partir desse valor até a receita bruta anual de R\$ 3.600.000,00, observa-se que o patamar estabelecido pela Lei chilena n. 20.393, de dez milhões de reais, embora possa até ser superestimado, mostra-se bastante razoável quando se têm em consideração possíveis críticas que seriam lançadas em razão da exacerbação da regulamentação frente aos custos envolvidos em todo o processo de elaboração e implementação de um plano de prevenção de delitos.

De qualquer forma, ao adotar-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica como ferramenta político-criminal apta a exercer o controle social da criminalidade econômica e supraindividual, parece inafastável exigir-se, no mínimo, para pessoas jurídicas que tenham número de empregados e colaboradores, que sejam dotadas de

⁴¹⁰ Valor da *unidade de fomento* encontrado no sítio eletrônico do Banco Central do Chile, <<http://si3.bcentral.cl/Indicadoressiete/secure/Indicadoresdiarios.aspx>>. Valor da conversão de pesos chilenos em dólares encontrado no sítio eletrônico <<http://economia.terra.com.br/herramientas/calculadoras/conversor.aspx>>. Valor da conversão de dólares estadunidenses para reais encontrado no sítio eletrônico <<http://www4.bcb.gov.br/pec/taxas/port/ptaxnpsq.asp?id=txcotacao>>. Todas as consultas foram realizadas em 23 de outubro de 2014.

razoável complexidade operacional, ou mesmo que tenham faturamento anual a partir de um determinado patamar fixado em lei.

a) um estudo detalhado e prévio que contenha a identificação e a análise das vulnerabilidades da estrutura da empresa em relação à possibilidade do cometimento de delitos, bem como um planejamento de quais medidas devem ser tomadas para minimizar o risco detectado;

b) um organograma no qual estejam estabelecidas as atribuições e as responsabilidades de cada uma das funções internas da empresa, bem como os seus limites de atuação (medida importantíssima para especificar os limites da delegação e, assim, evitar e/ou evidenciar o excesso de mandato na execução das funções);

c) a designação de um *chief compliance officer* ou mesmo de um departamento de *compliance*, a depender da estrutura da empresa (de qualquer maneira o departamento deverá ter, claro, uma chefia), dotados de independência funcional e de meios para detectar e notificar riscos na atuação da empresa, bem como para realizar investigações internas nos casos de detecção de irregularidades que as justifiquem;

d) a instituição de um código de conduta empresarial, com previsão de sanções disciplinares para seu descumprimento, o qual seja de disseminado conhecimento de todos os diretores, empregados e colaboradores, e juntado aos respectivos contratos de trabalho e de prestação de serviços;

e) a manutenção de canais de denúncia (*whistleblowing, hotline*), pelos quais o responsável pela área de *compliance* possa ter acesso a eventuais condutas arriscadas que estão sendo empreendidas em nome da empresa.

A partir desse conteúdo mínimo, outras regulamentações mais minuciosas ou específicas deveriam ser feitas por meio de um decreto cuja elaboração seja delegada, com exclusividade, ao Poder Executivo Federal. Importante que a lei ressalte o caráter de exclusividade do Poder Executivo Federal para exercer tal regulamentação, para que não volte a ocorrer o que aconteceu no âmbito da Lei Federal 12.846/2013, cuja regulamentação foi expressamente delegada ao Poder Executivo Federal (artigo 7º), mas, ante a omissão deste, acabou recebendo diversas regulamentações concorrentes de diversos entes públicos, o que é fonte de sensível insegurança jurídica.

Essa regulamentação complementar delegada ao Poder Executivo Federal justifica-se em vista do caráter dinâmico e muito atual do assunto em questão, para o qual surgem novidades cotidianamente, além das alterações dos padrões econômicos e das características das atividades desenvolvidas. A regulamentação de alguns preceitos por Decreto do Poder Executivo Federal, mas com os princípios reitores fixos já estabelecidos em lei, daria mais vitalidade ao sistema ao mesmo tempo em que ficaria mantido um mínimo necessário de segurança jurídica na aplicação desse instituto, que, ao fim e ao cabo, é, sim, penal.

6 – CONCLUSÕES

1) A partir da chamada Grande Depressão eclodida a partir de 1929, cujas consequências espalharam-se por todo o planeta na década de 1930, o Presidente estadunidense Franklin Delano Roosevelt, não sem muita resistência interna, implantou um plano de recuperação econômica e social denominado *New Deal*, o qual, apoiado nas ideias do economista inglês John Mainard Keynes, substituiu as concepções ultraliberais até então vigentes nos Estados Unidos da América do Norte pela ideia da necessidade de intervenção estatal na economia, como forma de balizar o equilíbrio do mercado. Na Europa Ocidental, a partir do fim da Segunda Grande Guerra (1945), construiu-se um modelo de bem-estar social (*welfare state*), também baseado na concepção de forte intervenção estatal sobre a atividade econômica. Os modelos adotados nos países centrais do capitalismo à época partiam, portanto, do pressuposto de que *era papel do Estado regular e fiscalizar o exercício da atividade econômica*.

2) A partir de meados dos anos 1970 e início de 1980, esse modelo de forte intervenção estatal na economia entra em crise e, com isso, ascende o ideário neoliberal, que prega a progressiva desregulamentação da atividade econômica, almejando a livre circulação de recursos e mercadorias ao redor do planeta. De acordo com essa então nova concepção, que teve como principais próceres Ronald Reagan, nos Estados Unidos da América do Norte, e Margareth Thatcher, na Inglaterra, *a atividade econômica, para atingir o máximo de sua eficiência, deveria se autorregular*. As leis naturais do mercado conduziriam-no ao equilíbrio, debelando naturalmente crises e fraudes.

3) Em paralelo à ascensão e à plena aceitação do ideário neoliberal nos anos 1980 e 1990, potencializa-se o fenômeno de imenso desenvolvimento tecnológico, que faz crescer a velocidade de circulação e a integração de informações por todo o planeta, dando impulso ao processo de globalização cultural e também econômica. Crescem as pressões para que mercadorias e recursos financeiros circulem livremente ao redor do globo terrestre. Esse funcionamento *on time* e em cadeia da economia em nível planetário, se é capaz de multiplicar a capacidade de riquezas, também possibilita a potencialização dos efeitos de comportamentos antiéticos ou imorais na condução da atividade econômica, que passa, então, a postular sua máxima liberdade de autorregulação.

4) No ambiente de desregulamentação estatal que vai, paulatinamente, instalando-se nos Estados Unidos da América do Norte nos anos 1980, quando vão sendo, aos poucos, revogadas as legislações ainda remanescentes do *New Deal*, começam a surgir as primeiras, e ainda pequenas e não sistemáticas, fraudes nos pequenos bancos regionais então existentes. Em meados dos anos 1990 e 2000, começam a espocar megaescândalos financeiros que têm como característica comum causar enormes prejuízos a investidores e também à coletividade, os quais têm como pano de fundo fraudes contábeis e falta de transparência das informações corporativas, tudo sempre revalidado por empresas de auditoria externa, dentro da concepção de autorregulação da atividade econômica então preconizada.

5) A partir de 2008, explode – primeiro nos Estados Unidos da América do Norte, com suas consequências alastrando-se, posteriormente, por todo o mundo – a chamada crise dos derivativos ou *subprimes*, calcada na realização de operações financeiras de risco, contabilizadas como se fossem seguras, no que eram chanceladas pelas empresas de auditoria externa. O caráter sistêmico das fraudes empreendidas e a intensa interligação internacional das redes bancárias e financeiras fazem o mundo mergulhar em grave recessão econômica, da qual ainda não se recuperou completamente.

6) Diante dos gigantescos e nefastos efeitos econômico-financeiros ocasionados pela eclosão da crise 2008, é certo que a completa bancarrota da atividade econômica em nível global somente pôde ser evitada por meio de grandes aportes de recursos públicos, ou seja, o Estado foi chamado a salvar o mercado sobre o qual lhe era vedado intervir.

7) A partir disso, surge, com força, a ideia de que a atividade econômica, quando relegada ao alvedrio tão somente de sua própria autorregulamentação, acaba corrompendo suas atividades negociais, as quais tendem a criar verdadeiras espirais de criminalidade. Cria-se, com isso, a consciência de que relações econômicas corrompidas, no plano microeconômico, geram grande ineficiência e são danosas aos interesses de acionistas e investidores, além de atentarem contra a livre concorrência, no plano macroeconômico.

8) Há, então, novo impulso no sentido de defender a importância e a necessidade da intervenção estatal na economia, mesmo porque, após a experiência de 2008, restou comprovado que, diante das crises sistêmicas do sistema capitalista, somente a ação do Estado é capaz de fazer o mercado voltar à sua normalidade. Desta feita, a concepção de intervenção estatal na atividade econômica tem sua terceira fase, qual seja, a fase da *autorregulação regulada* ou *autorregulação forçada*, pela qual o Estado passa a impor às empresas deveres de vigilância e detecção de ilícitos. Em vez de agir tão somente na repressão de condutas antissociais, concebe-se uma estratégia de prevenção de comportamentos criminosos no exercício da atividade econômica.

9) Neste ponto, mesmo com suas possibilidades sociais sempre mais modestas do que as expectativas que lhe são depositadas, o direito penal ganha papel de destaque, pois exerce o papel de instrumento de intervenção social mais gravoso que o Estado tem à sua disposição e pode ser utilizado como norma de reforço na tutela de bens e no incentivo a determinados comportamentos. Em vista da globalização do fenômeno econômico, houve, em resposta, crescente internacionalização da luta contra as práticas econômicas corrompidas (*global law*), cujas principais estratégias estão focadas em exigir das empresas a adoção de medidas de prevenção de delitos e de colaboração com o Estado na investigação e no esclarecimento de casos ocorridos. Em outras palavras, cria-se a ideia de responsabilização da empresa na prevenção de crimes decorrentes do exercício da atividade econômica.

10) No atual estágio de desenvolvimento da sociedade capitalista globalizada, ganhou destaque a figura do proprietário/acionista ausente ou passivo. Trata-se de pessoas ou agrupamentos de pessoas que podem estar em qualquer lugar do planeta, mas que decidem investir seus recursos em determinada atividade econômica sobre a qual não exercem diretamente nem controle, nem gestão administrativa e operacional. Pretendem, portanto, proteger-se de estruturas corporativas subvertidas por práticas administrativas corrompidas e/ou desleais com a administração do patrimônio social.

11) Nesse contexto de divórcio dos interesses entre proprietários ausentes e corpo de gestores contratados, surge o conceito de boas práticas de *governança corporativa*, as quais têm a finalidade primordial de criar, no ambiente corporativo, manuais de regras e de condutas que têm como fim precípua proteger os interesses dos

acionistas contra possíveis ações lesivas perpetradas pelo estrutura tecnocrática contratada para gerir a empresa. Fundamentam-se as boas práticas de *governança corporativa* em quatro grandes colunas: *fairness* (equidade no tratamento de todas as partes envolvidas na atividade da empresa, tais como, acionistas majoritários, acionistas minoritários, gestores, empregados); *disclosure* (necessidade de transparência e confiabilidade das informações corporativas); *accountability* (obrigação de que a contabilidade e a prestação de contas sejam responsáveis e confiáveis); *compliance* (estrutura verificadora e validadora do bom funcionamento das demais, que exerce também uma função corretiva, quando desvios são detectados).

12) O termo *compliance* vem do verbo de língua inglesa *to comply*. Significa cumprir, estar em conformidade, executar, obedecer, observar, executar e satisfazer o que é imposto. Seu significado, no mundo corporativo, liga-se à ideia de criação, implementação e fiscalização de normas de condutas e posturas internas da empresa, com a finalidade de mitigar riscos legais e regulatórios, ou mesmo em relação à proteção da imagem e reputação da empresa, evitando, com isso, perdas materiais ou mesmo imateriais (valor da marca, por exemplo) para a companhia. Tem, em última análise, o objetivo de conscientizar gestores, empregados e colaboradores a respeito dos deveres e obrigações legais e regulatórios, buscando prevenir riscos existentes (*compliance risk*) e distribuindo as responsabilidades de vigilância entre todos os indivíduos que interagem nas atividades sociais da empresa. Quando tais riscos são criminais, fala-se em *criminal compliance*.

13) No que interessa ao direito penal e às suas técnicas de intervenção na sociedade, a atual concepção de *autorregulação regulada* da atividade econômica ligada aos preceitos do *compliance* criou uma pressão político-criminal no sentido da expansão do direito penal, por meio da utilização cada vez maior de tipos penais de perigo abstrato, ou omissivos, ou comissivos por omissão; da incriminação da corrupção privada; da aprovação de leis penais extraterritoriais que preveem a colaboração entre os Estados; da promulgação de leis que se autodenominam administrativas, mas que, em realidade, são penais em sua essência; da crescente aceitação e adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

14) No plano da responsabilidade pessoal, a utilização cada vez maior de tipos penais omissivos ou comissivos por omissão pessoal acarreta a existência de verdadeira

estrutura de transferência da responsabilidade penal no ambiente corporativo. Isso porque se percebeu que, na atividade econômica privada, existem empresas, funções e pessoas que ocupam posições privilegiadas quando se trata de realizar a observação e a detecção de alguma possível irregularidade na movimentação de capitais. São os chamados *gatekeepers*, ou *vigilantes*, aos quais normas penais passaram a atribuir o dever de notificar e de cooperar com o Estado em casos de possíveis ilícitos, sob a ameaça de lhes ser atribuída responsabilidade penal pessoal por omissão, nas formas dolosa ou culposa, quando descumprem tais obrigações.

15) Essa é uma situação que aflige mais direta e sensivelmente os indivíduos que exercem a função de responsável pelo departamento de *compliance* das empresas (*chief compliance officer*, em inglês; *encarregado de cumplimiento*, em espanhol). Vendo uma companhia dentro de sua multiplicidade de atividades, é certo que se criam uma multiplicidade de *gatekeepers* para cada uma das funções em que há risco específico e especial de cometimento de delitos. Atuaria, portanto, o *chief compliance officer* como *gatekeeper* dos *gatekeepers*, ou seja, como aquela pessoa que tem a função de coordenar as atividades de controle e detecção de todas as áreas de uma corporação, numa tarefa que poderia ser, além de humanamente impossível, também bastante arriscada do ponto de vista da responsabilização penal.

16) Alguns autores chegam a se referir ao *chief compliance officer* como se fosse uma espécie de testa de ferro profissional lícito, contratado pela alta direção da empresa, para receber a transferência do risco penal incidente sobre a atividade econômica. Há razoável consenso no sentido de que a transferência da responsabilidade penal ao *chief compliance officer* não pode ser ilimitada, só em função da atividade que exerce na empresa, mas deve ser modulada em relação ao objeto e aos limites de seu contrato de trabalho e da qualidade do plano de prevenção de delitos e de cumprimento normativo que implementou. Devem, também, ser considerados, nessa aferição de responsabilidade penal pessoal, os poderes reais de notificação e mesmo de implementação de ações corretivas de que dispunha quando detectou o fato.

17) Ainda no que se trata da relação entre a responsabilidade penal e os valores inculcados naquilo que atualmente se denomina cultura *compliance*, vê-se que é necessário criar um novo paradigma de análise dos fatos submetidos à apreciação do Poder Judiciário,

porquanto, muitas vezes, a perspectiva *post factum* – a mais comum no cotidiano da prática forense –, quando lançada sobre um fato delituoso já ocorrido, pode trazer uma compreensão desvirtuada daquela ocorrência frente à eficiência do modelo de prevenção de delitos e de cumprimento normativo adotado pela empresa. Quando isso ocorre, estruturas de *compliance* acabam por se revelar verdadeiras armadilhas, porquanto aquele modelo implementado com o objetivo de prevenir riscos e evitar delitos transforma-se numa verdadeira corrente de responsabilização penal, na medida em que estabelece atribuições e funções claras para o funcionamento da pessoa jurídica. É preciso criar um novo paradigma no sentido de que a eficiência e a efetividade do programa de *compliance* possam ser valorados numa perspectiva *ex ante*, para que o julgador possa aquilatar o comprometimento da companhia nas obrigações de *autorregulação regulada* que lhe foram impostas pelo Estado.

18) Numa perspectiva criminológica, é preciso lembrar que a *teoria da associação diferencial*, concebida por Edwin H. SUTHERLAND nos idos dos anos 1930 e 1940, defende que o comportamento criminoso é *aprendido* – e *não herdado* com se acreditava até então –, por meio de um processo comunicacional, sendo que o indivíduo age de acordo com esse aprendizado diferencial quando as definições *favoráveis* ao cometimento do delito (violação da norma) superam as definições *desfavoráveis*. O crime do colarinho branco é uma espécie de crime ocupacional, cujas técnicas são aprendidas no âmbito mais próximo do relacionamento do indivíduo, que é o seu círculo profissional, em seu ambiente de trabalho no interior da empresa.

