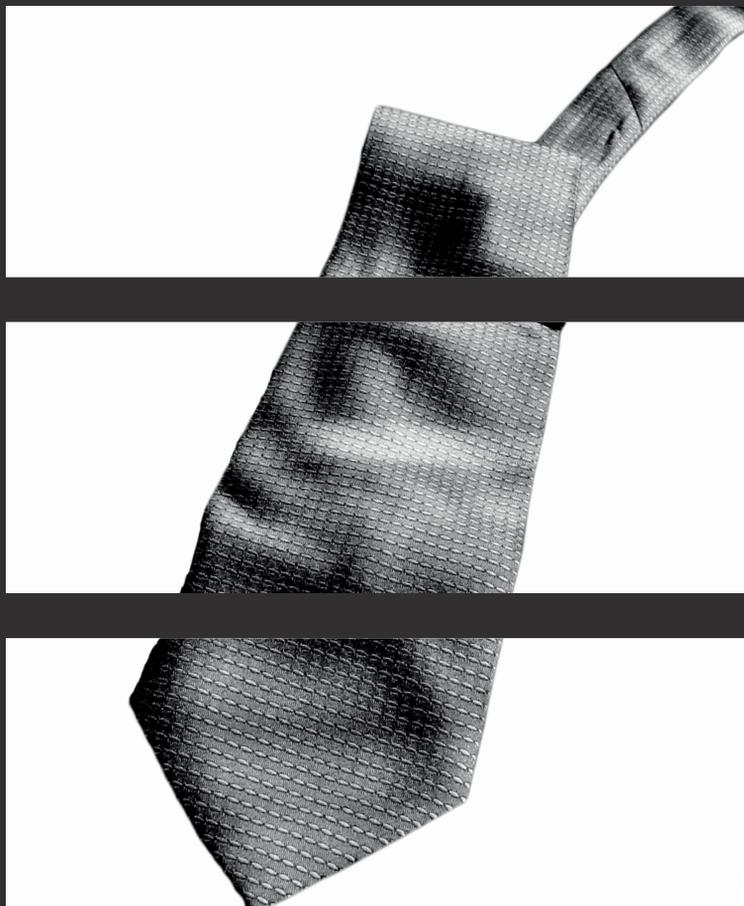


5

Renato de Mello Jorge Silveira

DIREITO PENAL EMPRESARIAL:

A omissão do empresário como crime



COLEÇÃO CIÊNCIA CRIMINAL CONTEMPORÂNEA

Coordenação: Cláudio Brandão

D'PLÁCIDO
EDITORA

Renato de Mello Jorge Silveira

DIREITO PENAL EMPRESARIAL:

A omissão do empresário como crime

5

COLEÇÃO CIÊNCIA CRIMINAL CONTEMPORÂNEA

Coordenação: Cláudio Brandão



D'PLÁCIDO
EDITORA

Copyright © 2016, D'Plácido Editora.
Copyright © 2016, Renato de Mello Jorge Silveira.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa
Letícia Robini de Souza

Diagramação
Christiane Moraes de Oliveira

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios, sem a autorização prévia da D'Plácido Editora.



Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843, Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 3261 2801
CEP 30140-007

Catálogo na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge
Direito Penal Empresarial - A omissão do empresário como crime -- Coleção Ciência Criminal Contemporânea -- vol. 5 -- Coordenação: Cláudio Brandão -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

Bibliografia
ISBN: 978-85-8425-306-7

1. Direito . 2. Direito Penal I. Título. II. Direito

CDU343

CDD341.5

Em memória de Nelly Prado Carone e de seu 100º aniversário

SUMÁRIO

PREFÁCIO	9
EXPLICAÇÃO NECESSÁRIA	15
INTRODUÇÃO	19
1. A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL EMPRESARIAL	25
1.1. Delimitações conceituais.....	25
1.2. Tensões verificadas no cenário do crime empresarial.....	33
1.3. A evolução do Direito Penal clássico ao Direito Penal moderno: a primeira geração supraindividual e os crimes de perigo	37
1.4. Direito Penal moderno: a segunda geração supraindividual e os crimes omissivos	49
1.5. A realidade do novo Direito Penal Empresarial e as novas dimensões: <i>dos delicta in se e dos delicta mala quia prohibita (delicta mere prohibita)</i>	59
1.5.1. As origens dos institutos	59
1.5.2. A nova dicotomia: retorno aos institutos clássicos?.....	61
1.5.3. Verificação de legitimidade conceitual do delito.....	66
2. A ATUAL CONSTRUÇÃO DA OMISSÃO EM DIREITO PENAL	75
2.1. O conceito de omissão	78
2.2. A questão da omissão imprópria.....	86
2.2.1. Entre os delitos de domínio e de infração de dever: a oposição de Roxin e Jakobs	91
2.3. O papel do garante.....	100
2.3.1. A formação do conceito	100
2.3.2. O problema da ingerência	105

