

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

GISLANE TESTI COLET

**REFLEXOS DAS PRÁTICAS DE *COMPLIANCE* NA CARACTERIZAÇÃO DO
ELEMENTO SUBJETIVO NA OMISSÃO IMPRÓPRIA DO GARANTIDOR**

BELO HORIZONTE

2021

GISLANE TESTI COLET

**REFLEXOS DAS PRÁTICAS DE *COMPLIANCE* NA CARACTERIZAÇÃO DO
ELEMENTO SUBJETIVO NA OMISSÃO IMPRÓPRIA DO GARANTIDOR**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em
Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
como requisito parcial para a obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Coelho Colen

Área de concentração Democracia, Liberdade e Cidadania.

BELO HORIZONTE

2021

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

C694r Colet, Gislane Testi
Reflexos das práticas de *compliance* na caracterização do elemento subjetivo na omissão imprópria do garantidor / Gislane Testi Colet. Belo Horizonte, 2021.
95 f.

Orientador: Guilherme Coelho Colen
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Direito ambiental. 2. Tipicidade. 3. Direito penal econômico. 4. Imputação. 5. Compliance. 6. Responsabilidade penal. 7. Empresários - Aspectos jurídicos I. Colen, Guilherme Coelho. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 343.5

Ficha catalográfica elaborada por Rosemary Hosken- CRB 6/3170

GISLANE TESTI COLET

**REFLEXOS DAS PRÁTICAS DE *COMPLIANCE* NA CARACTERIZAÇÃO DO
ELEMENTO SUBJETIVO NA OMISSÃO IMPRÓPRIA DO GARANTIDOR**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em
Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
como requisito parcial para a obtenção do título de mestre.

Área de concentração Democracia, Liberdade e Cidadania.

Prof. Dr. Guilherme Coelho Colen – PUC Minas (Orientador)

Carlos Roberto Cintra Bezerra Brandão (PUC)

Carlos Augusto Canedo Gonçalves da Silva (UFMG)

Henrique Viana Pereira (PUC – Suplente)

Belo Horizonte, 09 de fevereiro 2021

AGRADECIMENTOS

A todos os professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas pelos ensinamentos indispensáveis a minha formação acadêmica, especialmente ao Professor Doutor Guilherme Coelho Colen, pela orientação e apoio no desenvolvimento do presente trabalho.

Aos colegas do Programa de Pós-Graduação pela convivência tão agradável e pela troca de experiências tão engrandecedoras.

Agradeço a minha família pelo apoio incondicional e a Deus infinitamente pelas contínuas bênçãos.

RESUMO

A sociedade atual deposita no Direito Penal parte de suas expectativas de gestão dos riscos que lhe são inerentes, levando, no ambiente empresarial, a ampliação do uso da omissão imprópria como ferramenta de atribuição de responsabilidade penal do empresário, como garante de evitação desses riscos. O empresário se encontra na posição de garantidor, devendo manter os riscos oriundos da fonte de perigo empresa dentro dos limites permitidos. O ambiente empresarial apresenta características próprias que impactam a análise da responsabilidade penal, dada a existência de descentralização, coordenação e delegação de atividades e decisões, em estruturas horizontais e verticais. Nesse contexto, o presente estudo teve como objeto a análise dos reflexos das práticas de *compliance* na aferição do elemento subjetivo do garantidor, nos casos caracterizados como de omissão imprópria. Seu objetivo foi compreender como as práticas de *compliance* repercutem na responsabilidade penal do garantidor especialmente em relação a tipicidade subjetiva. Valendo-se do método hipotético dedutivo, a partir de estudos doutrinários, verificou-se que as práticas de *compliance* desenvolvidas no âmbito das instituições – públicas ou privadas – têm por finalidade fazer cumprir as normas legais e diretrizes políticas estabelecidas para as respectivas atividades, identificando e corrigindo os desvios, prevenindo riscos e os mantendo dentro dos limites permitidos. Em razão dessas finalidades, concluiu-se que os programas de conformidade, se efetivamente desenvolvidos, podem ser empregados como instrumento apto a afastar a incidência típica, por permitir constatar-se a ausência de dolo.

Palavras-Chave: Ambiente Empresarial. Omissão Imprópria. *Compliance*. Tipicidade Subjetiva.

ABSTRACT

The current society deposits in Criminal Law part of its expectations of risk management that are inherent to it, leading, in the business environment, the expansion of the use of improper omission as a tool for attributing criminal liability to the entrepreneur, as a guarantor of avoidance of these risks. The entrepreneur is in the position of guarantor, and must keep the risks arising from the source of danger to the company within the permitted limits. The business environment has its own characteristics that impact the analysis of criminal responsibility, given the existence of decentralization, coordination and delegation of activities and decisions, in horizontal and vertical structures. In this context, the present study aimed to analyze the effects of compliance practices in assessing the guarantor's subjective element, in cases characterized as improper omission. Its objective was to understand how compliance practices affect the guarantor's criminal liability, especially in relation to subjective typicality. Using the hypothetical deductive method, based on doctrinal studies, it was found that the compliance practices developed within the institutions - public or private - aim to enforce the legal rules and political guidelines established for the respective activities, identifying and correcting deviations, preventing risks and keeping them within the permitted limits. Because of these purposes, it was concluded that compliance programs, if effectively developed, can be used as an instrument capable of removing typical incidence, as it allows for the absence of deception.

Keywords: Business Environment. Improper Omission. Compliance. Subjective Typicality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 SOCIEDADE DE RISCO, RISCO EMPRESARIAL E COMPLIANCE	11
1.1 Risco empresarial.....	13
1.2 Expansão na omissão imprópria	16
1.3 <i>Compliance</i> : breve esboço histórico.....	18
1.3.1 <i>Compliance</i> : conceito e finalidades.....	21
1.3.2 <i>Compliance</i> obrigatório e <i>non-compliance</i>	23
1.3.3 Aspectos práticos.....	27
1.3.4 Parâmetros de efetividade do <i>compliance</i>	30
2 OMISSÃO IMPRÓPRIA E COMPLIANCE	35
2.1 Conceito de omissão	37
2.1.2 Omissão própria e omissão imprópria.....	38
2.2 Posição de garantidores.....	39
2.2.1 Fundamento material da posição de garantidor.....	39
2.2.2. Espécies de garantidores.....	45
a) Garantidores de proteção.....	46
b) Garantidores de vigilância.....	46
c) Garantidores por assunção	46
d) Garantidores por ingerência.....	47
2.2.3 Posição de garantidor dos dirigentes de empresas.....	48
2.2.4 A posição de garantidor do <i>Compliance Officer</i>	53
2.3 Demais pressupostos objetivos da omissão imprópria.....	55
2.3.1 Situação típica, resultado, possibilidade de agir.....	55
2.3.2 Causalidade e imputação objetiva.....	58
3 COMPLIANCE E TIPICIDADE SUBJETIVA	62
3.1 Elemento subjetivo no Finalismo.....	63
3.2 As teorias do dolo.....	64
3.3 Espécies de dolo.....	66
3.4 O dolo na omissão imprópria.....	70
3.4.1 Compatibilidade do dolo eventual e a posição de garante.....	72
3.4.2 Cegueira deliberada do garante.....	74
3.5 Influência do <i>compliance</i> na aferição da tipicidade subjetiva.....	78
3.5.1 <i>Compliance</i> e o dolo.....	78
3.5.2 <i>Compliance</i> e culpa.....	84
3.5.3 <i>Compliance</i> e o trato do erro.....	85
4 CONCLUSÃO	91
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	94

INTRODUÇÃO

Toda teoria jurídica deve ser, direta ou indiretamente, conforme afirma Luis Grego¹, uma resposta a um problema concreto. Inspirando-se nesta afirmação, e acreditando que ela também é aplicável a pesquisa acadêmica, pretendemos com o presente trabalho oferecer uma contribuição, ainda que introdutória, sobre os reflexos das práticas de *compliance* na caracterização do elemento subjetivo na omissão imprópria do garantidor.

Embora muito tenha sido escrito sobre o tema, há ainda espaço para a discussão, tendo o objeto de investigação inegável importância neste momento em que o *compliance* ganha evidência no cenário nacional, especialmente após investigações envolvendo grandes empresas².

Sobre o prisma teórico, não obstante a literatura há muito já tenha se ocupado de tais categorias – omissão imprópria, tipicidade subjetiva e *compliance* – pouco se encontra discutido sobre a influência dos programas de integridade na aferição da tipicidade, pressuposto indispensável a aplicação da sanção penal.

Do ponto de vista prático, a análise da responsabilidade penal do garante com foco na tipicidade subjetiva, quando presentes tais programas, se mostra relevante, pois além dos riscos inerentes a atividade empresarial, o garantidor ainda estará diante de uma vasta série de condutas tipificadas cuja amplitude – ou vagueza – dificultam ainda mais a sua já complexa tomada de decisões no ambiente corporativo, marcado pela divisão de competências e atividades.

Tendo isso em mente, parte-se do seguinte questionamento: podem as práticas de *compliance* afetar a responsabilidade penal, nos casos de omissão imprópria, daqueles que se encontram na posição de garantidores, afastando a tipicidade subjetiva?

A hipótese estabelecida, levando-se em consideração as finalidades do *compliance*, sintetiza-se na seguinte assertiva: na medida em que as práticas de *compliance* desenvolvidas no âmbito das instituições – públicas ou privadas – têm por finalidade fazer cumprir as normas legais e diretrizes políticas estabelecidas para as respectivas atividades, identificando e corrigindo os desvios, prevenindo riscos e os mantendo dentro dos limites permitidos, não há como se atribuir dolo omissivo ao garante, quando, a despeito da adoção das medidas devidas e possíveis, há afetação do bem jurídico.