19) O novo paradigma de intervenção social por meio de imperativos de *autorregulação regulada* tem grande relevância quando se têm em vista as explicações criminológicas para a criminalidade econômica baseadas na *teoria da associação diferencial*. Isso porque as boas práticas de *governança corporativa* e a cultura *compliance* intentam agir por meio da detecção, da correção e da prevenção do ambiente criminógeno no interior da empresa. Busca-se inverter os valores arraigados no tradicional caldo cultural empresarial que liga o descumprimento normativo à obtenção de sucesso profissional e à maximização dos lucros. Em outras palavras, objetiva-se debelar o foco criminógeno decorrente do aprendizado de condutas diferenciais dentro da empresa, buscando substituí-lo pelo aprendizado associado ao cumprimento normativo.

20) Direito penal e direito administrativo sancionador formam, ambos, o *ius puniendi* estatal. A decisão legislativa de colocar determinado fato sob a égide de um ou outro segmento do ordenamento jurídico decorre de decisão político-criminal muito mais do que em virtude de qualquer justificativa dogmática ou filosófica. Pretende-se, com isso, qualificar a resposta sancionatória em relação a um determinado fato por meio do exercício do poder comunicativo do direito penal, muito mais contundente do que o de outros ramos do ordenamento jurídico.

21) A adoção da *responsabilidade penal da pessoa jurídica* motiva-se, portanto, de decisão político-criminal que tem como escopo dar uma qualificação mais incisiva, mas não necessariamente uma quantificação maior, à resposta legal de uma determinada conduta. Multas administrativas, nesse raciocínio, muitas vezes podem até ser mais severas em termos valorativos do que multas penais, mas não carregam consigo o conteúdo comunicativo do direito penal, que encerra um juízo de reprovação ética e moral do fato, o que é perfeitamente possível mesmo nos casos das pessoas jurídicas, já que possuem elas inquestionável existência real no mundo econômico.

22) No cenário contemporâneo, em que a atividade empresarial tem caráter globalizado e atua interligadamente por todo o planeta, as condutas delituosas praticadas por meio de pessoas jurídicas são geradores de vitimização massiva. Sem dúvida, ofendem interesses supraindividuais e têm consequências para a esfera de interesses individuais de cada um dos membros da sociedade. Assim, entre os diversos interesses dignos de tutela previstos na Constituição da República, é tarefa do legislador selecionar aqueles que são concretamente merecedores da proteção exercida pelo direito penal. Deve, ainda, o legislador observar se as condutas selecionadas decorrem do exercício da atividade empresarial, o que seria indicativo da necessidade da intervenção penal por meio da responsabilização do ente coletivo, reforçando a tradicional tutela por meio da incriminação de condutas individuais.

23) As empresas, enquanto agrupamento de pessoas que exerce atividade econômica e assume obrigações, têm inegável existência social. O direito, ao normatizar sua existência, nada mais faz do que reconhecer essa realidade. Quando esse agrupamento de pessoas age coletivamente, omitindo-se na adoção das medidas preventivas e de cuidado que deveria observar, causando, com isso, um resultado desastroso para algum

bem caro à sociedade, não há dúvida da reprovação social do seu ato e, portanto, da sua culpabilidade. Realiza-se verdadeiro juízo moral a respeito da prática ocorrida, da mesma forma que nada obsta que a sanção que lhe for aplicada tenha um conteúdo ético, próprio do direito penal. Em outras palavras, a culpabilidade da pessoa jurídica encontra-se reconhecida na realidade social, tornando-se imperativo seu reconhecimento também do ponto de vista normativo.

24) Como agrupamento de pessoas que efetivamente age como ser coletivo, a culpabilidade própria da pessoa jurídica não é coincidente com a mera soma das culpabilidades dos indivíduos que a integram. Assim, a culpabilidade coletiva não exclui nem depende da responsabilidade individual das pessoas físicas que compõem a pessoa jurídica. A reprovabilidade social do agir coletivo da pessoa jurídica decorre de sua organização insuficiente para fazer frente a todas as obrigações que lhe são exigíveis para que exista e tenha funcionamento regular na sociedade. Trata-se da ideia de *defeito de organização*, que exprime a ideia de falta ou culpa organizacional, consistente do ato de não ter o ente coletivo adotado todas as medidas que lhe seriam exigíveis, razoáveis e indispensáveis para impedir a ocorrência de determinado fato delituoso.

25) A partir disso, pode-se dizer que a base de um sistema de imputação penal à pessoa jurídica deve assentar-se sobre a ideia de *fato próprio culpável*. Mesmo os modelos de *heterorresponsabilidade*, que embora partam da transferência para a pessoa jurídica da responsabilidade de um ato praticado por um representante seu e em seu interesse ou proveito, ainda assim têm necessariamente que agregar à imputação a culpabilidade própria do ente coletivo, consistente em sua insuficiente organização para evitar a ocorrência de um fato daquela espécie. Da mesma forma, a partir dessa concepção, nos modelos de *autorresponsabilidade*, faz-se possível a imputação de um fato delituoso a um ente coletivo, mesmo quando não é possível imputá-lo a uma pessoa física determinada, desde que demonstrada a insuficiente organização corporativa no sentido de prevenir ou evitar ocorrência com aquelas peculiaridades. Nos *modelos mistos* de responsabilização penal das pessoas jurídicas, conjugam-se os modelos de *heterorresponsabilidade* e de *autorresponsabilidade*, remanescendo a possibilidade de responsabilização individual, que não se mostra, todavia, imprescindível à configuração da responsabilidade coletiva.

26) A Constituição de 1988 é dirigente e, portanto, exige do legislador ações no sentido de implementar o seu conteúdo político-valorativo, visando à transformação da realidade nacional. O § 3º do artigo 225 determina que a proteção penal contra as violações ao meio ambiente deveria ser feita, inclusive, pela responsabilização de pessoas jurídicas. Trata-se de objetivo político-criminal vinculador da atividade legislativa, expressamente previsto no texto constitucional, que visa a tutelar bem jurídico supraindividual de suma importância, preservando o poder comunicativo do direito penal. Muito se debate, até os dias atuais, na doutrina, a respeito da viabilidade jurídico-penal e mesmo da constitucionalidade do instituto da responsabilidade penal dos entes coletivos. Entretanto, parecem ser questionamentos cada dia mais superados, na medida em que não só há convencimento paulatino sobre a ausência de qualquer imperfeição do ponto de vista constitucional, mas também de que se trata de importantíssima ferramenta político-criminal, da qual as instâncias formais de controle já não podem prescindir diante das especificidades adquiridas pela criminalidade na sociedade contemporânea.

27) A Lei Federal nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, foi promulgada atendendo ao comando expresso do legislador constitucional, mas, dada sua péssima técnica legislativa, apresenta enorme déficit de aplicação a casos concretos. Considerando que os critérios de imputação penal estão pobremente legislados, pacificou-se, nos tribunais brasileiros, a compreensão de que se trata de um modelo puro de *heterorresponsabilidade* da pessoa jurídica. Há duas consequências dessa situação: de um lado, transforma o modelo de responsabilidade penal da pessoa jurídica numa espécie de responsabilidade objetiva, no qual basta comprovar a culpa da pessoa física ligada ao ente coletivo; de outro, enfrenta grande déficit operacional, porquanto sua aplicação fica submetida aos empecilhos e dificuldades da imputação às pessoas naturais de fatos criminais supraindividuais normalmente ocorridos no âmbito empresarial. Dito de outra forma, a interpretação prevalente dada ao instituto no Brasil acaba submetendo-o às dificuldades próprias do direito penal tradicional junto à criminalidade supraindividual, justamente o que pretende superar no ponto de vista teórico.

28) Posicionamento adotado em julgados recentes do Supremo Tribunal Federal estão dando uma outra interpretação à responsabilidade penal da pessoa jurídica previsto na Lei nº 9.605/1998, aproximando-a de um modelo de *autorresponsabilidade*. Contudo, frente à insuficiência da legislação, os critérios de imputação do sistema terão,

também, que advir da interpretação judicial, o que traz enorme grau de insegurança jurídica à aplicação do instituto.

29) O principal impacto que as renitentes objeções à possibilidade jurídico-penal e mesmo à constitucionalidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica têm causado é o esforço do legislador ordinário em contornar essa discussão com a edição de leis autodenominadas administrativas, mas que, em verdade, têm conteúdo penal, com profundo caráter punitivo. Adotam responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas e não preveem a judicialização dos procedimentos, em evidentes atropelos das mínimas garantias necessárias ao correto exercício do *ius puniendi* estatal. São os casos da Lei nº 12.529/2011, a chamada Lei de Defesa da Concorrência, e da Lei nº 12.846/2013, a denominada Lei Anticorrupção.

30) Considerando sua expressa determinação constitucional no sentido de ser pessoal a responsabilidade penal, a Itália adotou um engenhoso sistema híbrido de responsabilidade autodenominada administrativa, mas processável pelo juízo penal, com a previsão de garantias verdadeiramente penais às empresas imputadas. Ademais, cuidou o legislador italiano de legislar pormenorizadamente os critérios organizacionais mínimos que devem ser observados pela pessoa jurídica a fim de excluir sua responsabilidade por fatos delituosos.

31) O sistema de responsabilidade penal adotado no Chile, por sua vez, interessa à presente tese na medida em que é exemplo de legislação aprovada em razão da pressão exercida por organismos internacionais, que abrange um pequeno rol de infrações tão somente para dar resposta a essas cobranças. Não obstante, estatuí um sistema baseado na responsabilidade empresarial por fato conexo de pessoa natural, aplicável a qualquer outro delito a que se queira atribuir a responsabilidade coletiva. Ademais, são legislados requisitos organizacionais mínimos a serem observados pelos entes coletivos, com vistas a se preservarem de eventual responsabilização penal, cujo correto cumprimento pode ser submetido a um processo prévio de certificação, também previsto em lei.

32) Por fim, o modelo espanhol de responsabilidade penal dos entes coletivos interessa muito mais para demonstrar que sua sucinta previsão legal apresenta insuperáveis lacunas, geradoras de insegurança jurídica a respeito de quais medidas organizacionais e

preventivas devem ser adotadas pelas empresas como forma de evitar sua responsabilização criminal. A falta de legislação em torno de critérios mínimos de aferimento da culpabilidade corporativa e de mandamentos organizacionais às pessoas jurídicas faz com que seja interessante o estudo do sistema espanhol para que se possam identificar problemas provenientes da deficiente regulação do tema, a exemplo do modelo proposto no Anteprojeto de Código Penal brasileiro.

33) A Constituição da República, como consequência de seu caráter dirigente, traz alguns *mandados de criminalização* em relação a alguns interesses que entende tão caros à sociedade brasileira que não pode admitir serem subprotegidos. São os casos, por exemplo, dos artigos 173, § 5º, e 225, § 3º, que determinam, inclusive, a utilização da ferramenta político-criminal da responsabilidade penal da pessoa jurídica para tutelar a ordem econômica e financeira, a economia popular e o meio ambiente. Todavia, o texto constitucional não faz qualquer reserva à utilização desse importante instrumento jurídico-penal como proteção a outros bens jurídicos. O legislador está obrigado a agir nas hipóteses comandadas pelo texto constitucional, mas não está proibido de prever a responsabilização penal da pessoa jurídica para proteger outros bens jurídicos realmente dignos de tutela.

34) É preciso superar o já exaurido debate a respeito da (in)constitucionalidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica, para dar corpo à discussão a respeito dos critérios que garantirão sua compatibilização com os direitos e garantias constitucionalmente previstos, tais como: o princípio da culpabilidade, sem previsão expressa, mas presente nos incisos LIII, LIV, LV e LVII do artigo 5º, e o princípio da individualização das penas, previsto no inciso XLV do artigo 5º. Incorporar esse debate e essa preocupação tem especial importância frente ao evidente expansionismo do poder punitivo estatal na sociedade contemporânea. Fechar os olhos para essa realidade significa coonestar com legislações autodenominadas administrativas, mas que são, em realidade, penais, as quais preveem punições sem peias nem limites, a partir da atribuição de responsabilidade objetiva aos entes coletivos.

35) Em vista dessa realidade constitucional e dessa preocupação de obstar a aplicação de qualquer forma de responsabilidade penal objetiva, ainda que às pessoas jurídicas, num sistema que não prevê penas privativas de liberdade, faz-se merecedor de

críticas o modelo proposto no Anteprojeto de Código Penal, hoje transformado no Projeto de Lei do Senado nº 236/2012. Embora tenha havido alguns avanços em relação ao modelo previsto na Lei Federal nº 9.605/1998, o rol de crimes alcançáveis pela possibilidade de imputação penal ao ente coletivo permanece, ainda, muito tímido (meio ambiente, ordem econômica e financeira, economia popular e administração pública), além de remanescer grande margem de incerteza em relação aos critérios de aferimento da responsabilidade da empresa. O grande passo dado é a previsão clara e autônoma da *autorresponsabilidade* como principal regra de imputação de fatos penais aos entes coletivos. O problema é que se trata de mero enxerto no sistema penal tradicional, baseado na imputação individual, que não leva em conta as diferenças existentes entre pessoas naturais e jurídicas, fato que torna de difícil compatibilização as categorias penais aplicáveis nas respectivas hipóteses.

36) A contribuição original que a presente tese pretende dar à ciência jurídica brasileira é a de, partindo de constatações criminológicas e proposições político-criminais, propor a criação de um sistema de imputação penal das pessoas jurídicas, baseado na ideia de fato próprio culpável, com a culpabilidade atrelada ao conceito de *defeito de organização*, visando a superar o déficit na aplicação do modelo adotado pela Lei nº 9.605/1998, na qual não há o estabelecimento de quaisquer critérios para delimitar o âmbito das ações corporativas culpáveis. Para tanto, buscaram-se, em modelos jurídicos alienígenas, experiências e exemplos que pudessem auxiliar na proposição de critérios reitores de um novo modelo adaptado à realidade brasileira, pelos quais se almeja a maximização das possibilidades de aplicação do instituto, de um lado, e a maior amplitude possível das garantias penais, de outro.

37) O indivíduo e os entes coletivos são pessoas de naturezas distintas, para as quais são diferentes os conceitos de ação, de culpabilidade e finalidades da pena são diferentes. As finalidades político-criminais da punição da pessoa jurídica pela prática de delito não advêm da ideia de castigo, mas sim do objetivo de incentivar a implementação de eficazes programas de cumprimento normativo e prevenção de delitos, obrigação a partir da qual se faz possível aferir a culpabilidade corporativa, por meio do conceito de *defeito de organização*. Não há, portanto, como contemplar esses dois sistemas penais – o do indivíduo e o da empresa – numa Parte Geral única. A fim de que se estabeleçam, com clareza, quais são as obrigações mínimas impostas às pessoas jurídicas no que se refere à sua colaboração com o Estado na atividade de prevenir a ocorrência de delitos, bem como

quais são as consequências de eventuais descumprimentos desses deveres, é necessário que sejam elas previstas numa espécie de Parte Geral da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

38) A sistematização da responsabilidade penal da pessoa jurídica deve, portanto, definir, com clareza, o que vem a ser *defeito de organização*, bem como estipular consequências, para os entes coletivos, da não adoção ou de eventuais falhas nos programas de *compliance* adotados. Tal medida importa não só para criar um sistema seguro de aferição da culpabilidade corporativa, mas também como verdadeiro sistema de garantias, na medida em que permite às empresas conhecer a extensão de suas obrigações de cooperação com o Estado, dentro do sistema de *autorregulação regulada*.

39) Não obstante os parâmetros mínimos de aferição da culpabilidade corporativa devam constar expressamente da lei, é certo que programas de *compliance* podem variar de acordo com o ramo econômico ou com a dimensão ou complexidade da empresa, de maneira que não se devem estabelecer critérios tão específicos a ponto de gerar imobilidade da legislação frente ao dinamismo e às constantes mudanças da atividade econômica. Entretanto, necessitam ser legislados os princípios reitores gerais do instituto, que servirão, inclusive, como parâmetro de necessária e posterior regulamentação. Para tanto, nada melhor do que se utilizarem experiências legislativas alienígenas como modelos, uma vez que podem aportar conhecimentos e conceitos à construção de um sistema genuinamente brasileiro.

7 – BIBLIOGRAFIA

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Responsabilidad penal de los entes colectivos: una revisión crítica de las soluciones penales. *Revista Penal*, nº 26, julho/2010, pp. 3-45.

ABOSO, Gustavo Eduardo; ABRALDES, Sandro Fabio. *Responsabilidad de las personas jurídicas em el derecho penal*. Montevideú, Buenos Aires: B de F, 2000.

