

**Responsabilidade penal da pessoa jurídica
e defeito de organização:
da (ir)relevância da adesão a
um programa de compliance para a aferição da
responsabilização penal da pessoa jurídica no Brasil**

*Rafael Barros Bernardes da Silveira*¹

1. Introdução

A temática do *compliance* criminal tem ganhado enorme destaque no Brasil contemporaneamente.

Tem se tornado rotineiras no ambiente acadêmico as divulgações de lançamentos de artigos científicos, livros, cursos teóricos, cursos práticos, cursos de pós-graduação – sempre tratando da temática em apreço.

Nota-se, ademais, uma movimentação muito grande de empresas brasileiras em aderirem a programas de integridade – pretendendo, com isso, prevenir a ocorrência de ilícitos no bojo de suas atividades, mas, igualmente, impedir que a empresa sofra as consequências sancionatórias de uma eventual infração a lei.

Sem dúvida alguma, a criminalidade ambiental é o assunto em voga no tocante a crimes passíveis de serem praticados no âmbito das atividades de pessoas jurídicas - especialmente após os recentes desastres nos

¹ Doutorando em Direito Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor de Direito Penal na Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG).E-mail: rafaelbarrosbs@gmail.com

municípios de Mariana e Brumadinho, envolvendo o rompimento de barragens de dejetos de mineração, que provocaram centenas de mortes e dano ambiental inestimável.

Quanto à delinquência praticada no bojo de atividades empresariais, deve ser levada em consideração uma característica essencial do modelo punitivo brasileiro: o fato de haver, concretamente em nosso ordenamento jurídico apenas uma modalidade de responsabilização penal regulamentada para a pessoa jurídica – que diz respeito justamente aos crimes ambientais.

É da interseção entre esses tópicos – *compliance*, criminalidade ambiental empresarial e responsabilidade penal da pessoa jurídica – que surge o recorte deste estudo.

A ideia aqui é discutir em que medida a adesão da pessoa jurídica a um programa de *compliance* interfere para a definição da sua responsabilidade penal, na eventualidade de ser praticado um crime ambiental.

O raciocínio que se pretende defender no presente estudo é simples, mas nem por isso deixa de ser impactante, pois contradiz uma ideia que parece consolidada socialmente: muitas expectativas tem sido depositadas sobre os programas de integridade – não somente como mecanismos de prevenção de ilícitos, mas especialmente como instrumentos de resguardo dos interesses das pessoas jurídicas, de forma a impedir sua eventual responsabilização por delitos praticados no bojo de suas atividades. Contudo, o que se pretende evidenciar é que, na prática, a adesão da pessoa jurídica a um programa de integridade não tem nenhuma relevância para a definição de sua responsabilidade penal. Isso porque os critérios de imputação previstos na legislação brasileira em nada se relacionam com a adoção de tal medida.

Com efeito, a defesa do ponto de vista aqui apresentado mostra-se extremamente necessária diante do cenário que se apresenta contemporaneamente, de verdadeira explosão do fenômeno do *compliance* no Brasil, e da vigorosa defesa do instituto a nível acadêmico e jurisprudencial. O debate sobre o efetivo papel dos programas de *compliance* em tal

cenário, diante do exposto, representa o exame de matéria urgente e essencial.

2. A responsabilização penal da pessoa jurídica: noções elementares sobre os modelos de responsabilidade.

A ideia de se atribuir a prática de crimes a pessoas jurídicas tem provocado calorosos debates nos dias atuais e é, sem dúvida alguma, uma das mais controvertidas noções no campo do direito penal.

Contudo, trata-se de matéria que, por muitos séculos, não interessou às ciências penais, tendo sido relegada a outros campos da experiência jurídica.

Segundo leciona Salvador Netto (2018, p.19), desde a gênese da dita ciência penal moderna, a partir do movimento iluminista do século XVIII, as preocupações e discussões do direito penal se concentraram nas atividades dos homens considerados singularmente, “esquecendo-se por completo das coletividades ou agrupamentos de indivíduos” (SALVADOR NETTO, 20018, p.20).

Tal postura consagrou a máxima latina, que até hoje tem vigorosos defensores, “*Societas delinquente non potest*” – ou seja, a afirmação de que a entidade legal não pode delinquir.

Apenas no século XX é que a questão da responsabilização criminal da pessoa jurídica começou a ganhar mais destaque e relevância para o campo penal. Em concreto, esse giro se deu a partir de uma mudança de paradigma no próprio conteúdo do direito penal, como reflexo das significativas mudanças sociais, econômicas e políticas vivenciadas, a nível global, no comentado período. Aqui, se refere ao já conhecido cenário de consolidação do fenômeno da expansão do direito penal (SILVA SÁNCHEZ, 2013) – contexto de solidificação do processo de globalização, que conduziu ao surgimento de novas modalidades delinquentes e de novos atributos a desafiar a intervenção penal.