¹ GREGO, Luis. **Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**. São Paulo: Marcial Pons, 2018

² Nos referimos aqui a Operação Lava-jato e suas diversas fases.

Para investigar o objeto proposto, o trabalho foi estruturado em três capítulos, com emprego do método hipotético dedutivo, partindo-se de aspectos mais gerais até se chegar ao objetivo específico do estudo.

Como introdução a temática, o primeiro capítulo se destinou a contextualização do ambiente em que se manifesta o objeto de investigação, ou seja, o ambiente empresarial na atual sociedade de risco, onde se vê ampliar a responsabilização por omissão imprópria. Traz-se ainda os conceitos e finalidades do *compliance* e parâmetros mínimos do que se poderia entender por um programa de integridade efetivo.

No segundo capítulo são tratados os pressupostos objetivos da omissão imprópria, especialmente as posições de garantidores, e sua relação com o *compliance*.

Esses dois primeiros capítulos, em verdade, cuidaram de sistematizar um pouco do que já existe na doutrina sobre o tema, desenvolvidos de forma mais descritiva que argumentativa, mas como um lastro necessário, um percurso construtivo para sustentar o raciocínio que se segue no terceiro capítulo, que se dedica ao ponto central da pesquisa.

No terceiro capítulo, finalmente, tratamos dos reflexos das práticas de *compliance* na caracterização do elemento subjetivo na omissão imprópria do garantidor, partindo-se do paradigma Finalista, ou seja, o elemento subjetivo enquanto estruturante da tipicidade.

Ao longo da redação do trabalho trouxemos diversas notas de rodapé, não apenas para indicar a fonte de determinada ideia lançada no corpo do texto, mas também para permitir ao leitor acompanhar o raciocínio desenvolvido ao longo da pesquisa.

A pretensão final é a de ao menos iniciar o debate sobre a necessidade de se considerar o *compliance* na filtragem e racionalização do poder punitivo estatal.

I SOCIEDADE DE RISCO, RISCO EMPRESARIAL E COMPLIANCE

Nossa sociedade atual tem sido continuamente denominada como “sociedade de riscos”³. Segundo Silva Sanchez, ela é caracterizada, basicamente, por um âmbito econômico rapidamente variante e pelo aparecimento de avanços tecnológicos sem paralelo em toda a história da humanidade⁴.

Essa velocidade no avanço tecnológico acabar por gerar expectativas sociais de contenção de riscos nem sempre alcançáveis. Amplia-se, quase na mesma medida, a complexidade das relações sociais e a demanda pela proteção de novos direitos.

A globalização da informação acaba por globalizar também os problemas, ao menos em termos de percepção social.

A aceleração do ritmo de vida pela revolução das comunicações que produz uma avalanche de informações, tem contribuído para o aumento da sensação social de insegurança, aumentando a sensibilidade social aos riscos e distorcendo sua noção em relação aos riscos reais⁵.

A sociedade pós-industrial⁶ é, além da “sociedade de risco” tecnológico, uma sociedade com outras características individualizadoras que contribuem à sua caracterização como uma sociedade de objetiva insegurança⁷.

E nesse contexto, não se concebe mais um modelo social sem a presença das complexas estruturas organizacionais, nas quais a divisão de atribuições no alcance de seus objetivos, não seja característica marcante.

Por outro lado, a sociedade está cada vez menos tolerante aos riscos e coloca, no Direito Penal, suas expectativas de gestão desses riscos. É nesse cenário que o Direito Penal, como

³ “O termo “Sociedade de Riscos”, cunhado por Ulrich Beck, tem sido discutido por filósofos, sociólogos e juristas do mundo inteiro, como a maior problemática da era pós-industrial e moderna, que interage e se correlaciona com os fenômenos da tecnologia e da globalização, e que intimida as gerações humanas futuras”. DIAS, Jorge de Figueiredo *apud* BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal compliance**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p.21.

⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.35.

⁵ Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁶ É de se questionar a atualidade desse termo em relação ao momento atual. “Ao longo do último quarto do século, temos ouvido persistentes afirmações de que as sociedades do mundo ocidental ingressaram em uma nova era de sua história. Essas ideias sugerem que, conquanto ainda sejam, sem a menor dúvida, sociedades industriais, elas passaram por mudanças de tal alcance que não podem mais ser aceitas pelos velhos nomes nem estudadas nos contextos de antigas teorias. Essas sociedades seriam agora, de várias maneiras, “pós-industriais”: “pós-fordistas”, “pós-modernas” e mesmo “pós-históricas”. KUMAR, Krishan. *Da sociedade pós-industrial a pós-moderna*. Novas teorias sobre o mundo contemporâneo. São Paulo: Editora Zahar, 1997, prefácio.

⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.37

instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos especialmente relevantes⁸, ganha novas matizes.

Diante de um mundo globalizado, a sociedade deve entender que será cada vez mais demandada a conviver com riscos muitas vezes inneutralizáveis⁹, e que sua enorme complexidade e diversidade não permitem o alcance de soluções simples, mormente pelo Direito Penal.

Criminalidade organizada, criminalidade internacional e criminalidade dos poderosos são, provavelmente, as expressões que melhor definem os traços gerais da delinquência da globalização¹⁰.

Com efeito, do ponto de vista estrutural, são duas as características mais significativas da criminalidade da globalização. Por um lado, trata-se de uma criminalidade, em sentido amplo, *organizada*. Vale dizer, nela intervêm coletivos de pessoas estruturadas hierarquicamente, seja nas empresas, seja na forma estrita da organização criminal. A dissociação que isso produz entre execução material direta e responsabilidade determina, ainda, que o resultado lesivo possa aparecer significativamente *separado, tanto no espaço como no tempo*, da ação dos sujeitos mais relevantes no plano delitivo. Do ponto de vista material, a criminalidade da globalização é criminalidade de sujeito poderosos, caracterizada pela magnitude de seus efeitos, normalmente econômicos, mas também políticos e sociais. Sua capacidade de desestabilização de mercados, assim como de corrupção de funcionários e governantes, são traços da mesma forma notáveis¹¹. (grifos no original)

Essa visão de insegurança se transporta para o ambiente empresarial, onde a existência de riscos sempre foi inerente, em maior ou menor grau. Isso tem levado a um maior foco sobre os resultados – notadamente quando danosos – de tais atividades, e suas consequências jurídicas, especialmente no âmbito penal.

Conforme aponta Luis Grego, o direito penal brasileiro vive uma salutar reorientação de suas prioridades. Ao lado do chamado direito penal tradicional, ganha espaço um direito

⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.33.

⁹ “Em realidade, faz tempo que os especialistas descartaram a excessivamente remota possibilidade de neutralizar os novos riscos, significando que é preferível aprofundar-se nos critérios de distribuição eficiente e justa dos mesmos – existentes e em princípio não neutralizáveis. O problema, portanto, não radica mais nas decisões humanas que geram riscos, senão também nas decisões humanas que os distribuem”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.37.

¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.103.

¹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.104.

penal que se importa também com ilícitos praticados porque aqueles que historicamente gozavam de certa imunidade diante da persecução penal¹².

E mais uma vez nos dizeres de Silva Sanchez:

A delinquência da globalização é *econômica*, em sentido amplo (ou, em todo caso, lucrativa, ainda que se ponham em perigo outros bens jurídicos). Isso significa que a reflexão jurídico-penal tem pela primeira vez como objeto essencial de estudo delitos claramente diversos do paradigma clássico (o homicídio ou a delinquência patrimonial tradicional). Trata-se de delitos qualificados criminologicamente como *crimes of the powerful*; dos delitos que têm uma regulação legal insuficientemente assentada; e de delitos cuja dogmática se acha parcialmente pendente de elaboração. E tudo isso há de redundarem uma configuração dos mesmos sobre bases significativamente diversas daquelas do Direito Penal clássico (da delinquência passional ou *dos crimes of the powerless*)¹³. (grifos no original)

A “sociedade de risco” ou “da insegurança” conduz, pois, inexoravelmente, ao “Estado vigilante” ou “Estado da prevenção”¹⁴. Nessa quadra – e no que nos interessa no recorte que o presente trabalho se propõe – tem-se levado a transferência de parte dessa necessidade de vigilância aos próprios vigiados¹⁵, do que resulta a atenção que tem se dado aos programas de *compliance* nos últimos anos.

1.1 Risco empresarial

O risco, em diferentes graus, é inerente a atividade empresarial. As agências de investigação¹⁶, quando da apuração de responsabilidades por resultados danosos, devem levar essa realidade em conta, sob pena de nos aproximarmos de uma criminalização indireta da atividade empresarial, se afastando cada vez mais de um Direito Penal Liberal.

O que se tem como risco permitido, tem variado ao longo da história e do avanço tecnológico. Arrisca-se dizer que quanto mais avanço tecnológico houver, menor serão os riscos permitidos, ante a ideia de que tal avanço tem – proporcionalmente – a capacidade de contê-

¹² GREGO, Luis. Prefácio. ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.99.

¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.165, aspas no original.

¹⁵ “O Direito Penal surgido para estabilizar as sociedades industriais não está apto à solução dos problemas da sociedade moderna. Impõem-se agora, ao Direito Penal, também a tarefa de acompanhar as mudanças ocorridas nos paradigmas sociais, inclusive com alteração das polícias e estratégias preventivas públicas”. FEIJOO SÁNCHEZ, *apud* BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal compliance**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p.43.

