

Considerações sobre o Projeto de Lei Alemão de Responsabilização por Infrações causadas pela Pessoa Jurídica, pela Gerência e o Direito Sancionatório Empresarial

Jorgete Vitorino Clarindo dos Santos, LL.M.¹

Resumo: Analisa-se aspectos do Projeto de Lei de responsabilidade por infrações empresariais, que foi apreciado e rejeitado no Parlamento Alemão, destacando a previsão do princípio da legalidade (obrigatoriedade) do Ministério Público, bem como os efeitos na quantificação da sanção decorrentes da existência de um programa de compliance válido e eficaz.

Palavras-Chave: Criminalidade empresarial – Ministério Público – Aplicação de Pena – Programa de Compliance

Abstract: This text analyzes aspects of the Corporate Liability Bill for economic infractions, recently considered and rejected by the German Parliament, highlighting the adoption of the mandatory prosecution principle, as well as the effects on the sanction's quantification, arising from the existence of a valid and effective compliance program.

Keywords: Corporate crime – Public Prosecutor's Office – Criminal Sentence – Compliance Program

1. Introdução

Na prática empresarial, o tema *Investigação Interna* vem ganhando cada vez mais atenção, sobretudo no que diz respeito à cooperação do departamento de Compliance com autoridades públicas e as sanções aplicadas por crimes cometidos pela alta gerência, entendidos estes como crimes empresariais. A razão disso está sobretudo relacionada ao fato de não existir

¹ A autora é Senior Legal Counsel e Compliance Officer no grupo internacional ams OSRAM em Munique, Alemanha e pode ser encontrada no endereço de e-mail internationalcompliance@gmail.com.

um Direito Penal Empresarial alemão. Assim, desde há algum tempo, diversas organizações vêm redigindo e apresentando projetos independentes sobre um Direito Sancionatório Empresarial.¹ A versão final do projeto de lei apresentado pelo Ministério da Justiça alemão, nasceu com o intuito de responder a algumas questões resultantes do desenvolvimento internacional na persecução sancionatória empresarial da atualidade. Se tivesse entrado em vigor, a realidade dos departamentos de Compliance teria sido massivamente afetada.

Esse artigo pretende discutir alguns dos temas principais do projeto de lei (*VerSanG*)², que tentou ampliar o âmbito de aplicação da lei de infrações administrativas (*Ordnungswidrigkeitengesetz - OWiG*), atualmente usada na punição por infrações praticadas por empresas, incluindo nesta edição a eliminação do princípio da oportunidade e o aumento da responsabilidade empresarial pela existência de sistemas falhos de compliance.

2. A Eliminação do Princípio da Oportunidade

O princípio que rege a atual lei de infrações administrativas (*OWiG*) é o da oportunidade, de forma que sua persecução está ao critério das autoridades de acusação.³ Assim, e ao contrário do que acontece quando do cometimento de crimes, o Ministério Público não está obrigado a instaurar procedimentos que ensejem a punição através do pagamento de multa ou qualquer outro tipo de pena.

Segundo o projeto de lei (*VerSanG*), § 24, Abs. 1 cumulado com o § 152 Abs. 2 do Código Processual Penal alemão (*StPO*), infrações devem ser sempre processadas cumprindo com o princípio da legalidade.⁴ Dessa forma, o legislador tentou gerar com a inserção da aludida

¹ Dentre os mais significativos podem ser citados o projeto do Estado de *Nordrhein-Westfalen* (NRW) do ano 2013, a sugestão apresentada pelo grupo de estudos de Compliance da Associação Federal dos Advogados de Empresas (*Bundesverband der Unternehmensjuristen*) de 2014, o projeto do grupo de estudos de Direito Penal Empresarial, de Colônia, de 2017, a tese de Frankfurt sobre a responsabilidade empresarial (*Unternehmensverantwortung für Unternehmenskriminalität*) e o projeto de lei *Verbandssanktionsgesetz*, do Ministério da Justiça (*RefE-BMJV Unternehmenskriminalität - VerSanG*), objeto de consideração desse artigo, do ano de 2020.