Em breves linhas, o ponto que se quer destacar é que a chegada do século XX trouxe a percepção do protagonismo absoluto da pessoa jurídica (SALVADOR NETTO, 2018, p.20), em especial por meio das grandes corporações e entidades financeiras. Veio a constatação de que as empresas teriam um papel decisivo na condução dos rumos da convivência humana – diante de sua participação não só nas atividades mais corriqueiras, mas especialmente nos episódios mais importantes da história recente (crises financeiras e guerras).

Estando em papel de destaque, a pessoa jurídica passou a ser objeto de reflexões de diversas áreas do saber, dentre elas (a que mais interessa a este estudo) a seara das ciências penais. A preocupação que surge no campo punitivo em tal contexto é eminentemente de ordem pragmática: as organizações tem se tornado cada vez mais poderosas e complexas, e no bojo das atividades por elas desempenhadas, haveria inúmeras possibilidades de práticas ilícitas, muitas delas de enorme danosidade. O sofisticado emaranhado organizacional corporativo tornaria muito difícil a identificação precisa dos responsáveis por um eventual delito que viesse a ocorrer no ambiente empresarial. E, tal dificuldade, conduziria inevitavelmente à impunidade. Surgiria, portanto, a necessidade de se submeter às próprias pessoas jurídicas à intervenção penal, ao menos em casos específicos, como estratégia de superação da problemática evidenciada.

Os debates e controvérsias em torno dos modelos de responsabilização penal da pessoa jurídica surgem exatamente diante da contradição estabelecida entre: a) a estrutura tradicional do direito penal, pensada para o indivíduo singularmente considerado; e b) a alegada “necessidade” de se responsabilizar penalmente a entidade, sem que haja a formatação de um modelo adequado à tal figura.

Há um ponto em especial que agrava a dimensão da controvérsia: ao longo do último século, vários países passaram a adotar a responsabilidade penal da pessoa jurídica em seus ordenamentos jurídicos, dentre eles o Brasil (por meio da Constituição de 1988 e da Lei Federal 9605/98,

conforme se destacará na sequência), “subtraindo em boa medida do espaço acadêmico a discussão sobre o sim ou não de sua viabilidade” (SALVADOR NETTO, 2018, p. 21).

Ou seja, diante da positivação do instituto, a tarefa que se impõe ao estudioso do direito penal é ainda mais dificultosa: traçar as bases de um modelo de imputação para a pessoa jurídica de modo a efetivar a posição político-criminal assumida em seu país, a despeito de concordar ou não com ela, tudo isso tendo em vista não ofender os princípios fundamentais do direito penal.

Em outras palavras o legislador brasileiro já rompeu com a máxima “*societas delinquere non potest*”, ao decidir que a pessoa jurídica deveria sim sofrer a intervenção penal. Aqueles que discordam de tal posição podem até defender a reforma legislativa da matéria – mas até que ela seja implementada, terão que se curvar ao comando da lei. A discussão que se coloca como prioritária no âmbito brasileiro, pois parece ser onde os debates doutrinários podem ter maiores condições de gerar impactos, não é mais quanto ao *SE* deve haver a responsabilização penal da pessoa jurídica, mas ao *COMO* esta deve se operar

E, neste ponto, surge a necessidade de analisar, ainda que brevemente, os modelos teóricos de imputação das entidades legais.

Apresentando a questão em termos muito simplificados, existiriam duas possibilidades para se responsabilizar criminalmente uma pessoa jurídica: ou ela responde de maneira *indireta*, em razão da prática de condutas ilícitas dos seus representantes; ou ela responda *por conta própria*, e aí se avalia sua própria conduta ou seu comportamento. Ou seja: os ditos modelos de hetero ou de autorresponsabilidade.

Sobre os primeiros, vale destacar: o que se tem é um empréstimo da responsabilidade individual (SARCEDO, 2015, p. 135). A imputação da entidade vai acontecer nas ocasiões em que seu representante legal agir praticando um ilícito, em nome e em favor da empresa. Nesse sentido é o conceito de Nieto Martín, segundo o qual o modelo em questão “consiste em transferir a la empresa la culpabilidad de la persona natural que ha

actuado” (2008, p.08) e ainda “la transferencia de culpabilidad se produce bajo tres condiciones: la actuación culpable del agente, dentro de los fines de la empresa, y con el fin de beneficiarla” (2008, p.08).

Há inúmeros problemas que podem ser levantados quanto a ideia de responsabilizar a pessoa jurídica criminalmente de *maneira indireta*, como idealizado pelos modelos de heterorresponsabilidade. Para fins de se ater ao recorte definido por este trabalho, aqui irá se concentrar só em parte deles – notadamente, aqueles comentados por Sarcedo (2015), relativamente à eficácia do modelo. Isto porque, como se destacou, a discussão sobre a responsabilização penal da pessoa jurídica ganha força contemporaneamente por motivos pragmáticos – na tentativa de se combater a delinquência corporativa, tarefa de difícil execução.