2.4. Os limites da omissão: entre o novo buraco negro penal e as teses limitadoras.....	109
2.4.1. O perigoso vórtice atrativo da imputação por meio da omissão imprópria	109
2.4.2. As construções binárias de Schünemann e de Jakobs	114
2.4.3. A tripartição e a identidade estrutural e material proposta por Silva Sánchez.....	118
2.5. A realidade dogmática brasileira	124
3. O DIREITO PENAL EMPRESARIAL E A CONSTRUÇÃO DA RESPONSABILIDADE OMISSIVA.....	131
3.1. O atuar, o não atuar e o risco.....	133
3.1.1. O risco empresarial	134
3.1.2. Delitos vinculados ao estabelecimento e delitos cometidos com extralimitação	141
3.2. A questão da responsabilidade por fatos próprios e por funções delegadas	149
3.2.1. Delegação de poderes e liberação de responsabilidades.....	150
3.2.2. Retenção de competências.....	156
3.3. O problema do dolo na omissão	164
4. CRIMES OMISSIVOS E A POSIÇÃO DE GARANTE DO EMPRESÁRIO	185
4.1. Garantes próprios e garantes impróprios	187
4.2. Conteúdo do dever do empresário.....	190
4.2.1. Os deveres penais, extrapenais, legais e extralegais	191
4.2.2. A omissão, a ingerência e o papel do empresário	196
4.2.2.1. Dever de proteção	201
4.2.2.2. Dever de vigilância e controle.....	205
4.3. A questão do garante e do <i>gatekeeper</i> : exemplos de imputação ..	217
4.3.1. A corrupção por omissão.....	219
4.3.2. A lavagem de dinheiro por omissão	224
4.3.3. A gestão temerária por omissão	229
4.4. O atuar empresarial e a questão do <i>compliance</i>	235
5. CONCLUSÕES.....	247
REFERÊNCIAS.....	253

PREFÁCIO

Está bastante claro que el futuro de la teoría del delito pasa por nuevos mundos. Por un lado, por su plena inserción en el Derecho penal de las organizaciones: tanto en el ámbito de las organizaciones lícitas (administraciones públicas, empresas) como en el de las organizaciones ilícitas (agrupaciones criminales). El hecho de que ya exista un *corpus* de doctrina al respecto, que –entre otras cosas– ha puesto de relieve la existencia de una zona gris entre unas y otras no obsta a la necesidad de proseguir en la tarea hasta alcanzar una teoría del delito en estructuras organizadas. Por otro lado, por la plena asimilación de la tesis de que, en las sociedades complejas en las que vivimos, la criminalidad por omisión resulta paradigmática y, por tanto, es ésta la que procede estudiar.

El Profesor Renato Silveira, querido colega y amigo, ha sido muy consciente de ambos aspectos. Por eso, ha dedicado un largo tiempo de estudio a la elaboración de una obra de estructura dialéctica. En ella, la tesis viene dada por el nuevo Derecho penal empresarial; la antítesis, por la construcción de la dogmática de la omisión; y la fértil síntesis, por la elaboración de un modelo de responsabilidad penal por omisión en el ámbito de la empresa. Buena parte de ese estudio tuvo lugar en la Universidad Pompeu Fabra y nos brindó la oportunidad de conversar extensamente sobre todos estos problemas. Que ello nos sirviera también para ahondar nuestros ya profundos vínculos intelectuales y de amistad es un efecto colateral que celebro especialmente.