ALBIÑAMA, César (coordenador); AGÚNDEZ, Miguel Ángel; MARTÍNEZ-SIMANCAS, Julían (diretores). *Cumplimiento normativo. Compliance*. Madri: La Ley, 2012. Cuadernos de derecho para ingenieros.

AMBROSETTI, Enrico Mario; MEZZETTI, Enrico; RONCO, Mauro. *Diritto penale dell'impresa*. 2. ed. Bolonha: Zanichelli Editore, 2009.

ANDRADE, José Maria Arruda de. *Economização do Direito Concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente (coord.). *Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Método, 2012.

ANSELMO, Márcio Adriano. *Lavagem de dinheiro e cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ARAS, Vladimir. Sistema nacional de combate à lavagem de dinheiro e de recuperação de ativos. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9862/sistema-nacional-de-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-de-recuperacao-de-ativos>>.

ARROYO ZAPATERO, Luiz; LASCANO, Carlos; NIETO MARTÍN, Adán (diretores). *Derecho penal de la empresa. Del Derecho penal económico del Estado social al Derecho penal de la empresa globalizado*. Buenos Aires: Ediar, 2012.

ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (diretores). *El derecho penal en la era compliance*. Valência: Tirant Lo Blanch, 2013.

ATA CIRCUNSTANCIADA da 16ª reunião da Comissão de Juristas nomeada, pelo Senado Federal, para elaboração do Anteprojeto do novo Código Penal brasileiro, realizada em 11 de maio de 2012. Publicada no *Diário do Senado Federal*, Suplemento B, de 19 de junho de 2012. Disponível em: <legis.senado.gov.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=11652>. Acesso em: 15/10/ 2014.

BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*. Pamplona: Aranzadi, 2011.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad de las personas jurídicas*. Pamplona: Thomson Reuters, 2012.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Derecho penal económico*. 2. ed. Madri: Editorial Universitaria Ramón Areces.

BANACLOCHE PALAO, Julio; ZARZALEJOS NIETO, Jesús; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*. Madri: La Ley, 2011.

BARBOSA, Daniel Marchionatti. Ferramentas velhas, novos problemas: deficiências da utilização da lei dos crimes contra o sistema financeiro para coibir descumprimento de deveres de *compliance*. In: HIROSE, Tadaaki; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Curso modular de direito penal*. vol. 02. Florianópolis: Conceito Editorial, EMAGIS, 2010.

BARBOSA, Julianna Nunes Targino. *A culpabilidade na responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Dissertação de mestrado em Direito Penal apresentada à Faculdade de

Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP). Orientação do Professor Titular Renato de Mello Jorge Silveira.

_____. Programas de *compliance* na lei 12.846/2013. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 22, nº 255, fevereiro/2014, pp. 9-10.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Trad. de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de livre-docência apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal compliance: Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BENETI, Sidnei A. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: notas diante da primeira condenação na justiça francesa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 85, volume 731, setembro de 1996, pp. 471-476.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo derecho penal: principios y desafíos del derecho penal de hoy*. Madri: Iustel, 2012.

BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C. *A moderna sociedade anônima e a propriedade privada*. Trad. de Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987. Os economistas.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 3. ed. Pamplona: Thomson Reuters Arazandi, 2012.

_____. Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales – estudio del cumplimiento normativo (*compliance*) desde una perspectiva criminológica. *Eguzkilore* –

Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, nº 23, dezembro/2009, pp. 117-138.

BLUMENBERG, Axel-Dirk; GARCÍA-MORENO, Beatriz. Retos prácticos de la implementación de programas de cumplimiento normativo. In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Víctor (diretores). *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*. Madrid: Edisofer, 2014.

BORGERTH, Vania Maria da Costa. *SOX: entendendo a Lei Sarbanes-Oxley: um caminho para a informação transparente*. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A lei anticorrupção como lei penal encoberta. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-08/direito-defesa-lei-anticorruptao-lei-penal-encoberta>>. Publicado em: 08/07/2014. Acesso em: 31/08/2014.

_____. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

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, 2012.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los bienes jurídicos colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jimenez de Asúa em el Código Penal de 1932). *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense (Estudios de derecho penal em homenaje ao Profesor Luis Jimenez de Asua)*, Madrid, junho de 1986, pp. 147-164.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. *“Criminal compliance” e ética empresarial: novos desafios do Direito Penal Econômico*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.

CADOPPI, Alberto; GARUTI, Giulio; VENEZIANI, Paolo (coords.). *Enti e responsabilità da reato*. Turim: Utet Giuridica, 2010.

CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinicius. *Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo*. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012.

CARDOSO, Débora Motta. *A extensão do compliance no direito penal: análise crítica na perspectiva da Lei de Lavagem de Dinheiro*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientação do Professor Titular Vicente Greco Filho. São Paulo, 2013.

CARDOZO, José Eduardo; CARVALHO, Vinicius Marques de. “Compliance” e defesa da concorrência. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2014/08/1501438-jose-e-cardozo-e-vinicius-de-carvalho-compliance-e-defesa-da-concorrencia.shtml>>. Publicado em: 18/08/2014. Acesso em: 31/08/2014.

CARLI, Carla Veríssimo (coordenadora). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

CASANOVAS YSLA, Alain. *Legal compliance: principio de cumplimiento generalmente aceptados*. Madri: Difusión Jurídica, 2012.

CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *Responsabilidade penal dos profissionais jurídicos: os limites entre a prática jurídico-notarial lícita e a participação criminal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

CESANO, José Daniel. *Estudios sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica. Formulaciones teoricas, realizaciones normativas y derecho comunitário en el ambito de la criminalidad economica*. Buenos Aires: Ediar, 2006.

CHOUKR, Fauzi Hassan; LOUREIRO, Maria Fernanda; VERVAELE, John. *Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Volumes I e II. São Paulo: FECOMERCIO SP, 2014.

CLEMENTE CASAS, Ismael; ÁLVAREZ FEIJOO, Manuel. ¿Sirve de algo un programa de *compliance* penal? ¿ Y qué forma le doy? (Responsabilidad penal de la persona jurídica en la LO 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica). *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 28, 2011, pp. 26-47. Disponível em: <<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2903/documento/articuloUM.pdf?id=2974>>. Acesso em: 07/02/2014.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (orgs.). *Manual de compliance*. São Paulo: Atlas, 2010.

COLLADO GONZÁLEZ, Rafael. *Empresas criminales: un análisis de los modelos legales de responsabilidad penal de las personas jurídicas implementados por Chile y España*. Santiago: Legal Publishing, 2013. Colección Ensayos Jurídicos.

CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. *Nova lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de livre-docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español. In: DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis (diretor); DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. (coordenador). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis (diretor); DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. (coordenador). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis; PÉREZ MACHIO, Ana Isabel. O direito penal das pessoas jurídicas: a reforma do Código Penal de 2010. In: OLIVEIRA, William Terra; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo (orgs.). *Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto. La actuación conforme a protocolos de prevención de delitos como causa de exención de responsabilidad penal. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (coords.). *Temas de Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*. Paris: Editions du Seuil, 2010.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Fundamento da responsabilidade em comissão por omissão dos diretores de empresas. Traduzido por Adriano Galvão. *Revista Liberdades*, n. 14, setembro/dezembro de 2013. Disponível em: <revistaliberdades.org.br>. Acesso em: 06 de agosto de 2014.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na protecção das gerações futuras. In: SILVA, Luciano Nascimento. *Estudos jurídicos de Coimbra*. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

_____. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. 2ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Posición de garante del *compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (diretores). *El derecho penal en la era compliance*. Valência: Tirant Lo Blanch, 2013.

FARINA, Elizabeth M. M. Q.; ARAUJO, Patricia Agra. Experiência internacional da disciplina da concorrência. In: SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVIL, Leonor (coords.). *Direito econômico concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2013. Série GVlaw: Direito econômico.

FERGUSON, Charles H. *O sequestro da América: como as corporações financeiras corromperam os Estados Unidos*. Trad. de Alexandre Martins. Revisão técnica de Eduardo Sá. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

FERRAZ, Esther de Figueiredo. *A co-delinquência no direito penal brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

FERRE MARTÍNEZ, Carlos. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Barcelona: Bosch, 2011.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (Espanha). *Circular 1/2011 – Relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010*. Disponível em: <http://www.fiscal.es/cs/Satellite?c=FG_Multimedia_FA&cid=1247140262302&pagenam e=PFiscal%2FFG_Multimedia_FA%2FFGE_fckDescarga>. Acesso em: 20/02/2014.

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

FRANCO, Alberto Silva. A crise financeira de 2008: quatro anos depois. No prelo.

FURTADO, Regina Helena Fonseca Fortes. A importância do *compliance* no novo direito penal espanhol. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 20, nº 235, junho/2012, pp. 11-12.

ELBERT, Carlos Alberto. *Novo manual básico de criminologia*. Trad. de Ney Fayet Júnior. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

GALBRAITH, John Kenneth. *1929: a grande crise*. Trad. Clara A. Colotto. São Paulo: Larousse do Brasil, 2010.

_____. *O novo estado industrial*. Trad. de Leônidas Gontijo de Carvalho. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988. Os economistas.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de criminología*. Tomos I e II. 1. ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Proceso penal y persona jurídica*. Madri: Marcial Pons, 2012.

GÓMEZ-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*. Trad. Cristina Reindolff da Motta. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. Montevidéo, Buenos Aires: Editorial B de F, 2010.

_____. *Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial. Esbozo de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Lima: Ara Editores, 2010.

_____. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial*. Lima: Ara Editores, 2010.

_____. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Estados Unidos de América*. Lima: Ara Editores, 2010.

GONÇALVES, José Antonio Pereira. *Alinhando processos, estruturas e compliance à gestão estratégica*. São Paulo: Atlas, 2012.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. Coleção Fórum de Direitos Fundamentais, 1.

GONZÁLES CUSSAC, José L. O modelo espanhol de responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Trad. William Terra de Oliveira. In: OLIVEIRA, William Terra; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo (orgs.). *Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. A corrupção e o direito administrativo sancionador. In: PASCHOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas em Chile. *Política criminal*, vol. 5, nº 9 (Julio 2010), art. 5, pp. 207-236. Disponível em: <www.politicacriminal.cl>. Acesso em: 05/11/2011.

Historia de la Lei 20.393. Establece la Responsabilidad Penal de las personas jurídicas em los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica. Biblioteca Nacional de Chile, 02 de dezembro de 2009.

KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. *Compliance y teoria del derecho penal*. Madri: Marcial Pons, 2013.

LANCELLOTTI, Gianfranco; LANCELLOTTI, Francesco. *Il modello di organizzazione, gestione e controllo ex D.Lgs.8 giugno 2001, n. 231: uno scudo processuale per le società e gli enti*. Turim: Giappichelli Editore, 2011.

LATTANZI, Giorgio (coord.). *Reati e responsabilità degli enti: Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*. 2. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2010.

LIVIANU, Roberto. *Corrupção – Incluindo a Lei Anticorrupção*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

MAGRO SERVET, Vicente. Contenido necesario del plan de prevención jurídica de las empresas para evitar responsabilidades penales. *La Ley Penal*, vol. 87, 2011, pp. 20-28.

_____. *Delitos socioeconómicos*. Madri: El Derecho, 2010.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Tutela penal da ordem econômica: o crime de formação de cartel*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, n. 2, 2011, pp. 279-310.

MANZI, Vanessa Alessi. *Compliance no Brasil: consolidação e perspectivas*. São Paulo: Saint Paul Editora, 2008.

MARIE, Catherine. La responsabilité pénale des personnes morales. *La personnalité morale*. Paris: Dalloz, 2010.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale – parte generale*. 4. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2012.

MARINUCCI, Giorgio. *La responsabilidad penal de las personas jurídica. Un bosquejo histórico-dogmático*. Trad. por Fernando Londoño M. In: GARCÍA VALDÉS, Carlos *et al.* (coords.). *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo I. Madri: Edisofer Libros Jurídicos, 2008.

MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal*. São Paulo: Singular, 2013.

MASSUD, Leonardo; SARCEDO, Leandro. O exercício da advocacia e a lavagem de capitais: panorama brasileiro. In: OLIVEIRA, William Terra; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo (orgs.). *Direito penal*

econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann. São Paulo: LiberArs, 2013.

MATUS ACUÑA, Jean Pierre. Informe sobre el proyecto de lei que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas em los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica, mensaje nº 018-357/. *Revista Ius et Praxis*, ano 15, nº 2, pp. 285-316.

_____. Presente y futuro de la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus directivos y empleados. *Revista de Derecho*, Santiago, n. 21, junho/2009, pp. 47-67.

_____. *Sobre el valor de las certificaciones de adopción e implementación de modelos de prevención de delitos frente a la responsabilidad de las personas jurídicas*. Milão: Diritto Penale Contemporaneo, 2010.

MELLO, Maria Chaves de. *Dicionário jurídico português-inglês – inglês-português*. 7. ed. Rio de Janeiro: Elfos, 1998.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método*. 2. ed. Montevideo, Buenos Aires: Editorial B de F, 2003. Colección: Maestros del Derecho penal, nº 5.

MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Víctor (diretores). *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*. Madrid: Edisofer, 2014.

MOGILLO, Vincenzo. *La delega di funzioni in matéria di sicurezza del lavoro all luce del D.Lgs. n. 81/2008 e del Decreto “correttivo” (working paper)*. Milão: Diritto Penale Contemporaneo, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal, parte especial*. 18. ed. rev. e atual. Valência: Tirant Lo Blanch, 2010.

NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008.

_____. ¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico? *Revista Penal*, Valência, n. 19, 2007, pp. 120-135.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. São Paulo: IBCCrim, 2013.

PASCHOAL, Janaina Conceição. A lei que pode aumentar a corrupção. *Folha de São Paulo*, 04/02/2014, p. A3.

PIVA, Daniele. *La responsabilità del “vértice” per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*. Napoli: Jovene Editore, 2011.

PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coords.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PRADEL, Jean. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas no direito francês – Ensaio de resposta a algumas questões chave. *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 6, n. 24, out./dez. 1998, pp. 51-63.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. *Derecho penal español, parte especial*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2010.

RANDO CASERMEIRO, Pablo. *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*. Valência: Tirant lo Blanch, 2010.

REALE JÚNIOR, Miguel. Ilícito administrativo e *ius puniendi* geral. In: PRADO, Luiz Regis (coord.). *Direito penal contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ROBLES PLANAS, Ricardo. El responsable de cumplimiento (“compliance officer”) ante el derecho penal. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Diretor); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. La obligada reforma del *sistema penal* español para implantar un modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas. *Revista General de Derecho Procesal*, n. 24, 2011, pp. 1-35.

ROMA VALDÉS, Antonio. *Responsabilidad de las personas jurídicas: manual sobre su tratamiento penal y procesal*. Madri: Rasche, 2012.

ROSENN, Keith S. *The jeito – Brazil’s institutional bypass of the formal legal system and its developmental implications*. S.e., 1971.

_____. Brazil’s legal culture: the jeito revisited. *Florida International Law Journal*, vol. I, n. I, outono/1984, pp. 1-43.

ROSSETTI, José Paschoal; ANDRADE, Adriana. *Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ROUBINI, Nouriel; MIHN, Stephen. *A economia das crises: um curso-relâmpago sobre o futuro do sistema financeiro nacional*. Trad. Carlos Araújo. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2010.

ROXIN, Imme; TAVARES, Juarez. *Responsabilidade empresarial por omissão imprópria: o problema dos crimes omissivos*. Palestra proferida em 28 de agosto de 2014, no 20º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, em São Paulo.

RUIZ RENGIFO, Hoover Wadith. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Una tarea inconclusa em España y Colombia*. Salamanca: Ratio Legis, 2012.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Fronteras del normativismo: a ejemplo de las funciones de la información en los programas de *criminal compliance*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 108, jan./dez. 2013, pp. 415-441.

_____. O sentido normativo dos programas de *compliance* na AP 470. No prelo.

SAAVEDRA, Giovanni A. Reflexões iniciais sobre o controle penal dos deveres de *compliance*. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 19, n° 226, pp. 13-14, setembro/2011.

_____. Reflexões iniciais sobre *criminal compliance*. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 18, n° 218, pp. 11-12, janeiro/2011.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; SOUZA, Luciano Anderson de (coords.). *Comentários à Lei de Crimes Ambientais – Lei n° 9.605/1998*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SANCTIS, Fausto Martin de. Responsabilidade penal das corporações. In: PASCHOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O crime de colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. *Stvdia Iuridica* 56.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

SANTOS, Mauricio Zanuzzi. *Criminal compliance: o direito penal aplicado em seu viés preventivo*. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, ano 15, vol. 29, jan.-jun./2012, pp. 231-235.