Na visão do comentado autor (SARCEDO, 2015, p.136) a adoção da perspectiva da heterorresponsabilidade teria dado origem a um déficit de aplicação. Isso porque no referido modelo a responsabilização da entidade dependeria da prévia imputação da pessoa física. Com efeito, o contexto da criminalidade empresarial corporativa, altamente sofisticada e complexa, oferece, na prática, uma série de obstáculos para seu combate (notadamente, a dificuldade de identificação e individualização de condutas e de responsabilidades dentro de um intrincado modelo de organização corporativa). Em resumo: se a imputação da pessoa jurídica depende da responsabilização individual dos seus representantes, o modelo para a entidade padece das mesmas dificuldades que o modelo para o indivíduo.

Por outro lado, nos modelos de autorresponsabilidade, o que se avalia é a imputação da entidade por conta própria - as medidas que ela concretamente tomou para coibir, revelar e evitar a prática de crimes. É justamente nessa perspectiva que os programas de *compliance* ganham destaque. Se a empresa adere a um programa de integridade adequadamente formulado, é isso que vai definir se a entidade vai ou não ser merecedora de uma sanção penal na eventualidade de um crime ocorrer.

É essencial assinalar que não há ainda no ordenamento jurídico brasileiro uma definição legislativa precisa de quais seriam as características necessárias a um programa de integridade efetivo, mas já se encontram na doutrina trabalhos com a proposta de analisar e enumerar atributos essenciais de um programa eficaz, valendo mencionar, neste sentido, o estudo de Ilana Martins Luz (2018), que analisa pormenorizadamente a questão e elenca os seguintes atributos: a) Análise do ambiente interno (p.4); b) Mapeamento de riscos (p.7); c) Comprometimento da alta cúpula (p.11); d) Elaboração de documentos oficiais (p.12); e) Realização de treinamentos (p.14); f) Nomeação de um responsável pelo *compliance* (p.15); g) Canais de denúncia internos e externos (p.17); h) Proteção aos *whistleblowers* (p.18); i) Investigações internas (p. 22); Procedimentos sancionatórios (p.24); Monitoramento, análise e revisão do programa (p.25).

Em verdade existem diversas proposições teóricas que surgiram na tentativa de definir critérios de imputação específicos para a pessoa jurídica. Uma das que ganhou mais destaque foi a do Professor Klaus Tiedemann (1995,1997) - o dito modelo de defeito de organização, que vincula a imputação da entidade *ao fato dela não ter adotado todas as medidas razoáveis e indispensáveis para prevenir um eventual delito*. Por seu impacto, a denominação do Tiedemann tem sido muitas vezes usada como sinônimo para modelo de autorresponsabilidade.

São estas as características essenciais dos dois modelos em questão.

Em verdade, a divisão entre auto e heterorresponsabilidade tem mais importância metodológica do que prática. Isto porque, concretamente, o que se detectam são construções matizadas, nunca em estado puro (SARCEDO, 2015, p.136).

Tal constatação leva alguns autores a defender e idealizar a adoção de modelos mistos, incorporando elementos das duas perspectivas.

É o caso de Sarcedo, que propõe a seguinte formatação para seu modelo (2015, p.138):

- Parte do modelo vicariante – a transferência da responsabilidade para a empresa por um fato praticado pelo seu representante e em benefício dela;
- Também leva em conta a culpabilidade corporativa – impondo a tarefa de aferir se foram adotadas as práticas preventivas exigíveis no caso concreto – modulação da pena ou absolvição;
- Admite a responsabilização da pessoa jurídica mesmo se não for possível imputar o ato criminoso à pessoa física específica – desde que evidenciado o defeito de organização;

Em favor da adoção de um sistema misto – nos moldes por ele proposto – o comentado autor assinala que este seria o mais eficaz no sentido de exercer o controle social da criminalidade econômica no seio da empresa, pois contemplaria todas as opções político criminais para ação do Estado: a) permite a responsabilidade por transferência, se presente o requisito do defeito de organização; b) na impossibilidade de se imputar o ato delinquente à pessoa natural determinada, permitiria a imputação ao ente coletivo, também em face da detecção de defeito de organização; c) não exclui a possibilidade de responsabilização pessoal dos agentes que perpetram o delito; d) representa um incentivo à adoção de medidas de controle e prevenção por meio da criação de um ambiente de cooperação. (2015, p.138).

3. O modelo brasileiro de responsabilidade penal da pessoa jurídica

A breve discussão teórica que se realizou acima teve o propósito de apresentar uma visão geral das possibilidades, em abstrato, para a responsabilização da pessoa jurídica.