¹⁶ Aqui nos referimos, de modo amplo, a todos aqueles que são legitimados a conduzir investigações, tais como, além das polícias (civil e federal), também o Ministério Público e Receita Federal.

los. Se em certo momento da história, riscos desmedidos foram admitidos em nome do progresso, não é mais isso que se verifica.¹⁷

Ainda nas palavras de Silva Sanchez:

Como é sabido, o conceito de risco permitido expressa uma ponderação dos custos e benefícios da realização de uma determinada conduta. Mas também é evidente que tal cálculo depende de uma valoração prévia, na que necessariamente se haverá de incluir como premissa maior a autocompreensão da sociedade e a ordem relativa a valores (ou preferências) na qual aquela se plasme. Na mudança significativa da autocompreensão social produzida nas últimas décadas se encontra, pois, a base também da modificação do produto do referido cálculo. Assim, a diminuição dos níveis de risco permitido é produto direto da sobrevalorização essencial da segurança – ou liberdade de não padecer – diante da liberdade de ação. Ou, em outro sentido, da concepção de muitas liberdades “liberdade perigosas”. Tal predomínio é característica de uma sociedade de sujeitos pacientes mais que de agentes¹⁸.

O risco, seu surgimento, criação e desenvolvimento são, por assim dizer, peças chaves para a compreensão penal econômica¹⁹, e por mais que a tecnologia avance, sempre existirão riscos que escaparão mesmo as previsões mais ousadas, riscos que podem se converter em danos.

Além disso, a análise e o mapeamento desses riscos – atividades próprias do *compliance* como adiante veremos – nem sempre alcançarão todas as possibilidades de práticas ilícitas no ambiente empresarial, especialmente se considerarmos duas ordens de condutas criminosas que podem se verificar, os delitos praticados *na* empresa e *pela* empresa.

¹⁷ Nesse sentido: “...a industrialização, no âmbito da dogmática jurídico-penal, havia trazido consigo a construção do conceito de *risco permitido* como limite doutrinário (interpretativo) a incriminação de condutas, assim como a determinação de seu alcance básico. Em linhas gerais, a ideia era a seguinte: a coletividade há de pagar o preço do desenvolvimento, admitindo que as empresas não adotam as máximas medidas de segurança nem empregam materiais de máxima qualidade. Do contrário, não se poderá obter o benefício que permitia a acumulação de capital necessário para a reinversão e crescimento; ou então não progredirá no ritmo esperado. E isso se deve admitir ainda que se saiba de antemão, e já não mais de modo genérico, que se produzirão lesões e mortes, senão que especificamente em uma determinada indústria elas haverão de ocorrer. Pelo contrário, na sociedade da pós-industrialização se constata com clareza uma tendência de retrocesso da incidência da figura do risco permitido. Dessa maneira, se há um século o estado de coisas predominante no pensamento europeu “desenvolvimentista” podia aproximar-se à máxima “*navegar necesse est, vivere non necesse*”, neste momento – em que poucos “navegam”, isto é, apostam decididamente pelo desenvolvimento – debate-se em torno da prioridade da necessidade de “viver” e, por extensão, a redução das fronteiras do risco permitido”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.54.

¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.55.

¹⁹ SILVEIRA, Renato M. J. **Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: Ed. D’Plácido 2018. p.36.

Esses últimos, relacionados a atividade fim, ao objeto social da pessoa jurídica são o foco dos programas de *compliance*, assim como as atividades meios, e as relações dos gestores com colaboradores e demais *stakeholders*²⁰.

Por outro lado, dado o ambiente coletivo, que nas grandes empresas se mostra complexo e com diversidade de indivíduos – e suas idiossincrasias – não há como se esperar que o gestor, enquanto garante²¹, tenha condições de antever e evitar todo e qualquer ilícito que possa se concretizar *no* ambiente empresarial.

Quando se fala em responsabilidade empresarial, a noção do risco empresarial se mostra umbilicalmente afetada. No entanto, quando esse risco é trazido para a seara penal e passa a se mostrar como fator distintivo da virtude e do crime, a questão ganha complexidade bastante distinta²².

A noção de sociedade de risco, e o próprio conceito de risco permitido em Direito Penal, são muito próximos da questão do perigo, e muito mais da atividade empresarial em si²³. As noções probabilísticas, as avaliações de ocorrência danosa, bem como o risco tolerável e o perigo penalmente relevante, hão, em última análise, de se mostrar como definidores da intervenção penal²⁴.

Então eis o cenário que se apresenta: vivemos em uma sociedade onde os riscos são inevitáveis; o risco é inerente – em maior ou menor grau – à atividade empresarial; a sociedade tolera cada vez menos os riscos e tem uma sensação de insegurança maior que a insegurança real. Tudo isso tem levado a ampliação da busca do Direito Penal – especialmente pela sua força simbólica²⁵ – como gestor desses riscos sociais, que por sua vez, tem contribuído, entre outros fatores, pelo que se tem denominado de expansão do Direito Penal.

²⁰ “*Stakeholder* é um termo da língua inglesa que tem como significado “grupo de interesse”. Fazem parte deste grupo pessoas que possuem algum tipo de interesse nos processos e resultados da empresa. Um dos criadores do termo foi o filósofo Robert Edward Freeman. Ele definia a palavra *stakeholder* como os grupos que podiam afetar ou serem afetados pelos objetivos da organização. Esses interesses podem ser, além dos processos e resultados, no planejamento dos projetos ou negócios, de modo positivo ou negativo. A quantidade de *stakeholders* demonstram a visibilidade e a importância que os projetos da empresa possui”. Disponível em: < <https://www.dicionariofinanceiro.com/o-que-sao-stakeholders/> > Acesso em 01 out 20.

²¹ A sistematização das condições de garante do empresário e dos gestores é realizada no capítulo seguinte.

²² SILVEIRA, Renato M. J. **Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: Ed. D’Plácido 2018. p.134.

²³ SILVEIRA, Renato M. J. **Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: Ed. D’Plácido 2018. p.135.

²⁴ SILVEIRA, Renato M. J. **Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: Ed. D’Plácido 2018. p.135.

²⁵ Deve ser entendido como *simbólico*, na linha de Hassemer, aquele “*atributo que uma norma penal apresenta, segundo o qual as funções latentes da norma suplantam suas funções manifestas de maneira a gerar a expectativa de que o emprego e o efeito da norma concretizam uma situação diversa da anunciada pela própria norma.*” HASSEMER, Winfried *apud* COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. Crimes omissos impróprios: tipo e imputação objetiva. Belo Horizonte: Ed. D’Plácido, 2017. p.226. Para Tavares, o uso do simbólico serve tão

No âmbito empresarial essa expansão tem se dado especialmente por meio da figura da omissão imprópria.

1.2 Expansão na omissão imprópria

Os aspectos da expansão do Direito Penal ganharam especial repercussão com a obra do autor espanhol Jesús-Maria Silva Sanchez, para quem a criação de novos bens-jurídico-penais, a ampliação dos espaços de riscos jurídicos-penalmente relevantes, a flexibilização das regras de imputação e a relativização dos princípios político-criminais de garantia não seriam mais do que aspectos dessa tendência geral, a qual cabe referir-se como o termo “expansão”²⁶.

A identificação do fenômeno da expansão do Direito Penal lastreia-se em alguns primados. Inicialmente, constata-se uma certa ingerência da sociedade de risco²⁷. A partir daí percebe-se uma nova diagramação penal²⁸.

Para Juarez Tavares²⁹, a verdadeira ascensão dos delitos omissivos impróprios só começa a marcar presença quando se substitui a lesão ao direito subjetivo, gradativamente, pela responsabilidade decorrente do resultado produzido. Em lugar da lesão ao direito subjetivo³⁰, insere-se na estrutura do delito a lesão de bem jurídico.

Essa mudança de estrutura pode parecer como se fora uma evolução natural da dogmática, mas, na verdade, ela deriva de uma alteração de rumos da política criminal³¹. Os

somente para ocultar o déficit de legitimidade e racionalidade da norma penal que não corresponde a um resultado lesivo concreto, tão somente a um perigo abstrato. A presunção de ocorrência de um dano em potencial leva o legislador a elaborar normas que valem por si mesmas, sem uma referência empírica com a necessidade ou utilidade social. TAVARES, Juarez, *apud* COSTA, Victor, op. cit. p.227.

²⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.28.

²⁷ Para Silva Sanchez, os aspectos da expansão do Direito Penal sofrem espetacular impulso devido a dois fenômenos que se mostram como típicos das sociedades pós-industriais: a globalização econômica e a integração supranacional, características da sociedade atual, considerada como sociedade de risco. Cf SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.97.

²⁸ SILVEIRA, Renato M. J. **Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: Ed. D’Plácido 2018. p.44.

²⁹ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p.38.

³⁰ “Feuerbach compreendia o delito como uma lesão de direito subjetivo e não como produção de um determinado resultado. O postulado dominante era de que a responsabilidade do sujeito por sua conduta não deveria decorrer do resultado que essa conduta pudesse, em concreto, produzir, senão, simplesmente, de sua contrariedade a uma norma que a disciplinasse. É preciso ressaltar, no entanto, que a lesão jurídica não era medida simplesmente pela grandeza da contrariedade ao dever, nem pela imoralidade da conduta, como se poderia imaginar com a eliminação do resultado, mas sim pela capacidade lesiva da conduta em face da constituição do direito subjetivo”. TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p.38.