SARCEDO, Leandro. *Política criminal e crimes econômicos – uma crítica constitucional*. São Paulo: Alameda, 2012.

SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Lei Anticorrupção é substancialmente de caráter penal. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Datado de 05/02/2014. Acesso em: 18/03/ 2014.

SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVIL, Leonor (coords.). *Direito econômico concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2013. Série GVlaw: Direito econômico.

SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Introdução à criminologia*. Trad. de Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

SCHÜNEMANN, Bernd. Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral? Tradução de Lourdes Baza. In: *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madri: Tecnos, 2002.

SHARMAN, Jason Campbell. *The Money laundry: regulating criminal finance in the global economy*. Nova Iorque: Cornell University, 2011.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: OLIVEIRA, William Terra; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo (orgs.). *Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013.

_____. *Criminologia*. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

_____. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: una perspectiva del derecho brasileño. In: RAMÓN SERRANO-PIEDECASAS, José; DEMETRIO CRESPO,

Eduardo. *El derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la Sociedad mundial del riesgo*. Madri: Colex, 2010.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; ANDRADE, Pedro Luiz Bueno de. *Compliance e o direito penal*. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 18, nº 222, p. 2, maio/2011.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; SARCEDO, Leandro. A responsabilidade penal da pessoa jurídica no Projeto de novo Código Penal (Projeto de Lei do Senado nº 236/2012). In: PASCHOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014.

SIEBER, Ulrich. Programas de *compliance* no Direito penal empresarial: um novo conceito para o controle para o controle da criminalidade econômica. Tradução de Eduardo Saad-Diniz. In: OLIVEIRA, William Terra; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo (orgs.). *Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3. ed. ver. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. Direito e ciências afins, v. 6. Coord. Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, Willian Terra de Oliveira.

_____. *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*. Montevidéo, Buenos Aires: Editorial B de F, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MIRÓ LLINARES, Fernando (diretores). *La teoría del delito en la práctica penal económica*. Madri: Claves La Ley, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Diretor); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Ponderações sobre o compliance criminal. *Valor Econômico. Caderno Legislação & Tributos*, ano 15, n. 3.537, 01/07/2014, p. E2.

_____. Considerações penais sobre o acordo de leniência na realidade antitruste. In: PASCHOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014.

_____. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. Ciência do direito penal contemporânea, v. 3.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. A noção penal dos programas de *compliance* e as instituições financeiras na “nova lei de Lavagem” – Lei 12.683/2012. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, São Paulo, ano 15, vol. 57, jul.-set./2012, pp. 267-280.

_____; _____. *Criminal compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro*. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, São Paulo, ano 15, vol. 56, abr.-jun./2012, pp. 293-336.

SOUZA, Luciano Anderson de. Lei Anticorrupção: balanço de um semestre de muitos desacertos. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 22, n. 260, julho/2014, pp. 11-12.

_____. Lei Anticorrupção: avanços e desafios. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 22, n. 256, março/2014, pp. 4-5.

_____. *Direito Penal Econômico – Fundamentos, Limites e Alternativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

STEINBERG, Herbert. *A dimensão humana da governança corporativa: pessoas criam as melhores e piores práticas*. São Paulo: Editora Gente, 2003.

STEINBERG, Richard. *Governance, risk management, and compliance: it can't happen to us – avoiding corporate disaster while driving success*. New Jersey: John Wiley & Sons, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acórdão proferido na Ação Penal de autos nº 470*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa.

SUTHERLAND, Edwin H. *White collar crime – the uncut version*. New Haven, Londres: Yale University, 1983.

_____. *Princípios de criminologia*. Trad. de Asdrubal Mendes Gonçalves. São Paulo: Martins Editora, 1949.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Culpabilidade e responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, v. 18, n. 86, set./out. 2010, pp. 36-60.

_____. A responsabilidade penal da pessoa jurídica para além da velha questão de sua constitucionalidade. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 18, n. 214, setembro/2010, pp. 17-18.

TARANTINO, Anthony. *Manager's guide to compliance: Sarbanes-Oxley, COSO, ERM, COBIT, IFRS, BASEL II, OMB A-123, ASX 10, OECD principles, Turnbull guidance, best practices, and case studies*. New Jersey: John Wiley & Sons, 2006.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Derecho penal de la empresa*. Madri: Editorial Trotta, 1995. Colección Estructuras y Procesos – Serie Derecho.

_____. Concepto y método del derecho penal económico. In: RAMÓN SERRANO-PIEDECASAS; DEMETRIO CRESPO, Eduardo (diretores). *Cuestiones actuales de derecho penal económico*. Madri: Editorial Colex, 2008.

_____. *Estudios sobre derecho penal de la empresa*. Buenos Aires: Del Puerto, 2009.

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico. Introducción y parte general*. Trad. por Héctor Hernández Basualto e Rodrigo Aldoney Ramírez. Lima: Grijley, 2009.

_____. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. 2. ed. Trad. por Manuel Abanto Vásquez. Lima: Grijley, 2007.

_____. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, año 3, n. 11, julho/setembro 1995, pp. 21-35.

_____. La criminalidad econômica como objeto de investigación. *Cuadernos de política criminal*, Madri, nº 19, 1983, pp. 171-183.

_____. El concepto de delito económico y de derecho penal económico. *Nuevo pensamiento penal – Revista de derecho y ciencias penales*, Buenos Aires, año 4, nºs. 5 a 8, 1975, pp. 461-475.

TRAVERSI, Alessandro; GENNAI, Sara. *Diritto penale commerciale*. 2. ed. Milão: CEDAM, 2012.

VERO, Giancarlo de. *La responsabilità penale delle persone giuridiche*. Milão: Giuffrè Editore, 2008 (GROSSO, C.F.; PADOVANI, T.; PAGLIARO, A. *Trattato di diritto penale – Parte generale*).

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos (análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel; BLANCA MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena (coord.). *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

ANEXO I – Decreto Legislativo italiano n. 231, de 8 de junho de 2001⁴¹¹

Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231

“Disciplina della responsabilita’ amministrativa delle persone giuridiche, delle societa’ e delle associazioni anche prive di personalita’ giuridica, a norma dell’articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300”

Publicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 140 del 19 giugno 2001

IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA

Visti gli articoli 76 e 87 della Costituzione;

Visto l’articolo 14 della legge 23 agosto 1988, n. 400;

Visti gli articoli 11 e 14 della legge 29 settembre 2000, n. 300, che delega il Governo ad adottare, entro otto mesi dalla sua entrata in vigore, un decreto legislativo avente ad oggetto la disciplina della responsabilita’ amministrativa delle persone giuridiche e delle societa’, associazioni od enti privi di personalita’ giuridica che non svolgono funzioni di rilievo costituzionale secondo i principi e criteri direttivi contenuti nell’articolo 11;

Vista la preliminare deliberazione del Consiglio dei Ministri, adottata nella riunione dell’11 aprile 2001;

Acquisiti i pareri delle competenti commissioni permanenti del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati, a norma dell’articolo 14, comma 1, della citata legge 29 settembre 2000, n. 300;

Vista la deliberazione del Consiglio dei Ministri, adottata nella riunione del 2 maggio 2001;

Sulla proposta del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell’industria, del commercio e dell’artigianato e del commercio con l’estero, con il Ministro per le politiche comunitarie e con il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica;

Emana

il seguente decreto legislativo:

Capo I**RESPONSABILITA’ AMMINISTRATIVA DELL’ENTE**

⁴¹¹ Texto integral obtido em: <<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/deleghe/01231dl.htm>>. Acesso em: 14 de março de 2014.

SEZIONE I

Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilit  amministrativa

Art. 1.

Soggetti

1. Il presente decreto legislativo disciplina la responsabilit  degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato.
2. Le disposizioni in esso previste si applicano agli enti forniti di personalit  giuridica e alle societ  e associazioni anche prive di personalit  giuridica.
3. Non si applicano allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonch  agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale.

Art. 2.

Principio di legalit 

1. L'ente non puo' essere ritenuto responsabile per un fatto costituente reato se la sua responsabilit  amministrativa in relazione a quel reato e le relative sanzioni non sono espressamente previste da una legge entrata in vigore prima della commissione del fatto.

Art. 3.

Successione di leggi

1. L'ente non puo' essere ritenuto responsabile per un fatto che secondo una legge posteriore non costituisce piu' reato o in relazione al quale non e' piu' prevista la responsabilit  amministrativa dell'ente, e, se vi e' stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti giuridici.
2. Se la legge del tempo in cui e' stato commesso l'illecito e le successive sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono piu' favorevoli, salvo che sia intervenuta pronuncia irrevocabile.
3. Le disposizioni dei commi 1 e 2 non si applicano se si tratta di leggi eccezionali o temporanee.

Art. 4.

Reati commessi all'estero

1. Nei casi e alle condizioni previsti dagli articoli 7, 8, 9 e 10 del codice penale, gli enti aventi nel territorio dello Stato la sede principale rispondono anche in relazione ai reati commessi all'estero, purch  nei loro confronti non proceda lo Stato del luogo in cui e' stato commesso il fatto.

2. Nei casi in cui la legge prevede che il colpevole sia punito a richiesta del Ministro della giustizia, si procede contro l'ente solo se la richiesta e' formulata anche nei confronti di quest'ultimo.

Art. 5.

Responsabilita' dell'ente

1. L'ente e' responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio:

- a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unita' organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonche' da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso;
- b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a).

2. L'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi.

Art. 6.

Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente

1. Se il reato e' stato commesso dalle persone indicate nell'articolo 5, comma 1, lettera a) l'ente non risponde se prova che:

- a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;
- b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento e' stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo;
- c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione;
- d) non vi e' stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b).

2. In relazione all'estensione dei poteri delegati e al rischio di commissione dei reati, i modelli di cui alla lettera a), del comma 1, devono rispondere alle seguenti esigenze:

- a) individuare le attivita' nel cui ambito possono essere commessi reati;
- b) prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire;
- c) individuare modalita' di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati;

d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli;

e) introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.

3. I modelli di organizzazione e di gestione possono essere adottati, garantendo le esigenze di cui al comma 2, sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti, comunicati al Ministero della giustizia che, di concerto con i Ministeri competenti, può formulare, entro trenta giorni, osservazioni sulla idoneità dei modelli a prevenire i reati.

4. Negli enti di piccole dimensioni i compiti indicati nella lettera b), del comma 1, possono essere svolti direttamente dall'organo dirigente.

5. E' comunque disposta la confisca del profitto che l'ente ha tratto dal reato, anche nella forma per equivalente.

Art. 7.

Soggetti sottoposti all'altrui direzione e modelli di organizzazione dell'ente

1. Nel caso previsto dall'articolo 5, comma 1, lettera b), l'ente e' responsabile se la commissione del reato e' stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza.

2. In ogni caso, e' esclusa l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

3. Il modello prevede, in relazione alla natura e alla dimensione dell'organizzazione nonché al tipo di attività svolta, misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio.

4. L'efficace attuazione del modello richiede:

a) una verifica periodica e l'eventuale modifica dello stesso quando sono scoperte significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività;

b) un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.

Art. 8.

Autonomia delle responsabilità dell'ente

1. La responsabilità dell'ente sussiste anche quando:

- a) l'autore del reato non e' stato identificato o non e' imputabile;
 - b) il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia.
2. Salvo che la legge disponga diversamente, non si procede nei confronti dell'ente quando e' concessa amnistia per un reato in relazione al quale e' prevista la sua responsabilita' e l'imputato ha rinunciato alla sua applicazione.
3. L'ente puo' rinunciare all'amnistia.

SEZIONE II

Sanzioni in generale

Art. 9.

Sanzioni amministrative

1. Le sanzioni per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato sono:
- a) la sanzione pecuniaria;
 - b) le sanzioni interdittive;
 - c) la confisca;
 - d) la pubblicazione della sentenza.
2. Le sanzioni interdittive sono:
- a) l'interdizione dall'esercizio dell'attivita';
 - b) la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito;
 - c) il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio;
 - d) l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli gia' concessi;
 - e) il divieto di pubblicizzare beni o servizi.

Art. 10.

Sanzione amministrativa pecuniaria

1. Per l'illecito amministrativo dipendente da reato si applica sempre la sanzione pecuniaria.
2. La sanzione pecuniaria viene applicata per quote in un numero non inferiore a cento ne' superiore a mille.
3. L'importo di una quota va da un minimo di lire cinquecentomila ad un massimo di lire tre milioni.
4. Non e' ammesso il pagamento in misura ridotta.

Art. 11.

Criteria di commisurazione della sanzione pecuniaria

1. Nella commisurazione della sanzione pecuniaria il giudice determina il numero delle quote tenendo conto della gravita' del fatto, del grado della responsabilita' dell'ente nonche' dell'attivit  svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti.
2. L'importo della quota e' fissato sulla base delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente allo scopo di assicurare l'efficacia della sanzione.
3. Nei casi previsti dall'articolo 12, comma 1, l'importo della quota e' sempre di lire duecentomila.

Art. 12.

Casi di riduzione della sanzione pecuniaria

1. La sanzione pecuniaria e' ridotta della meta' e non puo' comunque essere superiore a lire duecento milioni se:
 - a) l'autore del reato ha commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ne ha ricavato vantaggio o ne ha ricavato un vantaggio minimo;
 - b) il danno patrimoniale cagionato e' di particolare tenuita';
2. La sanzione e' ridotta da un terzo alla meta' se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado:
 - a) l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si e' comunque efficacemente adoperato in tal senso;
 - b) e' stato adottato e reso operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.
3. Nel caso in cui concorrono entrambe le condizioni previste dalle lettere del precedente comma, la sanzione e' ridotta dalla meta' ai due terzi.
4. In ogni caso, la sanzione pecuniaria non puo' essere inferiore a lire venti milioni.

Art. 13.

Sanzioni interdittive

1. Le sanzioni interdittive si applicano in relazione ai reati per i quali sono espressamente previste, quando ricorre almeno una delle seguenti condizioni:
 - a) l'ente ha tratto dal reato un profitto di rilevante entita' e il reato e' stato commesso da soggetti in posizione apicale ovvero da soggetti sottoposti all'altrui direzione quando, in questo caso, la commissione del reato e' stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative;
 - b) in caso di reiterazione degli illeciti.

2. Le sanzioni interdittive hanno una durata non inferiore a tre mesi e non superiore a due anni.

3. Le sanzioni interdittive non si applicano nei casi previsti dall'articolo 12, comma 1.

Art. 14.

Criteri di scelta delle sanzioni interdittive

1. Le sanzioni interdittive hanno ad oggetto la specifica attività alla quale si riferisce l'illecito dell'ente. Il giudice ne determina il tipo e la durata sulla base dei criteri indicati nell'articolo 11, tenendo conto dell'idoneità delle singole sanzioni a prevenire illeciti del tipo di quello commesso.

2. Il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione può anche essere limitato a determinati tipi di contratto o a determinate amministrazioni. L'interdizione dall'esercizio di un'attività comporta la sospensione ovvero la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali allo svolgimento dell'attività.

3. Se necessario, le sanzioni interdittive possono essere applicate congiuntamente.

4. L'interdizione dall'esercizio dell'attività si applica soltanto quando l'irrogazione di altre sanzioni interdittive risulta inadeguata.

Art. 15.

Commissario giudiziale

1. Se sussistono i presupposti per l'applicazione di una sanzione interdittiva che determina l'interruzione dell'attività dell'ente, il giudice, in luogo dell'applicazione della sanzione, dispone la prosecuzione dell'attività dell'ente da parte di un commissario per un periodo pari alla durata della pena interdittiva che sarebbe stata applicata, quando ricorre almeno una delle seguenti condizioni:

a) l'ente svolge un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità la cui interruzione può provocare un grave pregiudizio alla collettività;

b) l'interruzione dell'attività dell'ente può provocare, tenuto conto delle sue dimensioni e delle condizioni economiche del territorio in cui è situato, rilevanti ripercussioni sull'occupazione.

2. Con la sentenza che dispone la prosecuzione dell'attività, il giudice indica i compiti ed i poteri del commissario, tenendo conto della specifica attività in cui è stato posto in essere l'illecito da parte dell'ente.

3. Nell'ambito dei compiti e dei poteri indicati dal giudice, il commissario cura l'adozione e l'efficace attuazione dei modelli di organizzazione e di controllo idonei a prevenire reati

della specie di quello verificatosi. Non puo' compiere atti di straordinaria amministrazione senza autorizzazione del giudice.

4. Il profitto derivante dalla prosecuzione dell'attivita' viene confiscato.

5. La prosecuzione dell'attivita' da parte del commissario non puo' essere disposta quando l'interruzione dell'attivita' consegue all'applicazione in via definitiva di una sanzione interdittiva.