Neste ponto do trabalho será necessário conduzir os debates para o campo concreto, a fim de tornar possível o alcance do objetivo pretendido por este estudo – qual seja, o de evidenciar a irrelevância da adesão a programas de integridade para a definição da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Para tanto, vale retomar o apontamento que inaugurou este trabalho: o ordenamento jurídico brasileiro prevê a responsabilização criminal das entidades legais *apenas no caso da prática de crimes ambientais*.

O modelo nacional vem delineado especialmente por dois dispositivos legais.

O primeiro deles é o artigo 225, § 3º, da Constituição da República de 1988, que previu no texto original da Magna Carta a possibilidade de pessoas jurídicas serem responsabilizadas penal e administrativamente pelas condutas lesivas ao meio ambiente. A saber:

Art. 225. Todos têm **direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado**, bem de uso comum do povo e essencial à 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. (grifo nosso).

Transcorridos dez anos do comando constitucional, em 1998 foi editada a Lei 9605, conhecida como Lei de Crimes Ambientais, com o objetivo de regulamentar o referido mandamento.

O artigo 3º da mencionada lei é que efetivamente indica a formatação do modelo de responsabilização penal das entidades legais no Brasil – ao enumerar os requisitos de imputação para a pessoa jurídica. Notadamente:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e **penalmente** conforme o disposto nesta Lei, **nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual**, ou de seu **órgão colegiado**, no **interesse ou benefício da sua entidade**. (GRIFO NOSSO).

Como se percebe, a previsão do artigo em comento é muito simples. A decomposição dos requisitos enunciados na lei evidencia ainda mais a superficialidade da previsão. Vejamos:

- a) Infração cometida por decisão do representante legal, contratual ou órgão colegiado da pessoa jurídica;
- b) No interesse ou benefício da entidade;

A simples leitura do artigo 3º da Lei 9605/98 permite inferir que o Brasil adotou um modelo de heterorresponsabilidade - mas que definiu os critérios de transferência da imputação da pessoa física para a pessoa jurídica de maneira muito pouco satisfatória. Desde a sua edição o dispositivo tem sido muito criticado pela literatura jurídica brasileira, pela sua baixa qualidade técnica.

Tal cenário desperta preocupações na comunidade acadêmica, diante da constatação de que o modelo brasileiro, construído para fundamentar a intervenção mais rigorosa para as entidades legais que o Estado tem à sua disposição - a intervenção penal, a dita *extrema ratio* - se dá por critérios tão pouco desenvolvidos.

A discutível qualidade da previsão legislativa tem obrigado a doutrina a se esforçar na tentativa de explicar ou mesmo de sistematizar os critérios para a imputação da pessoa jurídica, com base no texto da lei.

Neste sentido, vale destacar o trabalho de Fernando Galvão da Rocha (2012, p. 112/122), que identifica a existência de cinco requisitos da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Dois deles estariam explicitamente previstos no texto da lei, já acima evidenciados - I) deliberação no âmbito do ente coletivo e II) interesse ou benefício da pessoa jurídica. Os demais seriam pressupostos implícitos, postulados concebidos para servirem ao propósito de “evitar os abusos na repressão das pessoas morais” (ROCHA, 2012, p.112), quais sejam: a) Executor material vinculado à pessoa jurídica; b) Amparo no poder da pessoa jurídica; c) Atuação na esfera das atividades da pessoa jurídica.

Em grande medida, os debates sobre o instituto da responsabilização penal da pessoa jurídica no Brasil tem se concentrado na ideia de que o próprio instituto em si seria inconstitucional (SARCEDO, 2015, p.144), pois ofenderia postulados fundamentais do direito penal consagrados na Constituição Brasileira - vale destacar, a título exemplificativo, os princípios da culpabilidade e da intranscendência da pena.

Por muitos anos esse debate se manteve vigoroso (e até hoje resiste) - só que, a nível jurisprudencial os tribunais superiores já consolidaram o entendimento pela admissão do instituto (SARCEDO, 2015, p.144).

Hoje em dia tem ganhado mais força um movimento na literatura jurídica nacional - ao qual se filiam Sarcedo (2015, p. 144/146) e Tangerino (2010, p.17), por exemplo - não em favor da negativa de legitimidade do instituto, mas do seu aprimoramento. Especialmente sobre a posição do último autor mencionado, vale trazer trecho da obra referenciada, a fim de sintetizar suas ideias:

Considerando-se, pragmaticamente, que as pessoas jurídicas podem e são julgadas por crimes ambientais, é missão da doutrina buscar conter o poder punitivo, injetando-lhe parâmetros garantistas que tornem seu emprego compatível com os preceitos constitucionais penais, sobretudo quando se tem por horizonte a tendência expansionista do poder punitivo. (TANGERINO, 2010, p.17).