³¹ “Da mesma forma, a pena que tinha uma natureza puramente compensatória – valia como restauração do direito – se vincula a um fim preventivo. Diante desse quadro, era compreensível que o direito penal se transformasse para admitir, primeiramente, uma nítida separação entre ação e resultado e, depois, que esse resultado, que correspondia a uma lesão de bem jurídico, também pudesse ser produzido por omissão. Isso conduz ao fortalecimento das bases normativas para justificar a responsabilidade pelo resultado e, conseqüentemente, ao

preceitos de liberdade de contratar, que serviam de base para eliminar os resquícios do Estado feudal e assegurar a livre concorrência, cedem terreno para os fins próprios da produção industrial.³²

Na atualidade, a expansão caminha agora em direção a criminalização do *não fazer*, por meio de figuras omissivas próprias e impróprias. A primeira geração do Direito Penal dito moderno com vistas a proteção de bens supraindividuais – por meio do emprego de normas penais em branco, crimes de perigo abstrato e delitos de acumulação – se direciona agora para uma segunda geração, que lança mão das figuras omissivas, especialmente na área afeta ao que se denomina Direito Penal Econômico.³³

Nos dizeres de Renato Silveira³⁴:

A análise do Direito Penal da sociedade de risco pode se dar em diferentes frentes. Existe, por certo, um processo de criminalização que, com escopo de novéis tipificações, acaba por fortalecer novos desenhos penais, dos quais se sobressaem tipificações abstratas, de perigo, com uso de acessoriedade administrativa e, especialmente, com isso destacado uso de figuras omissivas. Mais do que isso, verifica-se um amparo significativo no uso da omissão imprópria, ou comissão por omissão, ampliando-se inegavelmente o espectro de imputação penal.

A responsabilidade em comissão por omissão, submetida em nosso âmbito a precisas exigências com vocação de aplicação restritiva (sobre a ideia básica da identidade estrutural no plano normativo com a comissão ativa), está se transformando ao aplicar-se ao âmbito dos delitos de empresa ou de estruturas organizadas (como infração do dever de vigilância)³⁵.

Para Victor Costa, a expansão dos crimes omissivos impróprios está relacionada a impossibilidade do Estado de regular todos os atos da vida social, em especial os atinentes ao exercício da atividade econômica, âmbito por excelência do incremento da intervenção penal por omissão³⁶.

Assim, considerando tal cenário fático-social de risco em amplo sentido, somada a tendência expansiva do uso da omissão imprópria, especialmente no âmbito dos ilícitos

incremento dos delitos que incorporam violações de proibições e deveres. Como decorrência dessa reformulação de perspectivas da política criminal e, por extensão, do direito penal, os códigos penais do século XIX e a respectiva dogmática penal começam a tratar, a princípio, timidamente e, depois, em larga escala, dos delitos omissivos impróprios". TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p.38-39.

³² TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p.38.

³³ Nesse sentido, conferir SILVEIRA, Renato M. J. **Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte, 2018.

³⁴ SILVEIRA, Renato M. J. **Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido 2018. p.21.

³⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.117.

³⁶ COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. **Crimes omissos impróprios: tipo e imputação objetiva**. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2017. p.254.

empresariais, temos como alçadas preciosas razões para a análise da importância das ferramentas de *compliance*.

Conforme aponta Silveira³⁷, a avaliação hodierna dos problemas relativos à omissão em Direito Penal, e em especial pelo Direito Penal Empresarial, passa, necessariamente, pela noção de deveres de organização da própria entidade empresarial. Os parâmetros de funcionalidade e administração – os quais hoje acabam por sustentar toda a avaliação dos *compliance programs* – devem ser considerados para que se possa ter em conta a própria medida de responsabilização criminal por omissões dadas dentro do ambiente corporativo.

Nesse esteio, a prevenção, uns dos objetivos primordiais do *compliance*, ganha especial relevo quando se trata da responsabilidade criminal, uma vez que as sanções decorrentes da aplicação desta seara do Direito, ultrapassam o aspecto patrimonial, e podem atingir o indivíduo naquilo que lhe é mais caro, sua liberdade.

1.3 *Compliance*: breve esboço histórico³⁸

No âmbito internacional a ideia de programas de conformidade surgiu no início do século passado, embora apenas nos últimos anos tenha ganhado atenção no Brasil.

A origem dos Programas de *Compliance* remonta ao ano de 1913, quando o Banco Central norte-americano estabeleceu normas que objetivavam uma maior coesão do sistema financeiro. Encontra na doutrina seu início atribuído ao *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) pelo Governo dos Estados Unidos da América em 1977, momento em que o pano de fundo era o escândalo de corrupção conhecido como Watergate³⁹.

Referida lei estabelecia severas penalidades para as empresas que se valessem da corrupção de oficiais de governos estrangeiros para expandir seus negócios, o que na prática também resultou na perda de competitividade em relação às empresas não submetidas a esta pelo resto do mundo⁴⁰.

Após a crise de 1929, e todas as tentativas de regulação do mercado de capitais a partir de então, tem-se que, com casos emblemáticos dados nos fins do século passado, como os

³⁷ SILVEIRA, Renato M. J. **Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2018. p.77.

³⁸ Uma “linha do tempo” completa sobre as ocorrências históricas que levaram a caracterização do instituto como visto hoje, pode ser encontrada em documento consultivo da Associação Brasileira de Bancos Internacionais (ABBI). Disponível em: <<http://www.abbi.com.br/funcaoodecompliance.html>> Acesso em: 03 jun. 20.

³⁹ LOPES, L.S; MARTINS, A.J. **Direito Penal Econômico**. Belo Horizonte: D'Plácido: 2017. p.461.

⁴⁰ LOPES, L.S; MARTINS, A.J. **Direito Penal Econômico**. Belo Horizonte: D'Plácido: 2017. p.462.

ocorridos, v.g., com as empresas *Enron*, *Arthur Andersen*, *Worldcom*, entre outras, em 2002, foi aprovada a denominada *Sarbanes-Oxley Act (SOX)* nos Estados Unidos da América⁴¹.

Tal normativa inaugurou, entre tantos pontos, a obrigatoriedade dos administradores delegados e dos diretores financeiros de incluir nas declarações, semestrais e anuais, ao controle acionário, o compromisso de retidão de todas aquelas informações, sob pena de crime de falsidade⁴².

Com o objetivo de moralizar e reduzir as desigualdades competitivas no comércio transnacional, convenções internacionais também passaram a tratar do assunto.

Com intercessão direta dos EUA junto à Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), à Organização dos Estados Americanos – (OEA) e à Organização das Nações Unidas (ONU), foi iniciado um movimento global pela expansão dos princípios que elevassem os padrões éticos e anticorruptivos⁴³.

A ideia de um Direito Penal global não é novidade, ao contrário, deriva do próprio fenômeno da globalização. De todo modo, o que se nota, desde então, é uma propagação de regras de *compliance* sendo vistos, normalmente, como marcos regulatórios e contextos situacionais próprios, sempre focados em uma boa governança⁴⁴. Assim, os *compliance programs* têm, em sua origem, claro propósito de prevenção de delitos econômicos empresariais através de uma correção estatal e privada⁴⁵.

O Brasil é signatário das Convenções Internacionais que são consideradas as mais significativas sobre o tema, promulgadas pelos Decretos⁴⁶ 3678/2000, 4.410/2002 e 5.687/2006.

Mas foi a Lei de Lavagem de Dinheiro⁴⁷ que verdadeiramente inaugurou um certo sistema de *compliance* na realidade brasileira⁴⁸. Ao especificar que determinadas pessoas

⁴¹ SILVEIRA, R.M.J; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017. p.247.

⁴² SILVEIRA, R.M.J; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017. p.247.

⁴³ LOPES, L.S; MARTINS, A.J. **Direito Penal Econômico**. Belo Horizonte: D'Plácido: 2017. p.462.

⁴⁴ SILVEIRA, R.M.J; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017. p.249.

⁴⁵ SILVEIRA, R.M.J; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017. p.114.

⁴⁶ Respectivamente: Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE; Convenção Interamericana contra a Corrupção, da Organização dos Estados Americanos – OEA; Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, da Organização das Nações Unidas – ONU.

⁴⁷ Lei 9.613/98, alterada pela Lei 12.683/2012. Embora a lei não tenha empregado o termo *compliance* (ou algo equivalente, como atualmente se empregam os termos “programa de conformidade ou integridade”) estabeleceu verdadeiros deveres de *compliance* em seus artigos 10 e 11, atribuídos as pessoas previstas em seu art.9º.

⁴⁸ Outras diretrizes importantes foram: a Lei 11.638/2007, que determinou que as empresas brasileiras elaborem suas demonstrações financeiras de acordo com as normas internacionais de contabilidade (*International Financial*

(físicas e jurídicas) se mostram obrigadas a identificar seus clientes e manter registros dos mesmos, e, por outro lado, comunicar certas operações financeiras, tudo com vistas ao evitamento de crimes, perfaz-se uma noção de *criminal compliance*⁴⁹.

O Conselho Monetário Nacional Brasileiro, através da Resolução n.2554/98, passou, por sua vez, a também estabelecer programas de cumprimento de deveres e recomendar a implantação e implementação de sistemas de controles internos, voltados para as atividades institucionais, para os sistemas de informações financeiras, operacionais e gerenciais, equivalentes funcionais dos elementos estruturais da técnica dos *compliance programs*⁵⁰.

Do mesmo modo, o Banco Central do Brasil, através de Cartas Circulares, também passou a dispor sobre procedimentos internos de prevenção e combate à Lavagem de Dinheiro, em especial a partir da Carta Circular n.3461/99, ao depois pormenorizadas na Carta Circular n.3542/2012, entre outras⁵¹.

Posteriormente, no ano de 2013, foi publicada⁵² a Lei n° 12.846 (denominada de Lei Anticorrupção), que dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, tendo sido regulamentada pelo Decreto n° 8.420/2015.