El ámbito del Derecho penal económico –tal como lo considera la Política criminal contemporánea– viene determinado ante todo por “hechos de criminalidad de empresa que afectan al orden económico entendido en sentido amplio”. Este conjunto de conductas es el que

ha generado el debate político-criminal más relevante de las últimas décadas. Ello, hasta el punto de que puede afirmarse que la discusión relativa a la expansión del Derecho penal económico ha constituido el factor principal (aunque ciertamente no el único) de la polémica general sobre la expansión del Derecho penal.

Ahora bien, fue relativamente temprana la caracterización criminológica de las conductas ilícitas no violentas realizadas a través de una empresa por personas de elevado nivel económico que obran guiadas por el ánimo de lucro (*white-collar crime*). Una caracterización que, sin embargo, no coincide más que parcialmente con la de criminalidad empresarial (*corporate crime*, análoga a *Unternehmenskriminalität*) puesto que en esta última, en efecto, es la propia empresa y no sólo el individuo el que resulta beneficiado. Sea como fuere, la intervención del Derecho penal en este ámbito había tropezado inicialmente con su percepción como „delitos de caballeros“ (*Kavaliersdelikte*), que los rodeaba de cierta comprensión o incluso simpatía.

Todo ello ha cambiado en las últimas décadas. A lo largo de ellas, se ha criticado reiteradamente que el Derecho penal se haya ocupado ante todo de fenómenos socialmente marginales (muy vinculados al mundo de las pasiones o a la actuación de sujetos desocializados), dejando de lado conductas ilícitas enraizadas en la lógica nuclear de funcionamiento del sistema social. En la actualidad, la criminalidad de empresa se observa como constitutiva de graves delitos que afectan a las bases del Estado del bienestar. Se parte, entonces, por un amplio sector de la doctrina del principio de que esta forma de criminalidad resulta insuficientemente aprehendida por el ordenamiento jurídico-penal, a pesar de que causa graves daños. De ahí que, en la actualidad, el Derecho penal económico constituya la punta de lanza de las tendencias criminalizadoras que todavía promueven sectores de la doctrina y –de forma muy relevante– organizaciones internacionales. Llevando las cosas hasta el límite, se ha llegado a afirmar lo siguiente: „La criminalidad de empresa es, tanto cualitativa como cuantitativamente, el ámbito más grave de las acciones materialmente dañosas en toda la sociedad y con ello –esta es mi conclusión– el auténtico objeto del Derecho penal“ (Schünemann).

En realidad, parece necesario efectuar alguna distinción. Es cierto que parte de la criminalidad económica tiende a conformarse como *criminalidad organizada*, vinculada con grandes grupos

delictivos, incluso con el terrorismo. Asimismo debe observarse la existencia de una estrecha relación de parte de la criminalidad económica con la *corrupción* de funcionarios públicos. En fin, alguna criminalidad económica, que se sirve de medios tecnológicos o abusa de los instrumentos de la vida económica moderna, puede causar *daños masivos*. En todos los anteriores supuestos parece bastante obvia la necesidad y la proporcionalidad de una reacción intensa con los medios del Derecho penal. Sin embargo, ello no debería conducir a convertir la criminalidad económica en un espacio de Derecho excepcional, en el que las garantías político-criminales del Derecho penal se vieran relativizadas.

En efecto, el resto de la criminalidad económica se mueve, en realidad, en el ámbito de la criminalidad media: su afectación individual es básicamente patrimonial; y su incidencia supraindividual (institucional) resulta sólo, en general, de la consideración del fenómeno de la *acumulación de conductas*. En vista de ello, no parece que exista una necesidad empíricamente fundamentada de recurrir –como de hecho está sucediendo– a procesos de espiritualización de los bienes jurídicos o de anticipación de las barreras de protección. Tampoco está claro que las referidas espiritualización y anticipación estén justificadas desde perspectivas de proporcionalidad. En todo caso, si tiene lugar tal relativización de las garantías de lesividad y proporcionalidad, que algunos consideran inevitable a la vista de la fenomenología específica de la criminalidad económica, las tipificaciones de delitos de nuevo cuño no deberían conllevar la conminación con penas privativas de libertad.