Tal perspectiva acima evidenciada se compatibiliza integralmente com o objetivo do presente estudo. Se a ideia aqui é indicar um ponto crítico no modelo brasileiro de responsabilização penal da pessoa jurídica e discutir as possibilidades de reforma deste, é justamente porque se entende que a academia deve assumir o papel de contribuir com o aprimoramento do instituto.

Se no campo legislativo o cenário é nebuloso, e não houve mudanças significativas nos últimos 20 anos, há de se levar em conta que algumas decisões recentes dos Tribunais Superiores brasileiros promoveram grande impacto na sistemática nacional, indicando os rumos a

serem tomados na condução do futuro do instituto, cenário que vem detalhadamente delineado por Sarcedo (2015, p.146/156).

Como se destacou, a lei de crimes ambientais é de 1998, *mas foi somente em 2005* que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) pacificou o entendimento pela constitucionalidade da previsão legal contida no referido diploma – ao se manifestar no Recurso Especial nº 610.114/RN (SARCEDO, 2015, p. 149).

A afirmação, pela via jurisprudencial, da constitucionalidade do instituto veio acompanhada de duas consequências, no entendimento do comentado autor:

- 1) A cristalização da ideia de que teria se adotado um modelo de heterorresponsabilidade no Brasil – no qual os critérios de imputação estariam legislados de maneira insatisfatória (2015, p. 149);
- 2) A consolidação do entendimento de que haveria a necessidade de dupla imputação – ou seja, a indicação de que, sendo a responsabilização da entidade legal dependente da intervenção da pessoa física, de quem se toma emprestada a conduta para punir a entidade, obrigatoriamente será necessário imputar o fato à pessoa física e a pessoa jurídica ao mesmo tempo (2015, p. 151).

A posição firmada pelo STJ em 2005 permaneceu praticamente incontestável até 2011, quando o STF, ao julgar Agravo regimental em recurso extraordinário (n.628.581/RS), manifestou-se pela desnecessidade da dupla imputação ao indicar que “a responsabilização da pessoa jurídica independe da responsabilização da pessoa natural”.

Em 2013, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão que teve impacto ainda mais significativo sobre a sistemática em análise, no bojo do Recurso Extraordinário correspondente ao agravo regimental recém mencionado.

Em especial, o voto de autoria da Ministra Rosa Weber gerou grande repercussão. Na ocasião, Weber fez uma detalhada análise do cenário brasileiro, indicou a necessidade de mudanças e direcionou para o caminho que deveria ser seguido.

Para além de reafirmar a constitucionalidade do instituto e a desnecessidade da dupla imputação, a Ministra avaliou o modelo brasileiro como falho, pois a opção pela heterorresponsabilidade teria dado ensejo a um déficit de aplicação (SARCEDO, 2015, p.153). Isso porque os crimes ambientais, notadamente os mais gravosos, seriam aqueles que ocorrem num contexto de criminalidade empresarial corporativa – e, como já destacado, esse tipo de organização oferece, na prática, uma série de obstáculos para a repressão da delinquência que se opera em seu ambiente. Na tentativa de sanar esse déficit – e aí vem a grande inovação – a Ministra afirmou que, no atual estágio de desenvolvimento da criminalidade moderna, parece insuficiente para a definição da responsabilidade da pessoa jurídica realizar uma análise apenas da conduta de seus representantes. No presente momento, se impõe como necessário o desenvolvimento de *critérios específicos para a responsabilização da entidade – e a construção de conceitos de conduta e culpabilidade próprias e ela*.

Ademais, Weber também assinalou que conhecer os procedimentos internos da empresa seria imprescindível para a definição da sua responsabilidade penal – ou seja, indicando, ainda que não tão explicitamente, o seu alinhamento ao modelo de defeito de organização e indicando a *relevância* da adesão da pessoa jurídica a programas de *compliance* para a caracterização de sua responsabilização criminal.

O voto da Ministra, apesar de enfatizar a necessidade de adoção imediata de um modelo com moldes de defeito de organização, não definiu com clareza as balizas de tal modelo – e concluiu com a sugestão para que doutrina e jurisprudência desenvolvam seus critérios e requisitos (SARCEDO, 2015, p. 154).

Trata-se de desfecho altamente problemático.

Por um lado, parece positivo que a Suprema Corte reconheça que o modelo brasileiro merece aprimoramentos, diante da afirmação de que a lei não define critérios satisfatórios de imputação para a entidade – posição com a qual dificilmente se pode discordar.