Referida lei é aplicável às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado⁵³, que poderão ser responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

Reporting Standar – IFRS), o que permitiu ao investidor estrangeiro informações mais claras; e a MP n.449/2008, convertida na Lei n.11.941/2009, que estabeleceu o Regime Tributário de Transição (RTT) de apuração do lucro real, que trata dos ajustes tributários decorrentes dos novos métodos e critérios contábeis introduzidos pela Lei 11.638, fazendo com que as mudanças e os impactos fossem melhor identificados em suas demonstrações financeiras e contábeis. ASSI, Marcos. **Compliance: como implementar**. São Paulo: Trevisan Editora, 2018. p.22.

⁴⁹ SILVEIRA, R.M.J; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017. p.180.

⁵⁰ SILVEIRA, R.M.J; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017. p.181.

⁵¹ SILVEIRA, R.M.J; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017. p.181.

⁵² Com fundamento em tendência internacional contra a corrupção, com influxos da OCDE e da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, e, também de institutos como a U.S. FCPA e o UK Bribery Act. SILVEIRA, R.M.J; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017. p.183.

⁵³ Bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente. Arts.1° e 2°, Lei n.12.846/2013.

A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito⁵⁴.

Embora a Lei 9.613/98 tenha sido pioneira em estabelecer deveres de *compliance*, a Lei Anticorrupção foi a primeira a fazer referência *expressa* aos programas de integridade, prevendo no inciso VIII do art. 7º, que serão levados em consideração na aplicação das sanções a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.

No parágrafo único do referido artigo, previu-se que os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII seriam estabelecidos em regulamento do Poder Executivo Federal, que se concretizou no Decreto n.8.420/2015.

Tais parâmetros, por também interessarem a análise do *compliance* criminal, são abordados no item 2.1.3 infra.

1.3.1 *Compliance*: conceito e finalidades

Os programas de *compliance* tornaram-se tema cogente⁵⁵, tanto no âmbito empresarial, quanto público e, especialmente, no meio jurídico. O termo *compliance* origina-se do verbo em inglês *to comply*⁵⁶, cujo significado é cumprir, obedecer.

No âmbito institucional e corporativo, *Compliance* tem sido definido como o conjunto de disciplinas introduzidas na empresa para fazer cumprir normas legais e regulamentares, políticas e diretrizes estabelecidas para as atividades, bem como ferramentas para evitar, detectar e tratar qualquer desvio ou inconformidade nela existentes⁵⁷.

Embora inicialmente criado com foco no sistema financeiro, atualmente o *compliance* se estende a diversos seguimentos, com destaque especial para áreas de atuação sensíveis, como

⁵⁴ Art.3º, Lei n.12.846/2013.

⁵⁵ O tema *compliance* tomou de assalto o mundo jurídico e, em especial, o universo do Direito Penal. Diversos debates têm sido traçados mundo afora sobre a questão, ainda que muitas vezes sem respostas conclusivas. SILVEIRA, R.M.J; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017. p.11.

⁵⁶ Pass Word, Enghis Dictionary, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2005, p.92 - *Comply* – verb – *to act in the way hat someone else has commanded or wished* – obedecer, acatar.

⁵⁷ BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal compliance**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p.80

meio ambiente, indústrias químicas, grandes obras de engenharia – especialmente aquelas contratadas pelo poder público – dentre outras⁵⁸.

Para efeito de gerenciamento do *Compliance*, são criados os chamados *Compliance Officers*, compostos por profissionais dotados de *expertise* técnica e de gestão para avaliar os riscos e criar controles internos na empresa com objetivo de prevenir ou minimizar os riscos de responsabilidade legal⁵⁹.

Ao *Compliance Officer* caberia a antecipação de possíveis responsabilidades a fim de evitar a criação de riscos juridicamente desaprovados⁶⁰. A doutrina aponta como suas atribuições: a) a análise de riscos jurídicos; b) a atuação, para o futuro, na prevenção de determinadas irregularidades; c) a comunicação de conhecimentos jurídicos para a empresa; d) a documentação de medidas adequadas e das irregularidades investigadas, etc⁶¹.

A minuciosa avaliação dos riscos⁶² é imprescindível nas etapas de implementação dos Programas de *Compliance*, cabendo ao responsável a análise dos riscos existentes tanto nas atividades meios, como nas atividades fins da empresa/instituição.

O risco de *Compliance* é o risco de sanções legais ou regulatórias, perdas financeiras ou danos reputacionais, bem como de medidas administrativas ou criminais decorrentes da falta de cumprimento de disposições legais e regulamentares, normas de mercado local e internacional ou decorrentes de compromissos assumidos por meio de códigos de autorregulação, padrões técnicos ou códigos de conduta⁶³.

⁵⁸ A KPMG realizou interessante pesquisa sobre a maturidade do *Compliance* no país. A pesquisa teve a participação de, aproximadamente, 200 empresas de 19 seguimentos com diferentes estruturas, permitindo um alcance significativo de diversos perfis de empresas no Brasil. O resultado completo da pesquisa podem ser encontrado em < <https://cndl.org.br/politicaspublicas/wp-content/uploads/estudos/Maturidade%20do%20compliance%20no%20Brasil%20-%20KPMG.pdf> > Acesso em: 13 jul. 2020.

⁵⁹ BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal compliance**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p.81

⁶⁰ ROTSCH, Tomas *apud* COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. **Crimes omissos impróprios: tipo e imputação objetiva**. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2017. p.231.

⁶¹ BACIGALUPO, Enrique *apud* COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. **Crimes omissos impróprios**, Belo Horizonte: Ed. D'Plácido.2017. p. 232.

⁶² Em sentido semântico, o risco é definido como a probabilidade de perigo, geralmente com ameaça física para o homem e/ou para o meio ambiente. O perigo, por sua vez, é definido como a situação ou eventualidade em que pode ocorrer um dano. HOUAISS, Antônio. **Grande dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2008. Já no meio corporativo, a norma ABNT NBR ISO 31000, que trata da gestão de riscos, o define como o efeito da incerteza nos objetivos. Um efeito é um desvio em relação ao esperado. Pode ser positivo, negativo ou ambos, e pode abordar, criar ou resultar em oportunidades e ameaças. Já os objetivos podem possuir diferentes aspectos e categorias, e podem ser aplicados em diferentes níveis. Risco é normalmente expresso em termos de fontes de risco, eventos potenciais, suas consequências) e suas probabilidades. Gestão de riscos é a atividade coordenada para dirigir e controlar uma organização no que se refere a riscos (NBR ISSO 31000:2018). Disponível em www.abnt.org.br> Acesso em: 20.jul.2020.

⁶³ Disponível:< https://www.legiscompliance.com.br/images/pdf/febraban_manual_compliance_2018.pdf> Acesso em: 03.jun.2020

O *Compliance*, portanto, tem como função principal garantir o cumprimento das normas e processos internos, prevenindo e controlando os riscos envolvidos na administração da própria empresa e, como prevenção de riscos externos, o cumprimento da legislação vigente e das normas regulamentares oficiais de cada ramo de atividade empresarial⁶⁴.

Não obstante, *Compliance* transcende a ideia de “estar em conformidade” às leis, regulamentações e auto-regulamentações, abrangendo também aspectos de governança, conduta, transparência e temas como ética e integridade⁶⁵. Consiste no dever das empresas de promover uma cultura que estimule, em todos os membros da organização, a ética e o exercício do objeto social em conformidade com a Lei⁶⁶.

Assim, tanto as normas éticas quanto as legais são objeto de investigação e de prevenção dos *Compliances Officers*. Embora as normas legais referidas englobem todo o ordenamento jurídico vigente, para nós o que importa, neste trabalho, é o Direito Penal, isto é, a responsabilidade penal que pode ser prevenida pelo instituto do *Compliance*, chamado de *Criminal Compliance*⁶⁷.

O *Criminal Compliance* é mais do que uma simples ferramenta de administração de “boas práticas” dentro da empresa. É, sobretudo, um instituto de prevenção criminal, que tem por escopo evitar a responsabilização criminal de pessoas jurídicas e de seus gestores⁶⁸.

Sob as luzes do Direito Penal, eles [os programas de *compliance*] dizem respeito às medidas que exigem um comportamento consoante regras e proibições do Direito Penal, estabelecendo-se, pois, uma lógica própria do Direito Penal⁶⁹.

Sempre que se fala de Direito Penal e de *compliance*, menciona-se o fato do primeiro passar por um momento de alta indagação. Essa parece ser uma inarredável verdade⁷⁰. Muitas das suas fórmulas tradicionais são postas em xeque, sendo superadas pela inovação do presente. As preocupações com a atual busca de autoria e responsabilidade penal, em especial no campo econômico, são claro exemplos disso⁷¹.

⁶⁴ BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal compliance**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p.82

⁶⁵ Disponível em: < www.legiscompliance.com.br/images/pdf/febraban_manual_compliance_2018.pdf. Acesso em: 10 jan. 2020.

⁶⁶ ASSI, Marcos. **Compliance: como implementar**. São Paulo: Trevisan Editora, 2018. p.19.

⁶⁷ BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal compliance**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p.83

⁶⁸ BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal compliance**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p.85

⁶⁹ SILVEIRA, R.M.J; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017. p.113.

⁷⁰ SILVEIRA, R.M.J; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017. p.243

⁷¹ SILVEIRA, R.M.J; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017. p.243.

1.3.2 Compliance obrigatório e non-compliance

Embora se trate de um dos instrumentos de governança corporativa⁷² cada vez mais exigido pelo mercado como meio de valorização das empresas, especialmente aquelas que operam na bolsa e internacionalmente, o *compliance*, regra geral, não é de implementação obrigatória.