² Projeto de Lei Verbandssanktionsgesetz, de 16 de junho de 2020.

³ § 47 Abs. 1 OWiG - Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten

(1) Die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten liegt im pflichtgemäßen Ermessen der Verfolgungsbehörde. Solange das Verfahren bei ihr anhängig ist, kann sie es einstellen.

⁴ § 24 Abs. 1 Entwurf-Verbandssanktionsgesetz

Für das Sanktionsverfahren gelten, soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt, die Vorschriften der allgemeinen Gesetze über das Strafverfahren, namentlich der Strafprozessordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes, entsprechend.

regra, o surgimento de maior homogeneidade na persecução de infrações e crimes cometidos por empresas dentro do país, algo que antes - e apenas no tocante à OWiG - ficava condicionado ao poder discricionário do Promotor de Justiça responsável pela análise do cometimento ilícito em cada estado federado. Assim, tomando conhecimento de um crime, de acordo com o novo projeto de lei (*VerSanG*), o Ministério Público estaria obrigado a atuar. Esse entendimento já fora declarado no contrato de coalizão dos partidos políticos atuantes no governo em 2018: "Ao nos afastarmos do princípio da oportunidade da lei de infração administrativa anteriormente relevante, garantiremos uma aplicação uniforme da lei em todo o país. Através de regulamentos processuais claros, estamos também aumentando a segurança jurídica para as empresas envolvidas. Ao mesmo tempo, criaremos regulamentos específicos sobre a suspensão dos processos, a fim de dar ao judiciário a flexibilidade necessária para o mesmo".⁵

Um dos grandes desafios surgidos com a introduzida mudança do princípio da legalidade e abandono do da oportunidade, teria sido a necessidade de atuação do Ministério Público quando do cometimento de infrações não necessariamente significativas, o que poderia levar ao engessamento da máquina judiciária pelo excessivo acúmulo de trabalho sem grande representação para esse órgão, como também para a Magistratura, e as autoridades de investigação.

Contraditório nos parece o fato de o projeto de lei (*VerSanG*) haver regulado exceções ao cumprimento do princípio da legalidade (§§35-42 *VerSanG*), incluindo a possibilidade de não atuação da autoridade de acusação em casos explícitos. Entre eles incluem-se a possibilidade de sua não-atuação em casos de falência da pessoa jurídica (§39 *VerSanG*), em crimes empresariais relacionados ao Direito da Concorrência (§42 *VerSanG*), em sanções esperadas advindas do exterior (§38 *VerSanG*), tanto quanto em casos em que sejam levadas a cabo investigações internas nas empresas (§41 *VerSanG*).

§ 152 Abs. 2 Strafprozessordnung - Legalitätsgrundsatz Sie (Staatsanwaltschaft) ist, soweit nicht gesetzlich ein anderes bestimmt ist, verpflichtet, wegen aller verfolgbaren Straftaten einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen.

⁵ Rotsch/ Mutschler/ Grobe: CCZ 2021, p. 9: "Durch die Abkehr vom Opportunitätsprinzip des bislang einschlägigen Ordnungswidrigkeitenrechts sorgen wir für eine bundesweit einheitliche Rechtsanwendung. Durch klare Verfahrensregelungen erhöhen wir zudem die Rechtssicherheit der betroffenen Unternehmen. Zugleich werden wir spezifische Regelungen über Verfahrenseinstellungen schaffen, um der Justizpraxis die notwendige Flexibilität in der Verfolgung einzuräumen."