Pese a todo ello, no resulta discutible que la anticipación de las barreras de protección penal constituye una de las estructuras características del Derecho penal económico contemporáneo. La estructura de anticipación se asienta sobre dos subestructuras paralelas. Por un lado, la que resulta del proceso de abstracción, desmaterialización o espiritualización de los bienes jurídicos: desde el bien jurídico individual hasta los bienes jurídicos institucionales. Por otro lado, la que deriva de la difuminación de las modalidades de ataque: de la lesión al peligro presunto e incluso hasta la precaución (como situación de peligro de peligro) y la mera desobediencia. Ello proporciona al “delito económico” una configuración que lo diferencia radicalmente del modelo clásico del Derecho penal: el delito de resultado de lesión de un bien jurídico individual.

Atendiendo a la combinatoria de los dos procesos de abstracción mencionados pueden tener lugar, en el caso extremo, tipificaciones de conductas de mera desobediencia en relación con bienes jurídicos institucionales que, en el mejor de los casos, constituyen el contexto remoto del desarrollo de los bienes jurídicos individuales. El proceso sería, más o menos, el siguiente. En una primera fase, la pretensión de evitación de la lesión de bienes patrimoniales da lugar no sólo a la tipificación de conductas lesivas, sino también de otras concretamente peligrosas o incluso abstractamente peligrosas para tales bienes. Este fue históricamente el ámbito de la progresiva extensión del Derecho penal, en la que el debate se ceñía fundamentalmente a la legitimidad de los delitos de peligro abstracto. Un sector de la doctrina ha venido admitiendo la tipificación de tales delitos, entendidos como delitos de peligro presunto (en los que el peligro sería sólo *ratio legis*, sin tener que constatarse por el juez su concurrencia en el caso concreto). Otro, por el contrario, ha venido exigiendo su entendimiento como delitos de peligro abstracto-concreto, o de peligro estadístico, de modo que el juez sí tuviera que formular un juicio de peligro en relación con la conducta realizada por el sujeto, sin limitarse a la constatación formal de la concurrencia de los elementos literales del tipo (llevando a cabo una reducción teleológica del alcance de éste).

Sin embargo, en una segunda fase tiene lugar el proceso de abstracción de los bienes. En efecto, adoptando un enfoque fundamentalmente fenomenológico, se procede a describir típicamente los contextos colectivo-institucionales en los que suelen encontrarse los bienes jurídicos individuales cuando se ven expuestos a tales conductas peligrosas (el mercado financiero, el contexto tributario, etc.). Estos contextos pasan entonces a verse como objetos de protección en sí mismos. La lesión, la puesta en peligro concreto e incluso la puesta en peligro abstracto de tales contextos típicos constituye, de modo crecientemente significativo, también objeto de sanción penal.

En una tercera fase, se trata de establecer unos indicadores (indicios) de los que cabría derivar hipotéticamente la posible concurrencia de riesgos para uno de esos contextos típicos, ya por una acción aislada ya, en todo caso, por la acumulación de las conductas de quienes operan en un determinado sector de actividad. Aparecen “bienes con función representativa”, cuya afectación no conlleva ni una lesión ni un peligro para el bien colectivo-institucional (bien representado), sino que tal lesión o peligro sólo resultarían de una

repetición o acumulación de conductas procedentes de sujetos diversos. De modo que lo lesionado (o eventualmente puesto en peligro) es sólo el bien “representante”.

A partir de lo anterior, la tipificación de conductas de mera desobediencia de disposiciones administrativas o atentatorias contra el principio de precaución (generadoras de peligros de peligros) constituye el estadio siguiente de anticipación que es posible observar en diversos ordenamientos jurídicos.

La cuestión adquiere especial complejidad cuando la realización de tales conductas punibles se pretende imputar a sujetos integrados en empresas. En efecto, una condición de la existencia de organizaciones complejas, como la empresa, es la posibilidad de recurrir a la delegación de competencias. En virtud de la delegación, los administradores de las empresas, que pueden ser considerados garantes, en sentido jurídico-penal, de la neutralización de muy diversos focos de riesgo, pueden encomendar el control de tales riesgos a terceras personas (subordinadas o externas), por ejemplo, directivos o técnicos especializados que pasan a subrogarse, a efectos penales, en esa posición de garantía originaria del empresario.

Sin embargo, doctrina y jurisprudencia son unánimes en entender que la delegación de funciones no exonera necesariamente a los administradores de una responsabilidad penal por los resultados de lesión o las situaciones de peligro concreto que puedan suscitarse en la empresa. Así, entienden que los administradores retienen siempre determinados deberes, cuya infracción puede dar lugar a responsabilidad penal, de modo acumulativo a la que pueda recaer sobre el técnico directamente responsable.