A tendência, contudo, ainda que lentamente, caminha para outro sentido, uma vez que algumas Leis Estaduais⁷³ já preveem sua obrigatoriedade para contratar com o poder público, havendo ainda projetos em andamento para que o programa de conformidade se torne obrigatório para determinados ramos de atividades.

Nesse sentido, cite-se o Projeto de Lei 5442/2019⁷⁴, que visa regulamentar os programas de conformidade ambiental no âmbito das pessoas jurídicas que explorem atividade econômica potencialmente lesiva ao meio ambiente, tornando obrigatória sua implementação.

Prevê-se no projeto que a imposição das sanções *penais* e administrativas previstas na legislação ambiental em vigor, deverá levar em conta a existência de programa de conformidade ambiental efetivo no âmbito da pessoa jurídica punida, trazendo para a avaliação da efetividade do programa, parâmetros muito semelhantes àqueles previstos no artigo 42 do Decreto n. 8.420/2015, que regulamentou a Lei Anticorrupção.

Ainda em nível federal, além da Lei 9.613/98 que, como alhures mencionado, foi pioneira no estabelecimento de deveres de *compliance*, a Lei 13.303/2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, também tornou obrigatório o programa de integridade.

⁷² A governança corporativa é definida pelo IBGC – Instituto Brasileiro de Governança Corporativa como o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas. As boas práticas de governança corporativa convertem princípios básicos em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para a qualidade da gestão da organização, sua longevidade e o bem comum. Os princípios básicos de governança corporativa abrangem transparência, equidade, prestação de contas (*accountability*) e responsabilidade corporativa. Disponível em: <<https://www.ibgc.org.br/conhecimento/governanca-corporativa>> Acesso em 14 jul. 2020.

⁷³ Como, por exemplo, a Lei 6.112/2018 do Distrito Federal, que dispõe sobre a obrigatoriedade da implantação do Programa de Integridade nas empresas que contratarem com a Administração Pública do DF, em todas esferas de poder e Lei Estadual 7.753/17 (mesmo sentido) do Estado do Rio de Janeiro.

⁷⁴ Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=91762CFCC7CB96779F813920CACDC300.proposicoesWebExterno2?codteor=1818737&filename=Tramitacao-PL+5442/2019> Acesso em: 14 jul.2020

Referida norma, que ficou conhecida como “Lei das Estatais”, prevê em seu artigo 9º que a empresa pública e a sociedade de economia mista adotarão regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno que abranjam área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos.

Estabelece em seu §1º que deverá ser elaborado e divulgado Código de Conduta e Integridade, que disponha sobre: I - princípios, valores e missão da empresa pública e da sociedade de economia mista, bem como orientações sobre a prevenção de conflito de interesses e vedação de atos de corrupção e fraude; II - instâncias internas responsáveis pela atualização e aplicação do Código de Conduta e Integridade; III - canal de denúncias que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas relativas ao descumprimento do Código de Conduta e Integridade e das demais normas internas de ética e obrigacionais; IV - mecanismos de proteção que impeçam qualquer espécie de retaliação a pessoa que utilize o canal de denúncias; V - sanções aplicáveis em caso de violação às regras do Código de Conduta e Integridade; VI - previsão de treinamento periódico, no mínimo anual, sobre Código de Conduta e Integridade, a empregados e administradores, e sobre a política de gestão de riscos, a administradores.

Dispõe também que a área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos deverá ser vinculada ao diretor-presidente e liderada por diretor estatutário, devendo o estatuto social prever as atribuições da área, bem como estabelecer mecanismos que assegurem atuação independente (§2º) e que o estatuto social deverá prever, ainda, a possibilidade de que a área de *compliance* se reporte diretamente ao Conselho de Administração em situações em que se suspeite do envolvimento do diretor-presidente em irregularidades ou quando este se furtar à obrigação de adotar medidas necessárias em relação à situação a ele relatada (§4º).

Assim, a indagação que se coloca diz respeito aos efeitos penais da ausência de tais programas de cumprimento, especialmente em relação às pessoas físicas – foco do presente trabalho – quando legalmente obrigatórios.

Quanto a obrigatoriedade do *compliance*, Benedetti⁷⁵ a divide em duas ordens, uma objetiva e outra subjetiva:

O instituto do *Compliance* pode ser dividido em dois campos de atenção: um, de ordem subjetiva, que compreende regulamentos internos, como a implementação de boas práticas dentro e fora da empresa e a aplicação de mecanismos em conformidade com a legislação pertinente à sua área de atuação, visando prevenir ou minimizar riscos e práticas ilícitas e a melhoria de seu relacionamento com clientes e

⁷⁵ BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal compliance**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p.80

fornecedores. Outro campo de atuação é de ordem objetiva, obrigado por Lei, como é o caso dos citados arts. 10 e 11 da Lei 9.613/1998. No âmbito subjetivo há uma imposição ético-legal implícita, podendo optar a empresa em aplicar, ou não, o instituto do *Compliance*; já na faceta objetiva o *Compliance* é exigência legislativa que alcança tanto as pessoas quanto suas obrigações, bem como as instruções para o seu cumprimento. Vale dizer que, em ambos os casos, tem-se como premissa o caráter preventivo de ilícitos.

Para Silveira e Saad-Diniz,⁷⁶ emerge significativa importância às recomendações éticas inseridas nos chamados códigos de condutas das empresas. Esses códigos podem tornar explícita a condição da empresa face a um possível cometimento de delitos. Aqui, duas situações se mostram de destaque. Se houver qualquer tipo de previsão de responsabilização (penal ou administrativa) à empresa, a presença e cumprimento desses códigos poderá abrandar ou, até mesmo, afastar a sua responsabilidade. Por outro lado, em termos individuais, o *criminal compliance* pode ser utilizado como instrumento de reforço, evidenciando uma infração de dever presente⁷⁷.

Para referidos professores da USP,⁷⁸ existe muita discussão dogmática acerca da possibilidade de um não cumprimento normativo (*criminal compliance*) poder, ou não, indiretamente influir na determinação de responsabilidades de uma pessoa física. Segundo eles, os posicionamentos são conflitantes, mas parece correta a colocação de que não deveria se aceitar que o descumprimento de normas no interior de uma empresa, *de per se*, implicassem uma responsabilidade individual, até mesmo porque essa punição careceria de legitimidade. É de imaginar que o Direito Penal – Direito Público por definição – não pode ficar atrelado à ideia de um descumprimento de normas internas de uma empresa. A questão ainda é irresoluta⁷⁹.

O risco que se antevê é, a despeito da implementação dos programas de conformidade, mas especialmente diante de sua ausência quando obrigatórios, a partir do reconhecimento de responsabilidade da pessoa jurídica por atos ilícitos (civis, administrativos e/ou penais), realizar-se, pelo julgador, uma automática percepção de dolo na conduta da pessoa física.

⁷⁶ SILVEIRA, R.M.J; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017. p.121.

⁷⁷ SILVEIRA, R.M.J; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017. p.120.

⁷⁸ SILVEIRA, R.M.J; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017. p.121.

⁷⁹ SILVEIRA, R.M.J; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017. p.121.

E isso pode se dar especialmente por duas ordens de motivos. Primeiro, porque muitas condutas previstas como ilícitos administrativos, mormente na Lei Anticorrupção, correspondem a tipos penais existentes tanto no Código Penal, como em Leis esparsas⁸⁰.

Além disso, o dolo, (a representação e vontade) por permanecer na psique do agente, não é diretamente constatável, mas aferível a partir de circunstâncias objetivas externas que levam o julgador a concluir pela atribuição (ou não) do dolo naquele caso concreto⁸¹.

A responsabilidade da pessoa jurídica no âmbito civil e administrativo é objetiva, e o reconhecimento de tal responsabilidade, especialmente em razão da ausência de *compliance* obrigatório, poderia levar a uma equívoca transferência ou objetivação na análise do elemento subjetivo em relação a pessoa física, o que não pode ser admitido, posto que em um Estado Democrático de Direito a responsabilidade penal sempre deve ser de ordem subjetiva.

Nesse esteio, os *compliance programs* devem ser levados em conta na apuração das responsabilidades, ainda mais quando consideramos as dificuldades próprias de individualização de condutas no ambiente coletivo, a distribuição de deveres de gestão vertical e horizontal, aspectos relacionados a delegação, compartimentalização de informações, entre tantas outras situações que tornam tormentosa a aplicação do Direito Penal no ambiente empresarial.

Não obstante, a inexistência do programa, ainda que obrigatório, não pode conduzir a automatização da responsabilidade individual que não prescinde da demonstração do elemento subjetivo, nem admite responsabilidade solidária.

As reflexões sobre tais aspectos nos remetem ao alerta que fazem Silveira e Saad-Diniz ao abordarem uma espécie de paradoxo sociológico do *criminal compliance*. Segundo eles⁸²:

[...] a prática de *criminal compliance*, ademais das questões de fundamentação teórica e posicionamento nas estruturas de representação do Direito, do Estado e da Economia, apresenta problemas específicos no âmbito jurídico-penal. Um primeiro deles remonta à determinação das finalidades do próprio *compliance*. Ao estabelecer determinados padrões de orientação de comportamento e criar vínculos de confiança entre a burocracia administrativa e a gestão negocial, o *compliance* consagra o objetivo de redução das responsabilidades. Essa redução de responsabilidades, no entanto, pressupõe um comportamento decisório que acaba por antecipar a própria responsabilidade, renunciando o sentido de relevância jurídico-penal de determinadas condutas e a cognição da segurança.

⁸⁰ A título de exemplo, o ilícito administrativo capitulado no art.5, inciso I, da Lei 12.846 corresponde ao tipo de corrupção ativa do artigo 333 do CP; já o descrito no inciso IV, alínea *a* do mesmo artigo, corresponde ao crime previsto no artigo 90 da Lei 8.666/93 (lei de licitações).