Lado outro, a indicação de que é necessário desde já caminhar na direção da adoção de um modelo de autorresponsabilidade/defeito de organização e avaliar a adesão das pessoas jurídicas a programas de compliance como critério relevante para a definição de sua responsabilização penal chega a ser temerária. Isto porque, lamentavelmente, ela não vem acompanhada de um complemento mais que necessário: a indicação de como esse modelo deve se constituir e mesmo a definição das características essenciais de um programa de integridade a serem exigidos da entidade, bem como o apontamento sobre em que medida a adesão da empresa aos referidos programas poderia impactar no seu sancionamento.

A Ministra Rosa Weber, em seu voto paradigmático, chega a esboçar alguns critérios de parametrização de um modelo ideal, que foram sistematizados por Sarcedo, abaixo em destaque. Mas a impressão que fica – aqui manifestada muito respeitosamente – é de que não há nada de muito inovador na construção da Ministra. Ao contrário, os critérios elencados não se afastam muito do tão criticado texto da lei. A saber:

I) É necessário verificar se o ato apontado como 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 órgão internos de deliberação, do fato ilícito que se estava a cometer, diante do qual houve a 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, possibilidade o afastamento da ilicitude quando foi cometido em benefício exclusivo de terceiro(s); (SARCEDO, 2005, p.155)

Como desfecho deste tópico, parece oportuno retomar a questão que orientou o presente estudo, a fim de conduzi-lo para seu debate derradeiro. A saber:

- Em face do texto legal, qual a relevância da adesão da empresa a um programa de *compliance* para a definição da sua responsabilidade penal na esfera ambiental?

Aqui, se tentou evidenciar que a relevância é *nenhuma*. Mesmo que a pessoa jurídica tome todas as medidas necessárias para construir um programa de integridade eficaz e evitar a prática de ilícitos na suas atividades (algumas já enumeradas no presente estudo), a entidade poderá ser severamente sancionada na ocasião em que uma infração venha a ocorrer – basta que haja, nos termos da lei, ato do seu representante legal, em benefício da entidade.

E não parece difícil imaginar ocasiões em que, apesar da adoção de providências concretas por parte da entidade – estabelecimento de um rigoroso código de conduta, realização de investigações internas, auditorias, treinamentos periódicos, criação de um canal de denúncias – um de seus representantes legais possa vir a atuar de maneira a fraudar a conformação (omitindo informações das auditorias e do *chief compliance officer* e indo na contramão de todas as recomendações preventivas), praticando um ilícito que beneficie a pessoa jurídica.

E que fique claro: não se está a defender que tal modelo é *injusto* ou *desarrazoado*, por sancionar a pessoa jurídica a despeito das medidas que ela adota para prevenir a prática de delitos (posição que apoia Sarcedo, por exemplo).

A afirmação pretendida é mais simples: por mais que haja um desejo (ao menos de parte da doutrina e jurisprudência) de que a entidade não seja sancionada (ou mesmo, que sofra minoração em sua reprimenda) nas ocasiões em que se constatar um genuíno esforço de prevenção de ilícitos e de aprimoramento organizacional, revelado por meio do estabelecimento de um programa de integridade – tal desejo esbarra em um severo obstáculo, que frustra terminantemente sua satisfação. O fato é que não existe previsão e menos ainda regulamentação sobre como deve se operar o livramento/minoração da sanção para a pessoa jurídica. E, por mais que a manifestação da Suprema Corte sobre a questão –

notadamente, o voto da ministra Rosa Weber – se proponha a representar uma mudança significativa para a matéria, a solução de defender a adoção de um modelo de autorresponsabilidade (ou de defeito de organização) *de imediato*, sem nenhuma regulamentação sobre o assunto, e convidar doutrina e jurisprudência a construção de diretrizes concomitantemente à aplicação do próprio modelo, parece mais prejudicial do que benéfica.

Em suma, a assertiva que fica como conclusão intermediária deste estudo é que a adoção imediata de um modelo de defeito de organização se mostra incompatível com os ditames do ordenamento jurídico brasileiro, e por isso a implementação de um novo modelo nestes moldes precisará vir acompanhada de uma significativa reforma legislativa.

Resta, então, avaliar qual seriam as possibilidades concretas dessa reforma vir a acontecer.

4. Perspectiva de mudanças no campo legislativa: responsabilidade penal de pessoas jurídicas no projeto do novo Código Penal brasileiro.

Efetivamente, a perspectiva mais expressiva de mudança legislativa que trata da matéria em análise se refere ao anteprojeto de novo Código Penal, que tramita no Congresso Nacional - Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012, do Senador José Sarney (2012).

Na sistemática planejada, o próprio Código passaria a prever a responsabilização penal das entidades legais em sua *parte geral*. Notadamente:

Responsabilidade penal da pessoa jurídica

Art. 39. As pessoas jurídicas de direito privado serão responsabilizadas penalmente pelos atos praticados contra a administração pública, a ordem econômico-financeira 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 identificação ou da responsabilização destas.