De modo progresivo, y en términos algo fragmentarios, doctrina y jurisprudencia han ido precisando que la responsabilidad de los administradores y directivos de empresa por lesiones o peligros puede surgir cuando el directivo o técnico en quien se delegó fue seleccionado erróneamente; o cuando éste no fue debidamente formado e informado; o cuando no se le dotó de los medios necesarios para el cumplimiento de las funciones que se le habían atribuido; o cuando no se supervisó correctamente su actividad; o, en fin, cuando se produjeron defectos en la coordinación general de los subordinados.

A la luz de lo anterior, no puede descartarse que, producido un riesgo concreto o resultado lesivo, tenga lugar una cadena de responsabilidades penales que abarque desde los técnicos, hasta los directivos y

los propios integrantes de los órganos de administración de la empresa. La evitación de una responsabilidad en cadena como la reseñada exige la instauración de sistemas de organización en los que las competencias de los sujetos situados en los diferentes niveles de la organización queden definidas con claridad; y evitar las superposiciones o zonas de intersección que resultan muy frecuentes en la práctica.

Ello, que vale para la organización de una empresa en singular, debe tenerse en cuenta de modo especial a propósito de los casos en que el riesgo o resultado lesivo tiene lugar en el marco de una colaboración entre distintas empresas (la titular del centro de trabajo, la subcontratada para prestar en él unos u otros servicios, empresas de trabajo temporal, etc.). Allí donde no existen normas legales imperativas, es preciso que en el ejercicio de la autonomía de las partes se haga un esfuerzo por definir qué compete a quien. Lo contrario conducirá a una conclusión que, en no pocas ocasiones, ha sido asumida de hecho por los tribunales: que “*todos sean responsables de todo*”.

Precisamente, el esfuerzo de Renato Silveira se dirige en esta línea: en mostrar cómo el arsenal dogmático del que disponemos en materia de delitos de omisión puede evitar que todos sean responsables de todo y conseguir que cada uno sea responsable, como corresponde, en función del alcance de su deber. Su intento constituye uno de los más completos de la literatura penal brasileña en esta línea. Por ello merece alabanza y gratitud intelectual. También, mi orgullo y satisfacción amical, que suelo expresar con la expresión ciceroniana:

Salve, Renato! Si vales, bene est, ego quoque valeo!

Jesús-María Silva Sánchez
Julio de 2015

EXPLICAÇÃO NECESSÁRIA

Em 2014, procurando certas respostas para algo então ainda insípido no Brasil, realizei uma investigação de pós-doutorado junto à *Universitat Pompeu Fabra*, em Barcelona, Espanha, sob a tutoria do Senhor Prof. Dr. Dr. hc. mult. Jesús-María Silva Sánchez. O tema daquele estudo versava sobre “*compliance* e Direito Penal.” A escolha do tema se deveu, naquele momento, à importância que passava a ter o instituto, então pouco estudado no cenário nacional, e a resposta que estava sendo dada ao problema em termos peninsulares. A eleição de meu preceptor, no entanto, talvez mereça uma maior consideração.

Ao lado de ser um dos maiores penalistas da atualidade, Silva Sánchez é, também, o coordenador de uma destacada equipe de estudiosos sobre o tema do Direito Penal Econômico. Isso, por si só, já bastaria para justificar a opção. Mas havia mais. As relações pessoais e institucionais existentes, desde há muito, quando já me abrigara em outras investigações, impeliam, assim, uma mais acentuada aproximação. Mas, também deve-se explicar a justificativa do local, a Espanha, em particular. Note-se que, após diversas reformas penais vistas desde 2003, mas, em particular, as postas em ação no ano de 2010, aquele país assumiu uma situação privilegiada de debate sobre questões ligadas ao Direito Penal Empresarial, mencionando-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica e as considerações acerca do *criminal compliance*, apenas para se citar alguns pontos. Tudo indicava, assim, que o Brasil muito bem poderia percorrer alguns dos passos já dados naquelas terras.