⁸¹ Situação especialmente complexa na omissão imprópria, quando o resultado danoso é atribuível a infração de dever daquele que se encontra na posição de garantidor. Omissão imprópria foi abordada nos capítulos 2 e 3.

⁸² SILVEIRA, R.M.J.; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017. p.263.

1.3.3 Aspectos práticos

Em termos práticos, o *compliance* consiste em planejar a prevenção de riscos de desvios de conduta e descumprimento legal⁸³, além de incorporar métodos para detectá-los e controlá-los, por intermédio de um programa de *compliance*⁸⁴.

Existe verdadeira plêiade de possibilidades de sua utilização, sempre, contudo, com o objetivo claro de evidenciar um caráter preventivo ao cometimento de crimes⁸⁵, além de prevenção de outros desvios que possam resultar danos patrimoniais e reputacionais. Ele mobiliza os gestores a uma postura mais proativa e preventiva no gerenciamento e no tratamento dos riscos que permeiam a atividade empresarial e comprometem sua sustentabilidade⁸⁶.

A percepção de que a criminalidade intraempresarial, dada no interior de uma empresa, apresenta uma dificuldade inerente a verificação correta de autoria, além, não raro, de uma significativa dificuldade de descobrimento do próprio fato criminoso, começou a mudar o panorama e importância dada ao *compliance* visto também sob um viés criminal⁸⁷.

⁸³ Mesmo não sendo o objeto deste estudo, interessante destacar que as empresas trabalham com linhas de defesas no que diz respeito a detecção e administração de risco. Segundo guia de boas práticas de *compliance* da Febraban, assim se constituem tais linhas: “1ª Linha de Defesa: Atividades de Negócios e Operacionais. Os gestores de negócio, de suporte e operacionais devem ser os responsáveis primários por identificar, avaliar, tratar, controlar e reportar os riscos de suas áreas, de forma alinhada às diretrizes internas, regulamentações, políticas e procedimentos aplicáveis. 2ª Linha de Defesa: Atividades de Compliance, Controles Internos e Gerenciamento de Riscos. Essas unidades corporativas devem ser independentes da gestão das linhas de negócio (1ª Linha de Defesa) e atuar como facilitadoras na implementação de práticas eficazes de gerenciamento de riscos e metodologia de Controles Internos e Compliance, bem como dar suporte às áreas de negócios e operacionais de forma consultiva. São responsáveis também por testar e avaliar a aderência à regulamentação, políticas e procedimentos, mantendo padrões de integridade alinhados aos princípios, diretrizes e apetite ao risco adotados pela Instituição e reportando sistemática e tempestivamente à Alta Administração os resultados de suas análises em relação à conformidade. Para serem efetivas, essas funções devem ter autoridade, recursos e acesso à Alta Administração da Instituição. 3ª Linha de Defesa: Auditoria Interna A Auditoria interna tem o papel de fornecer aos órgãos de governança e à Alta Administração avaliações abrangentes, independentes e objetivas relativas aos riscos da Instituição. A independência da atuação desta linha permite que esta revise de modo sistemático a eficácia das duas primeiras linhas de defesa, contribuindo para o seu aprimoramento”. Tal estruturação é aplicável a qualquer Instituição, não importando seu tamanho ou complexidade. Disponível em: <https://cmsportal.febraban.org.br/Arquivos/documentos/PDF/febraban_manual_compliance_2018_2web.pdf> acesso em 13 de jul 2020. No mesmo sentido, conferir também: ASSI, Marcos. **Compliance: como implementar**. São Paulo: Trevisan Editora, 2018. p.58-59.

⁸⁴ ASSI, Marcos. **Compliance: como implementar**. São Paulo: Trevisan Editora, 2018. p.24.

⁸⁵ SILVEIRA, R.M.J; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017. p.114.

⁸⁶ Pode-se exemplificar: problemas trabalhistas, tributários, autuações e sanções por parte da administração pública direta e indireta; danos ao patrimônio físico; falhas nas ferramentas de TI, sistemas e na segurança da informação armazenada e compartilhada; falhas em contratações de clientes, parceiros e fornecedores; fraudes e desvios financeiros por parte dos colaboradores que ocupam cargos de confiança e gestão; corrupção de agentes públicos; lavagem de dinheiro, entre outros. ASSI, Marcos. **Compliance: como implementar**. São Paulo: Trevisan Editora, 2018. p.24.

⁸⁷ SILVEIRA, R.M.J; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017. p.116.

Os programas de conformidade podem, assim, representar uma vantagem em relação à intervenção estatal, já que as próprias empresas, a princípio, conhecem mais adequadamente as particularidades das técnicas e especificidades da Economia moderna, potencializando as devidas regulações jurídico-penais necessárias⁸⁸.

O *criminal compliance* se propõe a diminuir a probabilidade de que venham a ocorrer crimes no seio da empresa. Evidentemente, os programas não criam barreiras inexpugnáveis ao crime, mas devem, de todo modo, mostrar-se como elemento restritivo dos mesmos⁸⁹.

Ademais, em tempos de expansão do Direito Penal, a presunção de conhecimento das normas tem se tornado cada vez mais relativa⁹⁰. Some-se a isso ao fato de as instituições de persecução penal terem voltado, nos últimos anos, especial atenção a criminalidade praticada nas empresas e pelas empresas – mormente a relacionada a corrupção⁹¹ – alçadas estão as principais razões pelas quais os Programas de *Compliance* deixaram de ser apenas um diferencial no chamado mundo corporativo para se tornarem ferramenta essencial.

A globalização dos mercados e a exigência de padrões éticos cada vez mais altos têm compelido as empresas e o poder público a evoluir e reestruturar suas estratégias, estruturas organizacionais e tecnológicas. Nesse ambiente, a função de *compliance* ganha cada vez mais importância como mecanismo de prevenção, detecção e resposta a práticas indevidas que possam implicar descumprimento de normas e de padrões de ética e conduta⁹².

Coloca-se, pois, que um programa efetivo de *compliance* interessa primeiramente à própria empresa⁹³, protegendo-a e, também a seus empregados, pelos mecanismos de prevenção de riscos puníveis. Em outras palavras, o interesse pontuado de início preventivo vai além, incorporando setores distintos do campo fincado meramente à administração⁹⁴.

⁸⁸ SILVEIRA, R.M.J.; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017. p.119.

⁸⁹ SILVEIRA, R.M.J.; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017. p.126.

⁹⁰ “A ideia de que o Direito escrito e publicado será conhecido por todos, e de que todos podem programar sua existência de acordo com as normas, tem se tornada cada vez mais obsoleta e hoje, admitir a escusa pelo erro sobre as proibições, tanto no Direito Penal como no fiscal, não é mais uma presunção *juris tantum*.”(BACIGALUPO, 2011, p.21 *apud* BENEDETTI, 2014, p.84).

⁹¹ A exemplo da operação amplamente conhecida como Lava-jato, e suas dezenas de fases.

⁹²Disponível em: <https://www.legiscompliance.com.br/images/pdf/febraban_manual_compliance_2018.pdf,> Acesso em: 10 jan 2020.

⁹³ WESSING, Jürgen *Apud* SILVEIRA, R.M.J.; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017. p.263.

⁹⁴ SILVEIRA, R.M.J.; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017. p.263.

1.3.4 Parâmetros de efetividade⁹⁵ do *compliance*

Os parâmetros de funcionalidade e administração – os quais hoje acabem por sustentar toda a avaliação dos *compliance programs* – devem ser considerados para que se possa ter em conta a própria medida de responsabilização criminal por omissões dadas dentro do ambiente corporativo⁹⁶.

Se a hipótese trazida é a possibilidade de um programa efetivo de *compliance* ter a capacidade de afastar o dolo quando, a despeito da presença do programa, ocorrer um resultado danoso a bens jurídicos de terceiros, devemos nos questionar de que parâmetros de efetividade estamos falando, e se seria possível um *standard* de efetividade para nortear a análise do caso concreto.

Não há resposta simples para esses questionamentos, tendo em vista a complexidade que as diversas atividades empresariais podem apresentar, e o fato de que cada seguimento possui riscos próprios, que devem ser mapeados quando da implementação do programa.

Não obstante, embora não se possa falar em um modelo padrão de efetividade – justamente em razão dessa diversidade de atividades e, portanto, de riscos – seria possível estabelecer requisitos mínimos para que o programa possa ser levado em conta na fixação, atenuação ou afastamento da responsabilidade criminal.

Primeiramente, de se observar que a exclusão ou a atenuação de responsabilidades penais só parece ser adequada (ou possível) se o *compliance program* se mostrar uma ferramenta exitosa de direção e gestão, que, de fato, demonstre a capacidade para prevenir, detectar e remediar descumprimentos que podem se dar no dia a dia empresarial⁹⁷.

⁹⁵ No léxico, efetividade é definida como o caráter, virtude ou qualidade do que é efetivo; capaz de produzir um efeito real; capaz de produzir seu efeito habitual; que realmente atinge seu objetivo. HOUAISS, Antônio. Grande dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2008. No ambiente corporativo, que é o que nos interessa ao presente trabalho, os conceitos de eficiência, efetividade e eficácia são interligados: “Mesmo muitas vezes sendo tratadas como sinônimos, eficiência, eficácia e efetividade não significam a mesma coisa, mas estão interligadas. Ser eficiente é produzir o efeito esperado. Já eficácia significa uma virtude de tornar efetivo ou real. A eficiência é o ato de “fazer certo as coisas”, enquanto a eficácia consiste em “fazer as coisas certas”. No âmbito da administração de empresas e negócios, a diferenciação entre o conceito de eficiência e eficácia torna-se mais acentuada. Exemplificando, a eficiência seria a classificação do comportamento de alguém que age com perfeição na realização de um determinado trabalho. Já a eficácia não se limita apenas no cumprimento de um trabalho, mas sim na resolução total da situação.[...] Efetividade consiste em fazer o que deve ser feito, atingir os objetivos e utilizar os recursos da melhor forma possível.” Disponível em < <https://www.fm2s.com.br/qual-a-diferenca-entre-eficiencia-eficacia-e-efetividade-como-aplica-las/> > Acesso em: 12 jul. 2020.