Art. 16.

Sanzioni interdittive applicate in via definitiva

1. Puo' essere disposta l'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attivita' se l'ente ha tratto dal reato un profitto di rilevante entita' ed e' gia' stato condannato, almeno tre volte negli ultimi sette anni, alla interdizione temporanea dall'esercizio dell'attivita'.

2. Il giudice puo' applicare all'ente, in via definitiva, la sanzione del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione ovvero del divieto di pubblicizzare beni o servizi quando e' gia' stato condannato alla stessa sanzione almeno tre volte negli ultimi sette anni.

3. Se l'ente o una sua unita' organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione di reati in relazione ai quali e' prevista la sua responsabilita' e' sempre disposta l'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attivita' e non si applicano le disposizioni previste dall'articolo 17.

Art. 17.

Riparazione delle conseguenze del reato

1. Ferma l'applicazione delle sanzioni pecuniarie, le sanzioni interdittive non si applicano quando, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, concorrono le seguenti condizioni:

- a) l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si e' comunque efficacemente adoperato in tal senso;
- b) l'ente ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;
- c) l'ente ha messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca.

Art. 18.

Pubblicazione della sentenza di condanna

1. La pubblicazione della sentenza di condanna puo' essere disposta quando nei confronti dell'ente viene applicata una sanzione interdittiva.

2. La sentenza e' pubblicata una sola volta, per estratto o per intero, in uno o piu' giornali indicati dal giudice nella sentenza nonche' mediante affissione nel comune ove l'ente ha la sede principale.

3. La pubblicazione della sentenza e' eseguita, a cura della cancelleria del giudice, a spese dell'ente.

Art. 19.

Confisca

1. Nei confronti dell'ente e' sempre disposta, con la sentenza di condanna, la confisca del prezzo o del profitto del reato, salvo che per la parte che puo' essere restituita al danneggiato. Sono fatti salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede.

2. Quando non e' possibile eseguire la confisca a norma del comma 1, la stessa puo' avere ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilita' di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato.

Art. 20.

Reiterazione

1. Si ha reiterazione quando l'ente, gia' condannato in via definitiva almeno una volta per un illecito dipendente da reato, ne commette un altro nei cinque anni successivi alla condanna definitiva.

Art. 21.

Pluralita' di illeciti

1. Quando l'ente e' responsabile in relazione ad una pluralita' di reati commessi con una unica azione od omissione ovvero commessi nello svolgimento di una medesima attivita' e prima che per uno di essi sia stata pronunciata sentenza anche non definitiva, si applica la sanzione pecuniaria prevista per l'illecito piu' grave aumentata fino al triplo. Per effetto di detto aumento, l'ammontare della sanzione pecuniaria non puo' comunque essere superiore alla somma delle sanzioni applicabili per ciascun illecito.

2. Nei casi previsti dal comma 1, quando in relazione a uno o piu' degli illeciti ricorrono le condizioni per l'applicazione delle sanzioni interdittive, si applica quella prevista per l'illecito piu' grave.

Art. 22.

Prescrizione

1. Le sanzioni amministrative si prescrivono nel termine di cinque anni dalla data di consumazione del reato.

2. Interrompono la prescrizione la richiesta di applicazione di misure cautelari interdittive e la contestazione dell'illecito amministrativo a norma dell'articolo 59.
3. Per effetto della interruzione inizia un nuovo periodo di prescrizione.
4. Se l'interruzione e' avvenuta mediante la contestazione dell'illecito amministrativo dipendente da reato, la prescrizione non corre fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio.

Art. 23.

Inosservanza delle sanzioni interdittive

1. Chiunque, nello svolgimento dell'attivita' dell'ente a cui e' stata applicata una sanzione o una misura cautelare interdittiva trasgredisce agli obblighi o ai divieti inerenti a tali sanzioni o misure, e' punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.
2. Nel caso di cui al comma 1, nei confronti dell'ente nell'interesse o a vantaggio del quale il reato e' stato commesso, si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da duecento e seicento quote e la confisca del profitto, a norma dell'articolo 19.
3. Se dal reato di cui al comma 1, l'ente ha tratto un profitto rilevante, si applicano le sanzioni interdittive, anche diverse da quelle in precedenza irrogate.

SEZIONE III

Responsabilita' amministrativa per reati previsti dal codice penale

Art. 24.

Indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche e frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico.

1. In relazione alla commissione dei delitti di cui agli articoli 316-*bis*, 316-*ter*, 640, comma 2, n. 1, 640-*bis* e 640-*ter* se commesso in danno dello Stato o di altro ente pubblico, del codice penale, si applica all'ente la sanzione pecuniaria fino a cinquecento quote.
2. Se, in seguito alla commissione dei delitti di cui al comma 1, l'ente ha conseguito un profitto di rilevante entita' o e' derivato un danno di particolare gravita'; si applica la sanzione pecuniaria da duecento a seicento quote.
3. Nei casi previsti dai commi precedenti, si applicano le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, lettere c), d) ed e).

Art. 25

Concussione e corruzione

1. In relazione alla commissione dei delitti di cui agli articoli 318, 321 e 322, commi 1 e 3, del codice penale, si applica la sanzione pecuniaria fino a duecento quote.

2. In relazione alla commissione dei delitti di cui agli articoli 319, 319-*ter*, comma 1, 321, 322, commi 2 e 4, del codice penale, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da duecento a seicento quote.

3. In relazione alla commissione dei delitti di cui agli articoli 317, 319, aggravato ai sensi dell'articolo 319-*bis* quando dal fatto l'ente ha conseguito un profitto di rilevante entità, 319-*ter*, comma 2, e 321 del codice penale, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da trecento a ottocento quote.

4. Le sanzioni pecuniarie previste per i delitti di cui ai commi da 1 a 3, si applicano all'ente anche quando tali delitti sono stati commessi dalle persone indicate negli articoli 320 e 322-*bis*.

5. Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nei commi 2 e 3, si applicano le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore ad un anno.

Art. 26.

Delitti tentati

1. Le sanzioni pecuniarie e interdittive sono ridotte da un terzo alla metà' in relazione alla commissione, nelle forme del tentativo, dei delitti indicati nel presente capo del decreto.

2. L'ente non risponde quando volontariamente impedisce il compimento dell'azione o la realizzazione dell'evento.

Capo II

RESPONSABILITA' PATRIMONIALE E VICENDE MODIFICATIVE DELL'ENTE

SEZIONE I

Responsabilità patrimoniale dell'ente

Art. 27.

Responsabilità patrimoniale dell'ente

1. Dell'obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria risponde soltanto l'ente con il suo patrimonio o con il fondo comune.

2. I crediti dello Stato derivanti degli illeciti amministrativi dell'ente relativi a reati hanno privilegio secondo le disposizioni del codice di procedura penale sui crediti dipendenti da reato. A tale fine, la sanzione pecuniaria si intende equiparata alla pena pecuniaria.

SEZIONE II

Vicende modificative dell'ente

Art. 28.

Trasformazione dell'ente

1. Nel caso di trasformazione dell'ente, resta ferma la responsabilita' per i reati ommessi anteriormente alla data in cui la trasformazione ha avuto effetto.

Art. 29.

Fusione dell'ente

1. Nel caso di fusione, anche per incorporazione, l'ente che ne risulta risponde dei reati dei quali erano responsabili gli enti partecipanti alla fusione.

Art. 30.

Scissione dell'ente

1. Nel caso di scissione parziale, resta ferma la responsabilita' dell'ente scisso per i reati ommessi anteriormente alla data in cui la scissione ha avuto effetto, salvo quanto previsto dal comma 3.

2. Gli enti beneficiari della scissione, sia totale che parziale, sono solidalmente obbligati al pagamento delle sanzioni pecuniarie dovute dall'ente scisso per i reati commessi anteriormente alla data dalla quale la scissione ha avuto effetto. L'obbligo e' limitato al valore effettivo del patrimonio netto trasferito al singolo ente, salvo che si tratti di ente al quale e' stato trasferito, anche in parte il ramo di attivita' nell'ambito del quale e' stato commesso il reato.

3. Le sanzioni interdittive relative ai reati indicati nel comma 2, si applicano agli enti cui e' rimasto o e' stato trasferito, anche in parte, il ramo di attivita' nell'ambito del quale il reato e' stato commesso.

Art. 31.

Determinazione delle sanzioni nel caso di fusione o scissione

1. Se la fusione o la scissione e' avvenuta prima della conclusione del giudizio, il giudice, nella commisurazione della sanzione pecuniaria a norma dell'articolo 11, comma 2, tiene conto delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente originariamente responsabile.

2. Salvo quanto previsto dall'articolo 17, l'ente risultante dalla fusione e l'ente al quale, nel caso di scissione, e' applicabile la sanzione interdittiva possono chiedere al giudice la sostituzione della medesima con la sanzione pecuniaria, qualora, a seguito della fusione o della scissione, si sia realizzata la condizione prevista dalla lettera b) del comma 1 dell'articolo 17, e ricorrano le ulteriori condizioni di cui alle lettere a) e c) del medesimo articolo.

3. Se accoglie la richiesta, il giudice, nel pronunciare sentenza di condanna, sostituisce la sanzione interdittiva con una sanzione pecuniaria di ammontare pari da una a due volte quello della sanzione pecuniaria inflitta all'ente in relazione al medesimo reato.

4. Resta salva la facoltà dell'ente, anche nei casi di fusione o scissione successiva alla conclusione del giudizio, di chiedere la conversione della sanzione interdittiva in sanzione pecuniaria.

Art. 32.

Rilevanza della fusione o della scissione ai fini della reiterazione

1. Nei casi di responsabilità dell'ente risultante dalla fusione o beneficiario della scissione per reati commessi successivamente alla data dalla quale la fusione o la scissione ha avuto effetto, il giudice può ritenere la reiterazione, a norma dell'articolo 20, anche in rapporto a condanne pronunciate nei confronti degli enti partecipanti alla fusione o dell'ente scisso per reati commessi anteriormente a tale data.

2. A tale fine, il giudice tiene conto della natura delle violazioni e dell'attività nell'ambito della quale sono state commesse nonché delle caratteristiche della fusione o della scissione.

3. Rispetto agli enti beneficiari della scissione, la reiterazione può essere ritenuta, a norma dei commi 1 e 2, solo se ad essi è stato trasferito, anche in parte, il ramo di attività nell'ambito del quale è stato commesso il reato per cui è stata pronunciata condanna nei confronti dell'ente scisso.

Art. 33.

Cessione di azienda

1. Nel caso di cessione dell'azienda nella cui attività è stato commesso il reato, il cessionario è solidalmente obbligato, salvo il beneficio della preventiva escussione dell'ente cedente e nei limiti del valore dell'azienda, al pagamento della sanzione pecuniaria.

2. L'obbligazione del cessionario è limitata alle sanzioni pecuniarie che risultano dai libri contabili obbligatori, ovvero dovute per illeciti amministrativi dei quali egli era comunque a conoscenza.

3. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche nel caso di conferimento di azienda.

Capo III

PROCEDIMENTO DI ACCERTAMENTO E DI APPLICAZIONE DELLE SANZIONI AMMINISTRATIVE

SEZIONE I

Disposizioni generali

Art. 34.

Disposizioni processuali applicabili

1. Per il procedimento relativo agli illeciti amministrativi dipendenti da reato, si osservano le norme di questo capo nonché, in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura penale e del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271.

Art. 35.

Estensione della disciplina relativa all'imputato

1. All'ente si applicano le disposizioni processuali relative all'imputato, in quanto compatibili.

SEZIONE II**Soggetti, giurisdizione e competenza**

Art. 36.

Attribuzioni del giudice penale

1. La competenza a conoscere gli illeciti amministrativi dell'ente appartiene al giudice penale competente per i reati dai quali gli stessi dipendono.

2. Per il procedimento di accertamento dell'illecito amministrativo dell'ente si osservano le disposizioni sulla composizione del tribunale e le disposizioni processuali collegate relative ai reati dai quali l'illecito amministrativo dipende.

Art. 37.

Casi di improcedibilità

1. Non si procede all'accertamento dell'illecito amministrativo dell'ente quando l'azione penale non può essere iniziata o proseguita nei confronti dell'autore del reato per la mancanza di una condizione di procedibilità.

Art. 38.

Riunione e separazione dei procedimenti

1. Il procedimento per l'illecito amministrativo dell'ente è riunito al procedimento penale instaurato nei confronti dell'autore del reato da cui l'illecito dipende.

2. Si procede separatamente per l'illecito amministrativo dell'ente soltanto quando:

a) è stata ordinata la sospensione del procedimento ai sensi dell'articolo 71 del codice di procedura penale;

b) il procedimento è stato definito con il giudizio abbreviato o con l'applicazione della pena ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, ovvero è stato emesso il decreto penale di condanna;

c) l'osservanza delle disposizioni processuali lo rende necessario.

Art. 39.

Rappresentanza dell'ente

1. L'ente partecipa al procedimento penale con il proprio rappresentante legale, salvo che questi sia imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo.

2. L'ente che intende partecipare al procedimento si costituisce depositando nella cancelleria dell'autorità giudiziaria procedente una dichiarazione contenente a pena di inammissibilità:

- a) la denominazione dell'ente e le generalità del suo legale rappresentante;
- b) il nome ed il cognome del difensore e l'indicazione della procura;
- c) la sottoscrizione del difensore;
- d) la dichiarazione o l'elezione di domicilio.

3. La procura, conferita nelle forme previste dall'articolo 100, comma 1, del codice di procedura penale, è depositata nella segreteria del pubblico ministero o nella cancelleria del giudice ovvero è presentata in udienza unitamente alla dichiarazione di cui al comma 2.

4. Quando non compare il legale rappresentante, l'ente costituito e rappresentato dal difensore.

Art. 40.

Difensore di ufficio

1. L'ente che non ha nominato un difensore di fiducia o ne è rimasto privo è assistito da un difensore di ufficio.

Art. 41.

Contumacia dell'ente

1. L'ente che non si costituisce nel processo è dichiarato contumace.

Art. 42.

Vicende modificative dell'ente nel corso del processo

1. Nel caso di trasformazione, di fusione o di scissione dell'ente originariamente responsabile, il procedimento prosegue nei confronti degli enti risultanti da tali vicende modificative o beneficiari della scissione, che partecipano al processo, nello stato in cui lo stesso si trova, depositando la dichiarazione di cui all'articolo 39, comma 2.

Art. 43.

Notificazioni all'ente

1. Per la prima notificazione all'ente si osservano le disposizioni dell'articolo 154, comma 3, del codice di procedura penale.

2. Sono comunque valide le notificazioni eseguite mediante consegna al legale rappresentante, anche se imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo.

3. Se l'ente ha dichiarato o eletto domicilio nella dichiarazione di cui all'articolo 39 o in altro atto comunicato all'autorità giudiziaria, le notificazioni sono eseguite ai sensi dell'articolo 161 del codice di procedura penale.

4. Se non è possibile eseguire le notificazioni nei modi previsti dai commi precedenti, l'autorità giudiziaria dispone nuove ricerche. Qualora le ricerche non diano esito positivo, il giudice, su richiesta del pubblico ministero, sospende il procedimento.

SEZIONE III

Prove

Art. 44.

Incompatibilità con l'ufficio di testimone

1. Non può essere assunta come testimone:

- a) la persona imputata del reato da cui dipende l'illecito amministrativo;
- b) la persona che rappresenta l'ente indicata nella dichiarazione di cui all'articolo 39, comma 2, e che rivestiva tale funzione anche al momento della commissione del reato.

2. Nel caso di incompatibilità la persona che rappresenta l'ente può essere interrogata ed esaminata nelle forme, con i limiti e con gli effetti previsti per l'interrogatorio e per l'esame della persona imputata in un procedimento connesso.

SEZIONE IV

Misure cautelari

Art. 45.

Applicazione delle misure cautelari

1. Quando sussistono gravi indizi per ritenere la sussistenza della responsabilità dell'ente per un illecito amministrativo dipendente da reato e vi sono fondati e specifici elementi che fanno ritenere concreto il pericolo che vengano commessi illeciti della stessa indole di quello per cui si procede, il pubblico ministero può richiedere l'applicazione quale misura cautelare di una delle sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, presentando al giudice gli elementi su cui la richiesta si fonda, compresi quelli a favore dell'ente e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate.

2. Sulla richiesta il giudice provvede con ordinanza, in cui indica anche le modalità applicative della misura. Si osservano le disposizioni dell'articolo 292 del codice di procedura penale.

3. In luogo della misura cautelare interdittiva, il giudice puo' nominare un commissario giudiziale a norma dell'articolo 15 per un periodo pari alla durata della misura che sarebbe stata applicata.

Art. 46.