Segundo a doutrina majoritária, por razões de eficiência e praticidade, faria sentido ater-se à aplicação comprovada do princípio da oportunidade no contexto de processos cuja pena fosse a de multa administrativa.⁶

3. Aumento da Responsabilidade Empresarial por Falha do Sistema de Compliance

A avaliação do risco de conformidade, também chamada no jargão empresarial de *compliance risk assessment (CRA)* é o cerne de todo sistema de compliance. Através da sua condução, riscos sistemáticos empresariais podem ser identificados, quantificados, avaliados, priorizados e contra-medidas podem ser implementadas, evitando com isso o cometimento de infrações.⁷ Os riscos identificados resultam ou do descumprimento de regras empresariais internas, às quais funcionários estão obrigados a cumprir, ou da possível inadequação da sua aplicação, na pior das hipóteses, da direta infração às leis vigentes.

Inexiste atualmente lei que obrigue à condução de avaliações de riscos de conformidade.⁸

Em cumprimento ao princípio da legalidade nasce no entanto para a gerência, a obrigação da condução de *compliance risk assessments*, que se propriamente e bem conduzidos levam em conta critérios geográficos, financeiros internos, de riscos relacionados à comercialização de produtos fabricados, ao tamanho da empresa, este diretamente relacionado ao número de funcionários empregados, à organização interna, às infrações eventualmente cometidas no passado, seus parceiros de negócios, citando apenas alguns. A inexistência de um CRA pode levar à responsabilização civil do diretor ou do gerente geral de uma empresa.⁹ O produto desse trabalho deve identificar para a gerência de forma precisa e clara quais os riscos legais que precisam ser mitigados ou, em sendo possível, eliminados.

O acima exposto foi reconhecido pelo legislador do projeto de lei *VerSanG*, que levou em consideração medidas de Compliance preventivas e repressivas no § 15 Abs. 3 Nr. 6

⁶ Rotsch/ Mutschler/ Grobe: CCZ 2021, p. 10.

⁷ Grunert: CCZ 2020, p. 71.

⁸ No Direito Societário Alemão, algumas condições ou exigências básicas nascem da aplicação da regra segundo a qual a diretoria executiva de uma sociedade anônima, bem como o diretor administrativo de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada, devem administrar a empresa com a diligência de um gerente prudente e consciente. Conseqüentemente, esses são obrigados a organizar e controlar a sociedade de tal forma, que não ocorram infrações a leis ou regulamentos internos, em cumprimento ao princípio da legalidade.

⁹ § 93 Abs. 1 S. 1 AktG; §43 Abs. 1 GmbH; LG München I BeckRS 2014, 1998 - Neubürger.

VerSanG.¹⁰ Um dos objetivos do projeto foi criar incentivos legalmente seguros para empresas.¹¹ O legislador pretendia alcançá-los levando em conta as estruturas de Compliance ao avaliar sanções.¹²

Incluídas como medidas de incentivo na redução da pena foram elencadas todas as preventivas implementadas anteriormente ao cometimento da infração com o objetivo de prevenir crimes empresariais, não necessariamente aqueles objeto de sanção. Adicionalmente, o § 15 Abs. 3 Nr. 6 *VerSanG* incluiu como incentivo na redução da pena todas as medidas preventivas aplicadas com o intuito no descobrimento de infrações empresariais. Com isso, sistemas de verificação de riscos implementados anteriormente ao cometimento de crimes teriam o condão de mitigar penas a serem aplicadas, mas apenas se conduzissem à formação de sistemas de compliance eficientes. Do contrário, a pena poderia ser aumentada. Ou seja, não bastaria fazer. Seria preciso fazer direito. Nesse contexto, *compliance risk assessments* ganhariam ainda maior relevância.

De acordo com a exposição de motivos da *VerSanG*, o fato de uma infração ter sido cometida por uma empresa, no entanto, não depõe *a priori* contra a seriedade do esforço para evitar ofensas por parte da mesma, já que nem mesmo o cumprimento ideal pode impedir que líderes individuais cometam crimes.¹³ Nesses casos, poder-se-ia fazer uma mitigação substancial das sanções.