§ 2º A dissolução da pessoa jurídica ou a sua absolvição não exclui a responsabilidade da pessoa física.

§ 3º A responsabilidade penal será exclusiva da pessoa física, se o administrador ou gestor, por sua conta, extrapolar os poderes que lhe foram conferidos pela pessoa jurídica. (grifo nosso)

Duas modificações chamam a atenção: a) a ampliação das hipóteses de responsabilidade penal da pessoa jurídica - para atos praticados *contra a administração pública e a ordem econômico-financeira*; e b) a inclusão de um parágrafo afirmando a independência entre a responsabilidade das pessoas físicas e jurídicas, o que parece ser uma tentativa de solucionar a discussão sobre a *necessidade da dupla imputação*;

Contudo, a despeito das inovações notadas, no tocante à definição dos requisitos para a imputação da pessoa jurídica, o legislador praticamente repete a redação do dispositivo em vigor - que é problemático, como se viu.

Neste sentido, são perceptíveis na doutrina manifestações de que a sistemática projetada representa pouco avanço no tratamento da questão.

Em especial, merecem ser destacadas as críticas de Paulo Busato (2012), que tem artigo dedicado à análise pormenorizada das disposições do PLS relativamente ao assunto em tela - de leitura altamente recomendável.

Um dos pontos levantados pelo autor no trabalho em comento é especialmente relevante para a discussão empreendida no presente estudo: a definição de qual modelo de responsabilização da pessoa jurídica teria sido adotado no Projeto de Código Penal. São vários os apontamentos feitos por Busato sobre o assunto, notadamente:

- a) No entender do autor, o legislador foi vacilante na elaboração do projeto de lei, demonstrou insegurança quanto as decisões tomadas, não tendo sido capaz de

indicar claramente qual teoria teria servido de inspiração para o modelo adotado (2012, p. 99);

- b) Tal postura teria dado ensejo a uma série de disposições contraditórias (2012, p.99);
- c) Sobre a escolha entre auto e heterorresponsabilidade – entendida por Busato como a primeira questão a ser definida em qualquer discussão técnica sobre o tema da responsabilidade penal da pessoa jurídica (2012, p.101) – concluiu o autor que a opção do legislador teria ficado obscura. Isto porque a leitura dos dispositivos projetados, diante do seu conteúdo discrepante, parece conduzir a conclusões antagônicas – ora pela adoção de um modelo, ora por outro;
- d) A grande contradição que se evidencia diz respeito ao conteúdo do *caput* e do § 1º, do artigo 39. Em síntese, o que faz o texto da lei é: I) apontar, por um lado, a *absoluta independência* entre a responsabilidade das pessoas físicas e jurídicas – indicando se filiar a um modelo de autorresponsabilidade, “tendência que cada vez mais se afirma na doutrina e na própria legislação de outros países como o adequado” (BUSATO, 2012, p. 113); e II) formatar um modelo no qual a responsabilização da pessoa jurídica, repetindo os critérios da legislação em vigor, *depende da conduta e da decisão do seu representante legal*.

A impressão que fica é que o legislador se encontrava na posição de sedimentar uma solução para o problema em voga, poderia ter se debruçado sobre os debates científicos quanto ao assunto, analisar os modelos de outros países, e mesmo atender aos apelos da Corte Suprema, e idealizar um modelo aprimorado para a responsabilização da pessoa jurídica – mas optou por reproduzir quase que integralmente a redação do dispositivo que especifica os critérios de imputação atualmente em vigor, e, na parte em que quis inovar, o fez de maneira pouco satisfatória.

5. Conclusões

De certo que o cenário analisado neste estudo se mostra severamente problemático, mas não parece ser este artigo o espaço para indicar uma solução definitiva para as questões enumeradas.

A escolha quanto ao caminho a ser seguido no Brasil para a reformulação do nosso modelo de responsabilização penal da pessoa jurídica é questão seríssima, e uma tomada de posição conclusiva mereceria um

aprofundamento nos estudos sobre a questão, para que seja possível formular uma proposição bem fundamentada.

Mesmo porque se avolumam perspectivas doutrinárias sobre o assunto, o que torna difícil a escolha quanto ao modelo ideal. E mais: a própria ideia de *melhor modelo* depende também do objetivo pretendido com a reforma que venha a se realizar – se é a maximização da punição e da vigilância, se é a maximização da segurança jurídica e da limitação à intervenção na liberdade.

Contudo, a título argumentativo, o desfecho deste estudo deve conduzir a uma afirmação: se a decisão político-criminal brasileira for pela adoção de um modelo de autorresponsabilidade, nos moldes do dito *defeito de organização*, o implemento de uma profunda reforma legislativa será indispensável. Isto porque a lei precisará prever com clareza – o *que é o defeito de organização* e quais serão os parâmetros mínimos dos programas de compliance necessários ao afastamento da responsabilização da pessoa jurídica.