Criteri di scelta delle misure

1. Nel disporre le misure cautelari, il giudice tiene conto della specifica idoneita' di ciascuna in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto.

2. Ogni misura cautelare deve essere proporzionata all'entita' del fatto e alla sanzione che si ritiene possa essere applicata all'ente.

3. L'interdizione dall'esercizio dell'attivita' puo' essere disposta in via cautelare soltanto quando ogni altra misura risulti inadeguata.

4. Le misure cautelari non possono essere applicate congiuntamente.

Art. 47.

Giudice competente e procedimento di applicazione

1. Sull'applicazione e sulla revoca delle misure cautelari nonche' sulle modifiche delle loro modalita' esecutive, provvede il giudice che procede. Nel corso delle indagini provvede il giudice per le indagini preliminari. Si applicano altresì le disposizioni di cui all'articolo 91 del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271.

2. Se la richiesta di applicazione della misura cautelare e' presentata fuori udienza, il giudice fissa la data dell'udienza e ne fa dare avviso al pubblico ministero, all'ente e ai difensori. L'ente e i difensori sono altresì avvisati che, presso la cancelleria del giudice, possono esaminare la richiesta dal pubblico ministero e gli elementi sui quali la stessa si fonda.

3. Nell'udienza prevista dal comma 2, si osservano le forme dell'articolo 127, commi 1, 2, 3, 4, 5, 6 e 10, del codice di procedura penale; i termini previsti ai commi 1 e 2 del medesimo articolo sono ridotti rispettivamente a cinque e a tre giorni. Tra il deposito della richiesta e la data dell'udienza non puo' intercorrere un termine superiore a quindici giorni.

Art. 48.

Adempimenti esecutivi

1. L'ordinanza che dispone l'applicazione di una misura cautelare e' notificata all'ente a cura del pubblico ministero.

Art. 49.

Sospensione delle misure cautelari

1. Le misure cautelari possono essere sospese se l'ente chiede di poter realizzare gli adempimenti cui la legge condiziona l'esclusione di sanzioni interdittive a norma dell'articolo 17. In tal caso, il giudice, sentito il pubblico ministero, se ritiene di accogliere la richiesta, determina una somma di denaro a titolo di cauzione, dispone la sospensione della misura e indica il termine per la realizzazione delle condotte riparatorie di cui al medesimo articolo 17.

2. La cauzione consiste nel deposito presso la Cassa delle ammende di una somma di denaro che non può comunque essere inferiore alla metà della sanzione pecuniaria minima prevista per l'illecito per cui si procede. In luogo del deposito, è ammessa la prestazione di una garanzia mediante ipoteca o fideiussione solidale.

3. Nel caso di mancata, incompleta o inefficace esecuzione delle attività nel termine fissato, la misura cautelare viene ripristinata e la somma depositata o per la quale è stata data garanzia è devoluta alla Cassa delle ammende.

4. Se si realizzano le condizioni di cui all'articolo 17 il giudice revoca la misura cautelare e ordina la restituzione della somma depositata o la cancellazione dell'ipoteca; la fideiussione prestata si estingue.

Art. 50.

Revoca e sostituzione delle misure cautelari

1. Le misure cautelari sono revocate anche d'ufficio quando risultano mancanti, anche per fatti sopravvenuti, le condizioni di applicabilità previste dall'articolo 45 ovvero quando ricorrono le ipotesi previste dall'articolo 17.

2. Quando le esigenze cautelari risultano attenuate ovvero la misura applicata non appare più proporzionata all'entità del fatto o alla sanzione che si ritiene possa essere applicata in via definitiva, il giudice, su richiesta del pubblico ministero o dell'ente, sostituisce la misura con un'altra meno grave ovvero ne dispone l'applicazione con modalità meno gravose, anche stabilendo una minore durata.

Art. 51.

Durata massima delle misure cautelari

1. Nel disporre le misure cautelari il giudice ne determina la durata, che non può superare la metà del termine massimo indicato dall'articolo 13, comma 2.

2. Dopo la sentenza di condanna di primo grado, la durata della misura cautelare può avere la stessa durata della corrispondente sanzione applicata con la medesima sentenza. In ogni caso, la durata della misura cautelare non può superare i due terzi del termine massimo indicato dall'articolo 13, comma 2.

3. Il termine di durata delle misure cautelari decorre dalla data della notifica dell'ordinanza.

4. La durata delle misure cautelari e' computata nella durata delle sanzioni applicate in via definitiva.

Art. 52.

Impugnazione dei provvedimenti che applicano le misure cautelari

1. Il pubblico ministero e l'ente, per mezzo del suo difensore, possono proporre appello contro tutti i provvedimenti in materia di misure cautelari, indicandone contestualmente i motivi. Si osservano le disposizioni di cui all'articolo 322-bis, commi 1-bis e 2, del codice di procedura penale.

2. Contro il provvedimento emesso a norma del comma 1, il pubblico ministero e l'ente, per mezzo del suo difensore, possono proporre ricorso per cassazione per violazione di legge. Si osservano le disposizioni di cui all'articolo 325 del codice di procedura penale.

Art. 53.

Sequestro preventivo

1. Il giudice puo' disporre il sequestro delle cose di cui e' consentita la confisca a norma dell'articolo 19. Si osservano le disposizioni di cui agli articoli 321, commi 3, 3-bis e 3-ter, 322, 322-bis e 323 del codice di procedura penale, in quanto applicabili.

Art. 54.

Sequestro conservativo

1. Se vi e' fondata ragione di ritenere che manchino o si disperdano le garanzie per il pagamento della sanzione pecuniaria, delle spese del procedimento e di ogni altra somma dovuta all'erario dello Stato, il pubblico ministero, in ogni stato e grado del processo di merito, chiede il sequestro conservativo dei beni mobili e immobili dell'ente o delle somme o cose allo stesso dovute. Si osservano le disposizioni di cui agli articoli 316, comma 4, 317, 318, 319 e 320 del codice di procedura penale, in quanto applicabili.

SEZIONE V

Indagini preliminari e udienza preliminare

Art. 55.

Annotazione dell'illecito amministrativo

1. Il pubblico ministero che acquisisce la notizia dell'illecito amministrativo dipendente da reato commesso dall'ente annota immediatamente, nel registro di cui all'articolo 335 del codice di procedura penale, gli elementi identificativi dell'ente unitamente, ove possibile, alle generalita' del suo legale rappresentante nonche' il reato da cui dipende l'illecito.

2. L'annotazione di cui al comma 1 e' comunicata all'ente o al suo difensore che ne faccia richiesta negli stessi limiti in cui e' consentita la comunicazione delle iscrizioni della notizia di reato alla persona alla quale il reato e' attribuito.

Art. 56.

Termine per l'accertamento dell'illecito amministrativo nelle indagini preliminari

1. Il pubblico ministero procede all'accertamento dell'illecito amministrativo negli stessi termini previsti per le indagini preliminari relative al reato da cui dipende l'illecito stesso.

2. Il termine per l'accertamento dell'illecito amministrativo a carico dell'ente decorre dalla annotazione prevista dall'articolo 55.

Art. 57.

Informazione di garanzia

1. L'informazione di garanzia inviata all'ente deve contenere l'invito a dichiarare ovvero eleggere domicilio per le notificazioni nonche' l'avvertimento che per partecipare al procedimento deve depositare la dichiarazione di cui all'articolo 39, comma 2.

Art. 58.

Archiviazione

1. Se non procede alla contestazione dell'illecito amministrativo a norma dell'articolo 59, il pubblico ministero emette decreto motivato di archiviazione degli atti, comunicandolo al procuratore generale presso la corte d'appello. Il procuratore generale puo' svolgere gli accertamenti indispensabili e, qualora ritenga ne ricorrano le condizioni, contesta all'ente le violazioni amministrative conseguenti al reato entro sei mesi dalla comunicazione.

Art. 59.

Contestazione dell'illecito amministrativo

1. Quando non dispone l'archiviazione, il pubblico ministero contesta all'ente l'illecito amministrativo dipendente dal reato. La contestazione dell'illecito e' contenuta in uno degli atti indicati dall'articolo 405, comma 1, del codice di procedura penale.

2. La contestazione contiene gli elementi identificativi dell'ente, l'enunciazione, in forma chiara e precisa, del fatto che puo' comportare l'applicazione delle sanzioni amministrative, con l'indicazione del reato da cui l'illecito dipende e dei relativi articoli di legge e delle fonti di prova.

Art. 60.

Decadenza dalla contestazione

1. Non puo' procedersi alla contestazione di cui all'articolo 59 quando il reato da cui dipende l'illecito amministrativo dell'ente e' estinto per prescrizione.

Art. 61.

Provvedimenti emessi nell'udienza preliminare

1. Il giudice dell'udienza preliminare pronuncia sentenza di non luogo a procedere nei casi di estinzione o di improcedibilit  della sanzione amministrativa, ovvero quando l'illecito stesso non sussiste o gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere in giudizio la responsabilit  dell'ente. Si applicano le disposizioni dell'articolo 426 del codice di procedura penale.

2. Il decreto che, a seguito dell'udienza preliminare, dispone il giudizio nei confronti dell'ente, contiene, a pena di nullit , la contestazione dell'illecito amministrativo dipendente dal reato, con l'enunciazione, in forma chiara e precisa, del fatto che puo' comportare l'applicazione delle sanzioni e l'indicazione del reato da cui l'illecito dipende e dei relativi articoli di legge e delle fonti di prova nonche' gli elementi identificativi dell'ente.

SEZIONE VI

Procedimenti speciali

Art. 62.

Giudizio abbreviato

1. Per il giudizio abbreviato si osservano le disposizioni del titolo I del libro sesto del codice di procedura penale, in quanto applicabili.

2. Se manca l'udienza preliminare, si applicano, secondo i casi, le disposizioni degli articoli 555, comma 2, 557 e 558, comma 8.

3. La riduzione di cui all'articolo 442, comma 2, del codice di procedura penale e' operata sulla durata della sanzione interdittiva e sull'ammontare della sanzione pecuniaria.

4. In ogni caso, il giudizio abbreviato non e' ammesso quando per l'illecito amministrativo e' prevista l'applicazione di una sanzione interdittiva in via definitiva.

Art. 63.

Applicazione della sanzione su richiesta

1. L'applicazione all'ente della sanzione su richiesta e' ammessa se il giudizio nei confronti dell'imputato e' definito ovvero definibile a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale nonche' in tutti i casi in cui per l'illecito amministrativo e' prevista la sola sanzione pecuniaria. Si osservano le disposizioni di cui al titolo II del libro sesto del codice di procedura penale, in quanto applicabili.

2. Nei casi in cui e' applicabile la sanzione su richiesta, la riduzione di cui all'articolo 444, comma 1, del codice di procedura penale e' operata sulla durata della sanzione interdittiva e sull'ammontare della sanzione pecuniaria.

3. Il giudice, se ritiene che debba essere applicata una sanzione interdittiva in via definitiva, rigetta la richiesta.

Art. 64.

Procedimento per decreto

1. Il pubblico ministero, quando ritiene che si debba applicare la sola sanzione pecuniaria, puo' presentare al giudice per le indagini preliminari, entro sei mesi dalla data dell'annotazione dell'illecito amministrativo nel registro di cui all'articolo 55 e previa trasmissione del fascicolo, richiesta motivata di emissione del decreto di applicazione della sanzione pecuniaria, indicandone la misura.

2. Il pubblico ministero puo' chiedere l'applicazione di una sanzione pecuniaria diminuita sino alla meta' rispetto al minimo dell'importo applicabile.

3. Il giudice, quando non accoglie la richiesta, se non deve pronunciare sentenza di esclusione della responsabilita' dell'ente, restituisce gli atti al pubblico ministero.

4. Si osservano le disposizioni del titolo V del libro sesto e dell'articolo 557 del codice di procedura penale, in quanto compatibili.

SEZIONE VII

Giudizio

Art. 65.

Termine per provvedere alla riparazione delle conseguenze del reato

1. Prima dell'apertura del dibattimento di primo grado, il giudice puo' disporre la sospensione del processo se l'ente chiede di provvedere alle attivita' di cui all'articolo 17 e dimostra di essere stato nell'impossibilita' di effettuarle prima. In tal caso, il giudice, se ritiene di accogliere la richiesta, determina una somma di denaro a titolo di cauzione. Si osservano le disposizioni di cui all'articolo 49.

Art. 66.

Sentenza di esclusione della responsabilita' dell'ente

1. Se l'illecito amministrativo contestato all'ente non sussiste, il giudice lo dichiara con sentenza, indicandone la causa nel dispositivo. Allo stesso modo procede quando manca, e' insufficiente o e' contraddittoria la prova dell'illecito amministrativo.

Art. 67.

Sentenza di non doversi procedere

1. Il giudice pronuncia sentenza di non doversi procedere nei casi previsti dall'articolo 60 e quando la sanzione e' estinta per prescrizione.

Art. 68.

Provvedimenti sulle misure cautelari

1. Quando pronuncia una delle sentenza di cui agli articoli 66 e 67, il giudice dichiara la cessazione delle misure cautelari eventualmente disposte.

Art. 69.

Sentenza di condanna

1. Se l'ente risulta responsabile dell'illecito amministrativo contestato il giudice applica le sanzioni previste dalla legge e lo condanna al pagamento delle spese processuali.

2. In caso di applicazione delle sanzioni interdittive la sentenza deve sempre indicare l'attivit  o le strutture oggetto della sanzione.

Art. 70.

Sentenza in caso di vicende modificative dell'ente

1. Nel caso di trasformazione, fusione o scissione dell'ente responsabile, il giudice da' atto nel dispositivo che la sentenza e' pronunciata nei confronti degli enti risultanti dalla trasformazione o fusione ovvero beneficiari della scissione, indicando l'ente originariamente responsabile.

2. La sentenza pronunciata nei confronti dell'ente originariamente responsabile ha comunque effetto anche nei confronti degli enti indicati nel comma 1.

SEZIONE VIII

Impugnazioni

Art. 71.

Impugnazioni delle sentenze relative alla responsabilit  amministrativa dell'ente

1. Contro la sentenza che applica sanzioni amministrative diverse da quelle interdittive l'ente puo' proporre impugnazione nei casi e nei modi stabiliti per l'imputato del reato dal quale dipende l'illecito amministrativo.

2. Contro la sentenza che applica una o piu' sanzioni interdittive, l'ente puo' sempre proporre appello anche se questo non e' ammesso per l'imputato del reato dal quale dipende l'illecito amministrativo.

3. Contro la sentenza che riguarda l'illecito amministrativo il pubblico ministero puo' proporre le stesse impugnazioni consentite per il reato da cui l'illecito amministrativo dipende.

Art. 72.

Estensione delle impugnazioni

1. Le impugnazioni proposte dall'imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo e dall'ente, giovane, rispettivamente, all'ente e all'imputato, purché non fondate su motivi esclusivamente personali.

Art. 73.

Revisione delle sentenze

1. Alle sentenze pronunciate nei confronti dell'ente si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni del titolo IV del libro nono del codice di procedura penale ad eccezione degli articoli 643, 644, 645, 646 e 647.

SEZIONE IX

Esecuzione

Art. 74.

Giudice dell'esecuzione

1. Competente a conoscere dell'esecuzione delle sanzioni amministrative dipendenti da reato è il giudice indicato nell'articolo 665 del codice di procedura penale.

2. Il giudice indicato nel comma 1 è pure competente per i provvedimenti relativi:

- a) alla cessazione dell'esecuzione delle sanzioni nei casi previsti dall'articolo 3;
- b) alla cessazione dell'esecuzione nei casi di estinzione del reato per amnistia;
- c) alla determinazione della sanzione amministrativa applicabile nei casi previsti dall'articolo 21, commi 1 e 2;
- d) alla confisca e alla restituzione delle cose sequestrate.

3. Nel procedimento di esecuzione si osservano le disposizioni di cui all'articolo 666 del codice di procedura penale, in quanto applicabili. Nei casi previsti dal comma 2, lettere b) e d) si osservano le disposizioni di cui all'articolo 667, comma 4, del codice di procedura penale.

4. Quando è applicata l'interdizione dall'esercizio dell'attività, il giudice, su richiesta dell'ente, può autorizzare il compimento di atti di gestione ordinaria che non comportino la prosecuzione dell'attività interdetta. Si osservano le disposizioni di cui all'articolo 667, comma 4, del codice di procedura penale.

Art. 75.

Esecuzione delle sanzioni pecuniarie

1. Le condanne al pagamento delle sanzioni amministrative pecuniarie sono eseguite nei modi stabiliti per l'esecuzione delle pene pecuniarie.

2. Per il pagamento rateale, per la dilazione del pagamento e per la sospensione della riscossione delle sanzioni amministrative pecuniarie si osservano le disposizioni di cui agli articoli 19 e 19-*bis* del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602, come modificato dall'articolo 7 del decreto legislativo 26 febbraio 1999, n. 46.