Se, por outro lado, houvesse déficits no cumprimento do estabelecido através do sistema de Compliance e a ofensa empresarial tivesse sido impedida ou dificultada significativamente pelo cumprimento adequado, somente a prova do esforço fundamental da empresa para cumprir com o que é legal poderia ser reconhecido em seu favor, podendo a redução das sanções ser menor, na melhor das hipóteses.¹⁴

Se as alegadas medidas de compliance só servissem para encobrir estruturas delinquentes, isto poderia ter o efeito de agravar a sanção (por exemplo, sob o aspecto da

¹⁰ § 15 Abs. 3 Nr. 6 *VerSanG*, 2020: *Bemessung der Verbandsgeldsanktion*

(3) *Bei der Bemessung wägt das Gericht Umstände, insoweit sie für und gegen den Verband sprechen, gegeneinander ab. Dabei kommen insbesondere in Betracht: 6. vorausgegangene Verbandstaten, für die der Verband nach § 3 Absatz 1 verantwortlich ist, sowie vor der Verbandstat getroffene Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Verbandstaten.*

¹¹ Exposição de Motivos, Projeto de Lei *VerSanG*: 2020, p. 1.

¹² Exposição de Motivos, Projeto de Lei *VerSanG*: 2020, p. 1.

¹³ Exposição de Motivos, Projeto de Lei *VerSanG*: 2020, p. 95.

¹⁴ Exposição de Motivos, Projeto de Lei *VerSanG*: 2020, p. 95.

natureza relacionada à associação do delito). Mesmo quando a administração (por exemplo, a diretoria de uma sociedade anônima) estivesse envolvida em infrações empresariais e, portanto, estaria claro que ela mesma não sustentaria as normas de compliance que estabelece, sua consideração atenuante não seria regularmente levada em consideração.¹⁵

Também medidas repressivas levadas a cabo com o objetivo de ajustamento de sistemas falhos de compliance pela empresa seriam consideradas medidas atenuantes na aplicação da pena, de acordo com o previsto no § 15 Abs. 3 Nr. 7 *VerSanG*.¹⁶ Aqui incluem-se medidas corretivas e que levassem ao melhoramento e desenvolvimento do sistema de conformidade já implementado. Acessoriamente, a empresa também poderia ser beneficiada se auto-comunicasse atos criminosos praticados diretamente à autoridade pública.¹⁷

4. Conclusões e Perspectivas

Ao legislador foi dado acesso a diversas sugestões de estatutos para a criação de lei que regulasse a responsabilização por infrações e crimes causados pela pessoa jurídica.

No tocante à inserção do princípio da legalidade, a prática das autoridades de acusação seria exercida de maneira diversa em cada estado federado, em virtude da maior ou menor disponibilização de recursos, incluindo o de pessoal.

Embora tenha o legislador tentado garantir segurança à empresas no que tangesse à possibilidade de diminuição na aplicação da pena através da efetiva implementação de um sistema de compliance, a totalidade das mudanças que seriam introduzidas se o projeto tivesse se tornado lei não foi objeto de análise desse artigo, sendo avaliada a aqui redigida como positiva.

Se e até que ponto um regime regulatório comparável será introduzido na Alemanha, ainda pende de decisão, especialmente em vista das próximas eleições federais de 2021 para o Parlamento.

De qualquer modo, o projeto do governo de 16 de junho de 2020 fracassou.

¹⁵ Exposição de Motivos, Projeto de Lei *VerSanG*: 2020, p. 95.

¹⁶ § 15 Abs. 3 Nr. 7 *VerSanG*, 2020: *Bemessung der Verbandsgeldsanktion*

(3) *Bei der Bemessung wägt das Gericht Umstände, insoweit sie für und gegen den Verband sprechen, gegeneinander ab. Dabei kommen insbesondere in Betracht: 7. das Bemühen des Verbandes, die Verbandstat aufzudecken und den Schaden wieder- gutzumachen, sowie nach der Verbandstat getroffene Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Verbandstaten.*

¹⁷ Exposição de motivos, Projeto de Lei *VerSanG*: 2020, p. 96.