E, neste sentido, a experiência de outros países pode servir de referência, em especial a italiana, que, como esclarece Sarcedo, possui decreto que regulamenta a matéria – Decreto-Legislativo n.231/2001, prevendo os “parâmetros mínimos exigidos das pessoas jurídicas em relação aos seus modelos corporativos de gestão e organização” (SARCEDO, 2015, p. 239).

Como síntese final vale a apresentação de alguns apontamentos conclusivos:

- a) O modelo de responsabilização penal da pessoa jurídica atualmente em vigor no Brasil é de heterorresponsabilidade – pois dependente da avaliação da conduta da pessoa física (representante legal, contratual ou órgão deliberativo) da entidade;
- b) Tal formatação torna irrelevante a adesão da pessoa jurídica a um programa de *compliance* para a definição de sua responsabilidade penal. Em outras palavras: ainda que seja estruturado um programa de integridade, por mais aperfeiçoado que possa ser, se os representantes legais da entidade decidem por burlá-lo, e

- praticam infração em favor da pessoa jurídica, tanto os indivíduos quanto a entidade merecerão sanção penal;
- c) São os requisitos estabelecidos em lei que associam o modelo brasileiro ao paradigma da heterorresponsabilidade – e, pelo mesmo motivo, inviabilizam a adoção imediata de um modelo de autorresponsabilidade/defeito de organização;
 - d) O modelo brasileiro precisa de aprimoramentos, mas a mudança precisará vir pela via legislativa. Não há sentido em defender acadêmica ou jurisprudencialmente a aplicação imediata dos postulados do sistema de *defeito de organização* se o texto legal se mostra incompatível com tal paradigma;
 - e) As perspectivas concretas de reforma não são nada otimistas. O Anteprojeto do Código Penal em trâmite no Congresso Nacional praticamente repete a formação da sistemática atual, com os problemas que a acompanham;
 - f) Felizmente, o fato da temática do *compliance* estar em evidência faz com que venham a surgir muitos estudos sobre o assunto – com a proposição de novos modelos teóricos de responsabilização penal da pessoa jurídica em consonância com o instituto, bem como a análise de modelos concretos adotados por outros países.
 - g) Se o cenário legislativo não se mostra promissor, o panorama para a academia é justamente o oposto. A relevância do tema, a abundância de discussões e o interesse pela questão tornam o debate atraente para o pesquisador, e urgente para a sociedade. São as reflexões de hoje que conduzirão os rumos da política criminal nos anos vindouros no tocante a matéria. Evidentemente, abrem-se muitas possibilidades.
 - h) Por isso, vale o apelo, para servir como fio-condutor às proposições que vierem a surgir: qualquer modelo que seja idealizado deverá necessariamente levar em conta a noção de que o direito penal é a *extrema ratio*, em respeito à perspectiva da limitação da intervenção punitiva arbitrária e da garantia da segurança jurídica, essenciais a um modelo democrático de direito penal.

6. Referências

BUSATO, Paulo Cesar; REINALDET, Tracy Joseph. Crítica ao uso dogmático do *compliance* como eixo de discussão de uma culpabilidade de pessoas jurídicas. In: **COMPLIANCE e direito penal**. Coordenação de Fábio André GUARAGNI, Paulo Cesar BUSATO. Organização de Décio Franco DAVID. São Paulo: Atlas, 2015.

BUSATO, Paulo Cesar. Responsabilidade penal de pessoas jurídicas no projeto do novo Código Penal brasileiro. *Revista Liberdades*, São Paulo, Ed. Especial, p. 98-128., set. 2012.

LUZ, Ilana Martins. Teoria geral dos elementos de um programa de compliance eficaz. In: **COMPLIANCE e temas relevantes de direito e processo penal: estudos em homenagem ao advogado e professor Felipe Caldeira**. Organização de Bruno Espíneira LEMOS et al. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

ROCHA, Fernando A.N.Galvão da. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica no direito ambiental brasileiro**. Belo Horizonte, MG: Centro de Atualização em Direito – CAD, 2012.

NIETO MARTIN, Adán. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal**. Iustel: Madrid, 2008.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica** – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; SOUZA, Luciano Anderson de (coord.). **Comentários à Lei de Crimes Ambientais – Lei nº 9605/1998** – São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa**. 2015. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

SARNEY, José. **Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012**. Institui novo Código Penal. Brasília: Senado, 09 jul.2012. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em 15 nov. 2019.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. A responsabilidade penal da pessoa jurídica para além da velha questão de sua constitucionalidade. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 18, n. 214, p. 17-18., set. 2010.

TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. *In*: POZO, José Hurtado (Coord.), Responsabilidad penal de las personas jurídicas, **Anuario Derecho Penal '96**, Grijley, 1997.

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