Art. 76.

Pubblicazione della sentenza applicativa della condanna

1. La pubblicazione della sentenza di condanna e' eseguita a spese dell'ente nei cui confronti e' stata applicata la sanzione. Si osservano le disposizioni di cui all'articolo 694, commi 2, 3 e 4, del codice di procedura penale.

Art. 77.

Esecuzione delle sanzioni interdittive

1. L'estratto della sentenza che ha disposto l'applicazione di una sanzione interdittiva e' notificata all'ente a cura del pubblico ministero.

2. Ai fini della decorrenza del termine di durata delle sanzioni interdittive si ha riguardo alla data della notificazione.

Art. 78.

Conversione delle sanzioni interdittive

1. L'ente che ha posto in essere tardivamente le condotte di cui all'articolo 17, entro venti giorni dalla notifica dell'estratto della sentenza, puo' richiedere la conversione della sanzione amministrativa interdittiva in sanzione pecuniaria.

2. La richiesta e' presentata al giudice dell'esecuzione e deve contenere la documentazione attestante l'avvenuta esecuzione degli adempimenti di cui all'articolo 17.

3. Entro dieci giorni dalla presentazione della richiesta, il giudice fissa l'udienza in camera di consiglio e ne fa dare avviso alle parti e ai difensori; se la richiesta non appare manifestamente infondata, il giudice puo' sospendere l'esecuzione della sanzione. La sospensione e' disposta con decreto motivato revocabile.

4. Se accoglie la richiesta il giudice, con ordinanza, converte le sanzioni interdittive, determinando l'importo della sanzione pecuniaria in una somma non inferiore a quella gia' applicata in sentenza e non superiore al doppio della stessa. Nel determinare l'importo della somma il giudice tiene conto della gravita' dell'illecito ritenuto in sentenza e delle ragioni che hanno determinato il tardivo adempimento delle condizioni di cui all'articolo 17.

Art. 79.

Nomina del commissario giudiziale e confisca del profitto

1. Quando deve essere eseguita la sentenza che dispone la prosecuzione dell'attività dell'ente ai sensi dell'articolo 15, la nomina del commissario giudiziale e' richiesta dal pubblico ministero al giudice dell'esecuzione, il quale vi provvede senza formalità'.
2. Il commissario riferisce ogni tre mesi al giudice dell'esecuzione e al pubblico ministero sull'andamento della gestione e, terminato l'incarico, trasmette al giudice una relazione sull'attività svolta nella quale rende conto della gestione, indicando altresì l'entità del profitto da sottoporre a confisca e le modalità con le quali sono stati attuati i modelli organizzativi.
3. Il giudice decide sulla confisca con le forme dell'articolo 667, comma 4, del codice di procedura penale.
4. Le spese relative all'attività svolta dal commissario e al suo compenso sono a carico dell'ente.

Art. 80.

Anagrafe nazionale delle sanzioni amministrative

1. Presso il casellario giudiziale centrale e' istituita l'anagrafe nazionale delle sanzioni amministrative di cui al capo II.
2. Nell'anagrafe sono iscritti, per estratto, le sentenze e i decreti che hanno applicato agli enti sanzioni amministrative dipendenti da reato appena divenuti irrevocabili nonche' i provvedimenti emessi dagli organi giurisdizionali dell'esecuzione non piu' soggetti ad impugnazione che riguardano le sanzioni amministrative.
3. Le iscrizioni dell'anagrafe sono eliminate trascorsi cinque anni dal giorno in cui hanno avuto esecuzione se e' stata applicata la sanzione pecuniaria o dieci anni se e' stata applicata una sanzione diversa sempre che nei periodi indicati non e' stato commesso un ulteriore illecito amministrativo.

Art. 81.

Certificati dell'anagrafe

1. Ogni organo avente giurisdizione, ai sensi del presente decreto legislativo, in ordine all'illecito amministrativo dipendente da reato ha diritto di ottenere, per ragioni di giustizia, il certificato di tutte le iscrizioni esistenti nei confronti dell'ente. Uguale diritto appartiene a tutte le pubbliche amministrazioni e agli enti incaricati di pubblici servizi quando il certificato e' necessario per provvedere ad un atto delle loro funzioni, in relazione all'ente cui il certificato stesso si riferisce.

2. Il pubblico ministero puo' richiedere, per ragioni di giustizia, il predetto certificato dell'ente sottoposto a procedimento di accertamento della responsabilita' amministrativa dipendente da reato.

3. L'ente al quale le iscrizioni si riferiscono ha diritto di ottenere il relativo certificato senza motivare la domanda.

4. Nel certificato di cui al comma 3 non sono riportate le iscrizioni relative alle sentenze di applicazione della sanzione su richiesta e ai decreti di applicazione della sanzione pecuniaria.

Art. 82.

Questioni concernenti le iscrizioni e i certificati

1. Sulle questioni relative alle iscrizioni e ai certificati dell'anagrafe e' competente il tribunale di Roma, che decide in composizione monocratica osservando le disposizioni di cui all'articolo 78.

Capo IV

DISPOSIZIONI DI ATTUAZIONE E DI COORDINAMENTO

Art. 83.

Concorso di sanzioni

1. Nei confronti dell'ente si applicano soltanto le sanzioni interdittive stabilite nel presente decreto legislativo anche quando diverse disposizioni di legge prevedono, in conseguenza della sentenza di condanna per il reato, l'applicazione nei confronti dell'ente di sanzioni amministrative di contenuto identico o analogo.

2. Se, in conseguenza dell'illecito, all'ente e' stata gia' applicata una sanzione amministrativa di contenuto identico o analogo a quella interdittiva prevista dal presente decreto legislativo, la durata della sanzione gia' sofferta e' computata ai fini della determinazione della durata della sanzione amministrativa dipendente da reato.

Art. 84.

Comunicazioni alle autorita' di controllo o di vigilanza

1. Il provvedimento che applica misure cautelari interdittive e la sentenza irrevocabile di condanna sono comunicati, a cura della cancelleria del giudice che li ha emessi, alle autorita' che esercitano il controllo o la vigilanza sull'ente.

Art. 85.

Disposizioni regolamentari

1. Con regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro sessanta giorni dalla data di pubblicazione del presente decreto

legislativo, il Ministro della giustizia adotta le disposizioni regolamentari relative al procedimento di accertamento dell'illecito amministrativo che concernono:

- a) le modalita' di formazione e tenuta dei fascicoli degli uffici giudiziari;
- b) i compiti ed il funzionamento dell'Anagrafe nazionale;
- c) le altre attivita' necessarie per l'attuazione del presente decreto legislativo.

2. Il parere del Consiglio di Stato sul regolamento previsto dal comma 1 e' reso entro trenta giorni dalla richiesta.

ANEXO II – Lei n. 20.393, de 02 de dezembro de 2009⁴¹²

LEY NÚM. 20.393

ESTABLECE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS DELITOS DE LAVADO DE ACTIVOS, FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO Y DELITOS DE COHECHO QUE INDICA

Teniendo presente que el H. Congreso Nacional ha dado su aprobación al siguiente Proyecto de Ley:

Artículo Primero. Apruébase la siguiente ley sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas:

“Artículo 1°. Contenido de la ley. La presente ley regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los delitos previstos en el artículo 27 de la ley N° 19.913, en el artículo 8° de la ley N° 18.314 y en los artículos 250 y 251 bis del Código Penal; el procedimiento para la investigación y establecimiento de dicha responsabilidad penal, la determinación de las sanciones procedentes y la ejecución de éstas. En lo no previsto por esta ley serán aplicables, supletoriamente, las disposiciones contenidas en el Libro I del Código Penal y el Código Procesal Penal y en las leyes especiales señaladas en el inciso anterior, en lo que resultare pertinente. Para los efectos de esta ley, no será aplicable lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 58 del Código Procesal Penal.

Artículo 2°. Alcances. Las disposiciones de esta ley serán aplicables a las personas jurídicas de derecho privado y a las empresas del Estado.

TÍTULO I

Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas

1. De la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas

Artículo 3°. Atribución de responsabilidad penal. Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1° que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión.

Bajo los mismos presupuestos del inciso anterior, serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior.

Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.

Las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero.

⁴¹² Texto integral obtido em: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1008668>>. Acesso em: 20 de abril de 2014.

Artículo 4°. Modelo de prevención de los delitos. Para los efectos previstos en el inciso tercero del artículo anterior, las personas jurídicas podrán adoptar el modelo de prevención a que allí se hace referencia, el que deberá contener a lo menos los siguientes elementos:

1) Designación de un encargado de prevención.

a) La máxima autoridad administrativa de la persona jurídica, sea ésta su directorio, un socio administrador, un gerente, un ejecutivo principal, un administrador, un liquidador, sus representantes, sus dueños o socios, según corresponda a la forma de administración de la respectiva entidad, en adelante la “Administración de la Persona Jurídica”, deberá designar un encargado de prevención, quien durará en su cargo hasta tres años, el que podrá prorrogarse por períodos de igual duración.

b) El encargado de prevención deberá contar con autonomía respecto de la Administración de la Persona Jurídica, de sus dueños, de sus socios, de sus accionistas o de sus controladores. No obstante, podrá ejercer labores de contraloría o auditoría interna.

En el caso de las personas jurídicas cuyos ingresos anuales no excedan de cien mil unidades de fomento, el dueño, el socio o el accionista controlador podrán asumir personalmente las tareas del encargado de prevención.

2) Definición de medios y facultades del encargado de prevención.

La Administración de la Persona Jurídica deberá proveer al encargado de prevención los medios y facultades suficientes para el desempeño de sus funciones, entre los que se considerarán a lo menos:

a) Los recursos y medios materiales necesarios para realizar adecuadamente sus labores, en consideración al tamaño y capacidad económica de la persona jurídica.

b) Acceso directo a la Administración de la Persona Jurídica para informarla oportunamente por un medio idóneo, de las medidas y planes implementados en el cumplimiento de su cometido y para rendir cuenta de su gestión y reportar a lo menos semestralmente.

3) Establecimiento de un sistema de prevención de los delitos.

El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer un sistema de prevención de los delitos para la persona jurídica, que deberá contemplar a lo menos lo siguiente:

a) La identificación de las actividades o procesos de la entidad, sean habituales o esporádicos, en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de los delitos señalados en el artículo 1°.

b) El establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a las personas que intervengan en las actividades o procesos indicados en el literal anterior, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de los mencionados delitos.

c) La identificación de los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en los delitos señalados.

d) La existencia de sanciones administrativas internas, así como de procedimientos de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniarias en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención de delitos.

Estas obligaciones, prohibiciones y sanciones internas deberán señalarse en los reglamentos que la persona jurídica dicte al efecto y deberán comunicarse a todos los trabajadores. Esta normativa interna deberá ser incorporada expresamente en los respectivos contratos de trabajo y de prestación de servicios de todos los trabajadores, empleados y prestadores de servicios de la persona jurídica, incluidos los máximos ejecutivos de la misma.

4) Supervisión y certificación del sistema de prevención de los delitos.

a) El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer métodos para la aplicación efectiva del modelo de prevención de los delitos y su supervisión a fin de detectar y corregir sus fallas, así como actualizarlo de acuerdo al cambio de circunstancias de la respectiva entidad.

b) Las personas jurídicas podrán obtener la certificación de la adopción e implementación de su modelo de prevención de delitos. En el certificado constará que dicho modelo contempla todos los requisitos establecidos en los numerales 1), 2) y 3) anteriores, en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica. Los certificados podrán ser expedidos por empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros que puedan cumplir esta labor, de conformidad a la normativa que, para estos efectos, establezca el mencionado organismo fiscalizador.

c) Se entenderá que las personas naturales que participan en las actividades de certificación realizadas por las entidades señaladas en la letra anterior cumplen una función pública en los términos del artículo 260 del Código Penal.

Artículo 5°. Responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica. La responsabilidad de la persona jurídica será autónoma de la responsabilidad penal de las personas naturales y subsistirá cuando, concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3°, se presente alguna de las siguientes situaciones:

1) La responsabilidad penal individual se hubiere extinguido conforme a lo dispuesto en los numerales 1° y 6° del artículo 93 del Código Penal.

2) En el proceso penal seguido en contra de las personas naturales indicadas en los incisos primero y segundo del artículo 3° se decretare el sobreseimiento temporal de el o los imputados, conforme a las causales de las letras b) y c) del artículo 252 del Código Procesal Penal.

También podrá perseguirse dicha responsabilidad cuando, habiéndose acreditado la existencia de alguno de los delitos del artículo 1° y concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3°, no haya sido posible establecer la participación de el o los responsables individuales, siempre y cuando en el proceso respectivo se demostrare fehacientemente que el delito debió necesariamente ser cometido dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias de las personas señaladas en el inciso primero del mencionado artículo 3°.

2. De las circunstancias que atenúan la responsabilidad penal de la persona jurídica

Artículo 6°. Circunstancias atenuantes. Serán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica, las siguientes:

1) La prevista en el número 7° del artículo 11 del Código Penal.

2) La prevista en el número 9° del artículo 11 del Código Penal. Se entenderá especialmente que la persona jurídica colabora sustancialmente cuando, en cualquier estado de la investigación o del procedimiento judicial, sus representantes legales hayan puesto, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, el hecho punible en conocimiento de las autoridades o aportado antecedentes para establecer los hechos investigados.

3) La adopción por parte de la persona jurídica, antes del comienzo del juicio, de medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de la investigación.

3. De las circunstancias que agravan la responsabilidad penal

Artículo 7°. Circunstancia agravante. Es circunstancia agravante de la responsabilidad penal de la persona jurídica, el haber sido condenada, dentro de los cinco años anteriores, por el mismo delito.

TÍTULO II

Consecuencias de la Declaración de Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica

1. De las penas en general

Artículo 8°. Penas. Serán aplicables a las personas jurídicas una o más de las siguientes penas:

- 1) Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica. Esta pena no se aplicará a las empresas del Estado ni a las personas jurídicas de derecho privado que presten un servicio de utilidad pública cuya interrupción pudiere causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad, como resultado de la aplicación de dicha pena.
- 2) Prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado.
- 3) Pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un período determinado.
- 4) Multa a beneficio fiscal.
- 5) Las penas accesorias previstas en el artículo 13.

Artículo 9°. Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica. La disolución o cancelación producirá la pérdida definitiva de la personalidad jurídica. La sentencia que declare la disolución o cancelación designará, de acuerdo a su tipo y naturaleza jurídica y a falta de disposición legal expresa que la regule, al o a los liquidadores encargados de la liquidación de la persona jurídica. Asimismo, y en iguales condiciones, les encomendará la realización de los actos o contratos necesarios para:

- 1) Concluir toda actividad de la persona jurídica, salvo aquellas que fueren indispensables para el éxito de la liquidación;
- 2) Pagar los pasivos de la persona jurídica, incluidos los derivados de la comisión del delito. Los plazos de todas esas deudas se entenderán caducados de pleno derecho, haciéndolas inmediatamente exigibles, y su pago deberá realizarse respetando plenamente las preferencias y la prelación de créditos establecidas en el Título XLI del Libro IV del Código Civil, particularmente los derechos de los trabajadores de la persona jurídica, y
- 3) Repartir los bienes remanentes entre los accionistas, socios, dueños o propietarios, a prorrata de sus respectivas participaciones. Lo anterior se entenderá sin perjuicio del derecho de los afectados para perseguir el resarcimiento de los perjuicios sufridos contra los responsables del delito. En el caso de las sociedades anónimas se aplicará lo establecido en el artículo 133 bis de la ley N° 18.046. Sin embargo, cuando así lo aconseje el interés social, el juez, mediante resolución fundada, podrá ordenar la enajenación de todo o parte del activo de la persona jurídica disuelta como un conjunto o unidad económica, en subasta pública y al mejor postor. Ésta deberá efectuarse ante el propio juez. Esta pena se podrá imponer únicamente en los casos de crímenes en que concurra la circunstancia agravante establecida en el artículo 7°. Asimismo, se podrá aplicar cuando se condene por crímenes cometidos en carácter de reiterados, de conformidad a lo establecido en el artículo 351 del Código Procesal Penal.

Artículo 10. Prohibición de celebrar actos y contratos con organismos del Estado. Esta prohibición consiste en la pérdida del derecho a participar como proveedor de bienes y servicios de los organismos del Estado. Para determinar esta pena, el tribunal se ceñirá a la siguiente escala:

- 1) Prohibición perpetua de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado.
- 2) Prohibición temporal de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado. Su duración se graduará del siguiente modo:
 - a) En su grado mínimo: de dos a tres años.
 - b) En su grado medio: de tres años y un día a cuatro años.
 - c) En su grado máximo: de cuatro años y un día a cinco años.