Seguindo-se essa lógica, realizou-se aquele pós-doutorado com foco específico, como se disse, na questão do *compliance* e suas repercussões no cenário penal. No entanto, o estudo levou à apresentação

de outros problemas, e uma grande dúvida manteve-se em aberto, qual seja, a de como se estabelecer a derivada resposta penal individual no âmbito empresarial, quanto mais a título de omissão de deveres de vigilância, tão próprios que são das reações de *compliance*.

Por tal razão, e tendo em conta que o mesmo Professor Silva Sánchez é, também, sem dúvida alguma, uma das maiores autoridades vivas em termos de crimes omissivos, novamente recorreu-se a ele. Buscou-se, pois, um novo período de investigação, desenvolvido, agora, no inverno 2014-2015. Uma vez mais, acolheu-me, o professor, em novo projeto de pós-doutorado, desta feita incorporando a preocupação do empresário e os crimes omissivos no Direito Penal Empresarial. Nesse aspecto, destacou-se, necessariamente, a questão do *criminal compliance* e dos novos papéis de garante. É isso que agora se apresenta, com algumas alterações, ao público leitor.

Na realidade, a preocupação do presente ensaio foi mais além: procurou, em verdade, situar o objeto do trabalho – os crimes omissivos impróprios no Direito Penal Empresarial – dentro da realidade brasileira. Para tanto, fez-se uma opção metodológica de corte dogmático em determinados pontos que parecem fundamentais para o início da discussão e da identificação de uma eventual legitimidade da questão. Sob vários vieses poderá se estipular a responsabilidade penal individual, sendo de se ver que em outras tantas oportunidades isso se mostra verdadeira e absolutamente ilegítimo.

Alguns destaques devem ser feitos a algumas pessoas que muito auxiliaram a apresentação da presente versão comercial, em ambos os lados do Atlântico. Inicialmente, os agradecimentos ao Senhor Professor Doutor Juarez Tavares, em boa medida, incentivador, ainda que indireto, desta investigação. Além disso, é de se agradecer enormemente à minha sempre primeira orientanda, e tão prestimosa revisora e comentadora, Mariana Tranchesi Ortiz, pela leitura e sugestões sempre bem vindas. O mesmo de se dizer ao jovem penalista José Paulo Micheletto Naves, o qual auxiliou em muitas outras colocações. Por fim, gostaria de estender meus obrigados ao meu estimado amigo, Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Professor Cláudio Brandão, coordenador da presente coleção, e à Editora D'Plácido, pela possibilidade de publicação.

Mencões outras, no entanto, também devem ser feitas, principalmente em função da construção inicial do trabalho na Espanha. Assim, agradeço vivamente o Senhor Prof. Dr. Dr. hc. mult. Jesús-María Silva

Sánchez, caríssimo mestre e pessoal amigo, pelas ideias, sugestões e recomendações de leitura, pelas longas horas de debate e disposição para tantas conversas sobre intrincados temas penais e muito mais. Agradeço, também, aos demais colegas e queridos amigos de Barcelona, Professores Ramon Ragués i Valles, Ricardo Robles Planas, David Felip i Saborit, Nuria Pastor Muñoz, Raquel Montaner Fernández, Mariona Llobet Anglí e, claro, a Iván Navas e Lorena Varela, entre tantos outros colegas que, uma vez mais, além de inestimável auxílio na confecção deste trabalho, possibilitaram a vida barcelonesa, sempre preciosa, dentro e para além do *Dipòsit de les Aigües*.

O Autor

A atual percepção do Direito Penal Empresarial pode ser vista dentro de uma nova perspectiva de expansão do Direito Penal. Em um momento anterior, a construção penal sustentava a necessidade de antecipação da resposta penal. Mais recentemente, buscando a superação dos problemas sentidos na utilização dos crimes de perigo abstrato, a dogmática penal acaba por propor uma leitura interpretativa da atuação do empresário como garantidor dos riscos da empresa. Nesse sentido, a sua responsabilização se dá, necessariamente, através da responsabilização por condutas omissivas em relação à vigilância e ao controle que deve ser exercida em relação ao atuar empresarial. A tentativa de conter tal entendimento expansionista, que acaba por incidir em uma leitura artificial do Direito Penal é a proposta do presente trabalho, destinado a profissionais e estudantes de Direito.



D'PLÁCIDO
EDITORA

www.livrariadplacido.com.br

ISBN 978-85-8425-306-7



9 788584 253067