La prohibición regirá a contar de la fecha en que la resolución se encuentre ejecutoriada. El tribunal comunicará tal circunstancia a la Dirección de Compras y Contratación Pública. Dicha Dirección mantendrá un registro actualizado de las personas jurídicas a las que se les haya impuesto esta pena.

Artículo 11. De la pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un período determinado. Se entenderá, para efectos de esta ley, por beneficios fiscales aquellos que otorga el Estado o sus organismos por concepto de subvenciones sin prestación recíproca de bienes o servicios y, en especial, subsidios para financiamiento de actividades específicas o programas especiales y gastos inherentes o asociados a la realización de éstos, sea que tales recursos se asignen a través de fondos concursables o en virtud de leyes permanentes o subsidios, subvenciones en áreas especiales o contraprestaciones establecidas en estatutos especiales y otras de similar naturaleza.

Esta pena se graduará del siguiente modo:

- 1) En su grado mínimo: pérdida del veinte al cuarenta por ciento del beneficio fiscal.
- 2) En su grado medio: pérdida del cuarenta y uno al setenta por ciento del beneficio fiscal.
- 3) En su grado máximo: pérdida del setenta y uno al cien por ciento del beneficio fiscal.

En caso que la persona jurídica no sea acreedora de tales beneficios fiscales, se podrá aplicar como sanción la prohibición absoluta de percibirlos por un período de entre dos y cinco años, el que se contará desde que la sentencia que declare su responsabilidad se encuentre ejecutoriada. El tribunal deberá comunicar que ha impuesto esta sanción a la Secretaría y Administración General del Ministerio de Hacienda y a la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo del Ministerio del Interior, con el fin de que sea consignada en los registros centrales de colaboradores del Estado y Municipalidades que, respectivamente, la ley N° 19.862 les encomienda administrar.

Artículo 12. Multa a beneficio fiscal. Esta pena se graduará del siguiente modo:

- 1) En su grado mínimo: desde doscientas a dos mil unidades tributarias mensuales.
- 2) En su grado medio: desde dos mil una a diez mil unidades tributarias mensuales.
- 3) En su grado máximo: desde diez mil una a veinte mil unidades tributarias mensuales.

El tribunal podrá autorizar que el pago de la multa se efectúe por parcialidades, dentro de un límite que no exceda de veinticuatro meses, cuando la cuantía de ella pueda poner en riesgo la continuidad del giro de la persona jurídica sancionada, o cuando así lo aconseje el interés social.

El tribunal, una vez ejecutoriada la sentencia condenatoria, comunicará la aplicación de la multa a la Tesorería General de la República, quien se hará cargo de su cobro y pago.

Artículo 13. Penas accesorias. Se aplicarán, accesoriamente a las penas señaladas en los artículos anteriores, las siguientes:

- 1) Publicación de un extracto de la sentencia. El tribunal ordenará la publicación de un extracto de la parte resolutive de la sentencia condenatoria en el Diario Oficial u otro diario de circulación nacional. La persona jurídica sancionada asumirá los costos de esa publicación.
- 2) Comiso. El producto del delito y demás bienes, efectos, objetos, documentos e instrumentos del mismo serán decomisados.
- 3) En los casos que el delito cometido suponga la inversión de recursos de la persona jurídica superiores a los ingresos que ella genera, se impondrá como pena accesoria el entero en arcas fiscales de una cantidad equivalente a la inversión realizada.

2. De la determinación de las penas

Artículo 14. Escala general. La pena que se imponga a la persona jurídica se determinará en relación a la prevista para el delito correspondiente señalado en el artículo 1°, de conformidad a la siguiente escala:

Escala General de Penas para Personas Jurídicas

1. Penas de crímenes.

- a) Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica.
- b) Prohibición de celebrar actos y contratos con organismos del Estado en su grado máximo a perpetuo.
- c) Pérdida de beneficios fiscales en su grado máximo o prohibición absoluta recepción de los mismos de tres años y un día a cinco años.
- d) Multa a beneficio fiscal, en su grado máximo.

En estos casos siempre se aplicarán como accesorias las penas mencionadas en el artículo 13.

2. Penas de simples delitos.

- a) Prohibición temporal de celebrar actos y contratos con organismos del Estado en su grado mínimo a medio.
- b) Pérdida de beneficios fiscales en su grado mínimo a medio o prohibición absoluta de recepción de los mismos de dos a tres años.
- c) Multa en su grado mínimo a medio.

En estos casos siempre se aplicarán como accesorias las penas mencionadas en el artículo 13.

Artículo 15. Determinación legal de la pena aplicable al delito. A los delitos sancionados en los artículos 250 y 251 bis del Código Penal, y en el artículo 8° de la ley N° 18.314, se les aplicarán las penas previstas en esta ley para los simples delitos, de conformidad a lo dispuesto en el artículo anterior.

Al delito contemplado en el artículo 27 de la ley N° 19.913 le serán aplicables las penas de crímenes, según lo dispuesto en el artículo precedente.

Artículo 16. Circunstancias modificatorias de responsabilidad. En caso de concurrir una circunstancia atenuante y ninguna agravante, tratándose de simples delitos se aplicarán sólo dos de las penas contempladas en el artículo 14, debiendo imponerse una de ellas en su grado mínimo. Tratándose de crímenes, el tribunal aplicará sólo dos de las penas contempladas en dicho artículo en su minimum, si procediere.

En caso de concurrir la circunstancia agravante contemplada en esta ley y ninguna atenuante, tratándose de simples delitos el tribunal aplicará todas las penas en su grado máximo. Tratándose de crímenes deberá aplicar las penas en su maximum, si procediere, o la disolución o cancelación.

Si concurren dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, tratándose de simples delitos el tribunal deberá aplicar sólo una pena, pudiendo recorrerla en toda su extensión. Tratándose de crímenes deberá aplicar dos penas de las contempladas para los simples delitos.

Si concurren varias atenuantes y la agravante prevista en esta ley, ésta se compensará racionalmente con alguna de las atenuantes, debiendo ajustarse las penas conforme a los incisos anteriores.

Artículo 17. Reglas de determinación judicial de la pena. Para regular la cuantía y naturaleza de las penas a imponer, el tribunal deberá atender, dejando constancia pormenorizada de sus razonamientos en su fallo, a los siguientes criterios:

- 1) Los montos de dinero involucrados en la comisión del delito.
- 2) El tamaño y la naturaleza de la persona jurídica.
- 3) La capacidad económica de la persona jurídica.
- 4) El grado de sujeción y cumplimiento de la normativa legal y reglamentaria y de las reglas técnicas de obligatoria observancia en el ejercicio de su giro o actividad habitual.
- 5) La extensión del mal causado por el delito.

6) La gravedad de las consecuencias sociales y económicas o, en su caso, los daños serios que pudiere causar a la comunidad la imposición de la pena, cuando se trate de empresas del Estado o de empresas que presten un servicio de utilidad pública.

Artículo 18. Transmisión de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

En el caso de transformación, fusión, absorción, división o disolución de común acuerdo o voluntaria de la persona jurídica responsable de uno o más de los delitos a que se refiere el artículo 1º, su responsabilidad derivada de los delitos cometidos con anterioridad a la ocurrencia de alguno de dichos actos se transmitirá a la o las personas jurídicas resultantes de los mismos, si las hubiere, de acuerdo a las reglas siguientes, todo ello sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

1) Si se impone la pena de multa, en los casos de transformación, fusión o absorción de una persona jurídica, la persona jurídica resultante responderá por el total de la cuantía. En el caso de división, las personas jurídicas resultantes serán solidariamente responsables del pago de la misma.

2) En los casos de disolución de común acuerdo de una persona jurídica con fines de lucro, la multa se transmitirá a los socios y partícipes en el capital, quienes responderán hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que se les hubiere asignado.

3) Si se trata de cualquiera otra pena, el juez valorará, atendiendo a las finalidades que en cada caso se persiguen, su conveniencia.

Para adoptar esta decisión deberá atender sobre todo a la continuidad sustancial de los medios materiales y humanos y a la actividad desarrollada.

4) Desde que se hubiere solicitado la audiencia de formalización de la investigación en contra de una persona jurídica sin fines de lucro y hasta la sentencia absolutoria o condenatoria y en tanto ésta no esté cumplida, no podrá concederse la autorización del inciso primero del artículo 559 del Código Civil.

3. Extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica

Artículo 19. Extinción de la responsabilidad penal. La responsabilidad penal de la persona jurídica se extingue por las mismas causales señaladas en el artículo 93 del Código Penal, salvo la prevista en su número 1º.

TÍTULO III

Procedimiento

1. Inicio de la investigación de la responsabilidad penal de la persona jurídica

Artículo 20. Investigación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Si durante la investigación de alguno de los delitos previstos en el artículo 1º, el Ministerio Público tomare conocimiento de la eventual participación de alguna de las personas indicadas en el artículo 3º, ampliará dicha investigación con el fin de determinar la responsabilidad de la persona jurídica correspondiente.

Artículo 21. Aplicación de las normas relativas al imputado. En lo no regulado en esta ley, serán aplicables a las personas jurídicas las disposiciones relativas al imputado, al acusado y al condenado, establecidas en el Código Procesal Penal y en las leyes especiales respectivas, siempre que aquéllas resulten compatibles con la naturaleza específica de las personas jurídicas.

En especial, les serán aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 4º, 7º, 8º, 10, 93, 98, 102, 183, 184, 186, 193, 194 y 257 del Código Procesal Penal, derechos y garantías que podrán ser ejercidos por cualquier representante de la persona jurídica.

Artículo 22. Formalización de la investigación. Cuando el fiscal considere oportuno formalizar el procedimiento dirigido en contra de la persona jurídica, solicitará al juez de garantía la citación del representante legal de aquélla, de conformidad al artículo 230 y siguientes del Código Procesal Penal. Será requisito previo para proceder de esta forma, al menos, que se haya solicitado una audiencia de formalización de la investigación o

presentado un requerimiento de acuerdo a las reglas del procedimiento simplificado, respecto de la persona natural que pudiese comprometer la responsabilidad de la persona jurídica según lo disponen los incisos primero y segundo del artículo 3°, salvo en los casos establecidos en el artículo 5°.

Dicha solicitud deberá contener, además, la individualización del representante legal de la persona jurídica.

Artículo 23. Representación de la persona jurídica. Si citado para comparecer a una audiencia ante el tribunal, el representante legal de la persona jurídica imputada no se presentare injustificadamente, el tribunal podrá ordenar que sea arrestado hasta la realización de la audiencia, la que deberá efectuarse dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas desde que se produzca la privación de libertad.

Si el representante legal no fuere habido, el fiscal solicitará al tribunal que designe a un defensor penal público, quien realizará la función de un curador ad litem, en representación de la persona jurídica.

En todo caso, la persona jurídica podrá designar en cualquier momento a un defensor de su confianza.

Cuando la ley procesal penal exigiere la presencia del imputado como condición o requisito para la realización de una audiencia judicial, se entenderá que dicha exigencia es satisfecha con la presencia del curador ad litem o del defensor de confianza, en su caso. Procederán respecto de ambos, para dichos efectos, los apercibimientos previstos en el inciso primero.

Artículo 24. Improcedencia de la aplicación del principio de oportunidad. Lo dispuesto en el artículo 170 del Código Procesal Penal no será aplicable respecto de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Artículo 25. Suspensión condicional del procedimiento. La suspensión condicional del procedimiento podrá decretarse siempre que no existiere una condena u otra suspensión condicional del procedimiento vigente, respecto de la persona jurídica imputada por algunos de los delitos previstos en esta ley.

El juez de garantía dispondrá, según correspondiere, que durante el período de suspensión, el que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a tres años, la persona jurídica esté sujeta al cumplimiento de una o más de las siguientes condiciones:

- 1) Pagar una determinada suma a beneficio fiscal.
- 2) Prestar un determinado servicio a favor de la comunidad.
- 3) Informar periódicamente su estado financiero a la institución que se determinare.
- 4) Implementar un programa para hacer efectivo el modelo de organización, administración y supervisión a que se refiere el artículo 4°.
- 5) Cualquiera otra condición que resulte adecuada en consideración a las circunstancias del caso concreto y fuere propuesta, fundadamente, por el Ministerio Público.

En los casos en que el juez imponga la medida señalada en el número 1), deberá comunicarlo a la Tesorería General de la República.

Artículo 26. Determinación del procedimiento aplicable a la responsabilidad penal de la persona jurídica. Si el fiscal, al acusar o requerir de acuerdo a las normas del procedimiento simplificado, solicitare la aplicación de alguna de las penas contempladas para los simples delitos, en su grado mínimo, el conocimiento y fallo de aquéllas se realizará conforme a las normas del procedimiento simplificado.

En los casos en que el fiscal acusare solicitando sólo penas de crimen o de simple delito en su grado medio, su conocimiento y fallo se realizará conforme a las normas del juicio oral del Título III del Libro II del Código Procesal Penal.

Si el fiscal requiriere o acusare a la persona natural y jurídica en el mismo acto, se seguirá conforme al procedimiento aplicable a la persona natural. Lo anterior no será aplicable tratándose de penas de crimen.

Respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no será procedente el procedimiento monitorio.

Artículo 27. Procedimiento abreviado. El procedimiento establecido en los artículos 406 y siguientes del Código Procesal Penal será aplicable para determinar la responsabilidad y para imponer las sanciones establecidas en la presente ley.

Se seguirá este procedimiento para conocer y fallar los hechos respecto de los cuales el fiscal requiriere la imposición de una o más penas de simple delito.

El tribunal no podrá imponer una pena superior ni más desfavorable a la requerida por el fiscal.

Artículo 28. Defensa de las personas jurídicas. Toda persona jurídica que no pudiere procurarse defensa por sus propios medios, tendrá derecho a solicitar al juez la designación de un defensor penal público.

Artículo 29. Suspensión de la condena. Si en la sentencia condenatoria el tribunal impusiere alguna pena de simple delito en su grado mínimo, podrá, mediante resolución fundada y de manera excepcional, considerando especialmente el número de trabajadores o las ventas anuales netas o los montos de exportación de la empresa, disponer la suspensión de la condena y sus efectos por un plazo no inferior a seis meses ni superior a dos años. En este caso, el tribunal podrá sustraer de este efecto la pena accesoria de comiso.

Tratándose de empresas del Estado o de empresas que prestan un servicio de utilidad pública cuya interrupción pudiere causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad, el juez podrá disponer la suspensión cualquiera fuere la pena impuesta en la sentencia.

Transcurrido el plazo previsto en el inciso primero sin que la persona jurídica hubiere sido objeto de nuevo requerimiento o de una nueva formalización de la investigación, el tribunal dejará sin efecto la sentencia y, en su reemplazo, decretará el sobreseimiento definitivo de la causa.

Esta suspensión no afecta la responsabilidad civil derivada del delito.”

Artículo Segundo. Introdúcese, en el artículo 294 bis del Código Penal, el siguiente inciso segundo:

“Cuando la asociación se hubiere formado a través de una persona jurídica, se impondrá además, como consecuencia accesoria de la pena impuesta a los responsables individuales, la disolución o cancelación de la personalidad jurídica.”

Artículo Tercero. Introdúcese, en el artículo 28 de la ley N° 19.913, que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos, el siguiente inciso segundo:

“Cuando la asociación se hubiere formado a través de una persona jurídica, se impondrá además, como consecuencia accesoria de la pena impuesta a los responsables individuales, la disolución o cancelación de la personalidad jurídica.”

Y por cuanto he tenido a bien aprobarlo y sancionarlo; por tanto promúlguese y llévese a efecto como Ley de la República.

Santiago, 25 de noviembre de 2009. MICHELLE BACHELET JERIA, Presidenta de la República. Andrés Velasco Brañes, Ministro de Hacienda. Edmundo Pérez Yoma, Ministro del Interior. Mariano Fernández Amunátegui, Ministro de Relaciones Exteriores. Carlos Maldonado Curti, Ministro de Justicia.

Lo que transcribo a usted para su conocimiento. Saluda Atte. a usted, María Olivia Recart Herrera, Subsecretaria de Hacienda.

ANEXO III – Artigo 31.bis do Código Penal espanhol

Introduzido pela Lei Orgânica 5, de 22 de junho de 2010, que modificou a Lei Orgânica 10, de 23 de novembro de 1995, o Código Penal.

O parágrafo primeiro no número 5 do artigo 31 *bis* foi introduzido pela Lei Orgânica, de 27 de dezembro de 2012, que modificou a Lei Orgânica 10, de 23 de novembro de 1995, o Código Penal.

Artículo 31 bis

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.

4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

- a)** Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
- b)** Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.
- c)** Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.
- d)** Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.