⁹⁶ SILVEIRA, R.M.J.; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017. p.77

⁹⁷ SILVEIRA, R.M.J.; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017. p.159.

Silveira⁹⁸ aponta parâmetros mínimos para verificação da efetividade do *compliance* lastreando-se no que denomina de princípios cardeais que devem reger a atividade empresarial socialmente responsável. Esquemáticamente, seriam eles:

- Princípio da separação dos poderes entre os distintos membros da empresa, possibilitando um controle interno da atividade de cada qual;
- Princípio da documentação e verificação, onde todos os procedimentos internos são documentados para eventual posterior confrontação;
- Princípio de congruência e coerência das operações – onde toda a operação pressupõe uma contrapartida, sendo vedadas atividades sem explicação;
- Princípio da transparência da gestão empresarial, onde tudo se dá as claras, evitando-se, assim, atividades sorrateiras;
- Princípio da independência e imparcialidade dos órgãos de controle, onde se evita a tentativa de ingerências externas aos mesmos;
- Princípio do cumprimento ou explicação, onde os funcionários, submetidos a controle de suas atividades, devem explicar e justificar suas condutas;
- Princípio da confidencialidade – onde se garante o segredo dos dados investigados.

Caso isso não se dê, pode-se estar diante de um programa meramente formal (*window-dressing compliance program*), que, nada tendo a contribuir à ideia preventiva, acaba por surtir nenhum efeito penal⁹⁹.

Para a eficácia de um sistema de *Compliance*, faz-se necessário um sistema de supervisão e sanção, que também merece um órgão próprio de fiscalização e controle, sob pena de absoluta ineficácia do mesmo¹⁰⁰.

Para ser minimamente válida, no entanto, seria necessária e obrigatória a instituição de procedimentos de investigação interna¹⁰¹. Deve-se, em outras palavras, garantir uma certa independência do sistema de denúncias, caso contrário o *compliance program* em si e o

⁹⁸ SILVEIRA, R.M.J; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017. p.127.

⁹⁹ SILVEIRA, R.M.J; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017. p.127.

¹⁰⁰ COCA VILLA, Ivó. *Apud* SILVEIRA, R.M.J; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017, p.150.

¹⁰¹ SILVEIRA, R.M.J; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017. p.151.

compliance officer mostrar-se-ão inócuos, como se não existissem. A inefetividade seria patente, não cabendo nenhuma consideração redutora ou extintiva de responsabilidade¹⁰².

Silveira e Saad-Diniz, citando Gómez Martín, aduzem que, transportado do cenário notadamente penal, a noção de denúncias internas – *whistleblowing* – chega a ser umbilicalmente vinculada às noções dos *compliance programs*. Os sistemas de controle por vigilância, que instituem, a sua vez, sistemas de denúncia, podem se dar de forma interna (aos membros da própria empresa) ou externa (para a Administração Pública, meios de comunicação, etc). Com o propósito de, justamente, evitar desnecessárias e, não raro, incontroláveis divulgações de ocorrências externas, a prática empresarial parece ter optado por procedimentos de controle interno através do *wistleblowing*¹⁰³.

Ainda segundo referidos professores da USP, na tentativa de dar utilidade desenhada ao sistema de *criminal compliance*, alguns modelos de solução têm sido imaginados¹⁰⁴. Dentre muitos, três são de destaque. Um primeiro diria respeito a um sistema de certificação dos programas de *compliance*, mormente por órgãos ou institutos independentes¹⁰⁵. Existiria assim, a avaliação do programa por quesitos elaborados pelo órgão certificador¹⁰⁶.

Um segundo exemplo diria respeito a uma standardização setorial. Determinadas empresas de um certo ramo se reúnem e estabelecem suas normas de conduta, fixando sua *lex artis*¹⁰⁷.

¹⁰² SILVEIRA, R.M.J.; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017. p.151.

¹⁰³ GÓMEZ MARTIN, Victor. *Apud* SILVEIRA, R.M.J.; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017, p.153.

¹⁰⁴ SILVEIRA, R.M.J.; SAAD-DINIZ, E. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. p.155.

¹⁰⁵ Conhecida mundialmente, a ISO - *International Organization for Standardization* – desenvolve e publica padrões internacionais para vários seguimentos, que são seguidos por empresas certificadoras. “A certificação pode ser uma ferramenta útil para adicionar credibilidade, demonstrando que seu produto ou serviço atende às expectativas de seus clientes. Para alguns setores, a certificação é um requisito legal ou contratual. Na ISO, desenvolvemos Normas Internacionais, como ISO 9001 e ISO 14001, mas não estamos envolvidos em sua certificação e não emitimos certificados. Isso é realizado por organismos de certificação externos, portanto, uma empresa ou organização não pode ser certificada pela ISO. No entanto, o Comitê de Avaliação da Conformidade da ISO (CASCO) produziu vários padrões relacionados ao processo de certificação, que são usados pelos organismos de certificação.[...] O Fórum Internacional de Acreditação (IAF) é a associação mundial de Organismos de Acreditação de Avaliação de Conformidade e outros organismos interessados em avaliação de conformidade nos campos de sistemas de gestão, produtos, serviços, pessoal e outros programas similares de avaliação de conformidade. A ILAC é a organização internacional para organismos de acreditação que opera de acordo com a ISO / IEC 17011 e envolvida na acreditação de organismos de avaliação da conformidade [...]. Disponível em: < <https://www.iso.org/home.html> > Acesso em: 12 jul. 2020.

¹⁰⁶ A grande dúvida sobre esse sistema seria de sua credibilidade, uma vez que poderia ser visto, aos olhos judiciais, com as lentes de um cliente frente a uma certificadora, tornando-a próxima de uma auditoria. SILVEIRA, R.M.J.; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017, p.156.

¹⁰⁷ Embora frequentes, os problemas sentidos aqui guardam proximidade com os de uma autorregulação interna, e podem bem ser ignorados judicialmente. Seria o caso explícito italiano, onde a lei determina que os programas podem ter por base os códigos formulados por associações representativas, que venham a garantir as exigências

Por fim, um terceiro grupo de soluções poderia ser visto na externalização e independência das pessoas que desenham, implantam e supervisionam a concepção interna de *compliance*, como seria o caso de antigos profissionais de mercado, professores universitários ou especialistas no assunto¹⁰⁸.

Do exposto, resta claro que, qualquer que seja o modelo adotado, os códigos basilares de conduta das empresas não devem se basear em modelos pré-concebidos, mas se evidenciar como instrumentos individualizados, o que denota, sem dúvida, uma maior preocupação da empresa¹⁰⁹.

Nessa senda, a Lei Anticorrupção (Lei n.12.846/2013), por meio do decreto que a regulamenta (Decreto n.8.420/2015) traz um verdadeiro *check list*¹¹⁰ sobre aspectos a serem

estipuladas, e que devem ser enviadas ao Ministério da Justiça para avaliação. SILVEIRA, R.M.J; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017. p.156.

¹⁰⁸ SILVEIRA, R.M.J; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017. p.157.

¹⁰⁹ SILVEIRA, R.M.J; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017. p.159.

¹¹⁰ Art. 42. Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros:

I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa;

II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos;

III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade;

V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade;

VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;

VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiras da pessoa jurídica;

VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;

IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento;

X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciadores de boa-fé;

XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade;

XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;

XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas;

XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no [art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013](#); e

XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.

§ 1º Na avaliação dos parâmetros de que trata este artigo, serão considerados o porte e especificidades da pessoa jurídica, tais como:

I - a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores;

II - a complexidade da hierarquia interna e a quantidade de departamentos, diretorias ou setores;

considerados para avaliação da existência e aplicação do programa, podendo servir de valioso norte¹¹¹.

Ainda que não se trate de lei formalmente penal, parece provável que suas disposições possam ter reflexos indiretos nessa seara, mormente porque, como também já destacado, muitas infrações administrativas nela previstas coincidem com tipos penais.

III - a utilização de agentes intermediários como consultores ou representantes comerciais;

IV - o setor do mercado em que atua;

V - os países em que atua, direta ou indiretamente;

VI - o grau de interação com o setor público e a importância de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas operações;

VII - a quantidade e a localização das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico; e

VIII - o fato de ser qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 2º A efetividade do programa de integridade em relação ao ato lesivo objeto de apuração será considerada para fins da avaliação de que trata o caput .

§ 3º Na avaliação de microempresas e empresas de pequeno porte, serão reduzidas as formalidades dos parâmetros previstos neste artigo, não se exigindo, especificamente, os incisos III, V, IX, X, XIII, XIV e XV do caput .

¹¹¹ No mesmo sentido também as cartas circulares do BACEN, conforme apontado por Silveira e Saad-Diniz: “A grande contribuição, no entanto, consiste na possibilidade de assimilação desse repertório [cartas circulares] para os programas de *compliance*, que podem tornar a normativa do BACEN *check-list* para ajustar o *criminal compliance* às políticas de combate e prevenção à lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo”. SILVEIRA, R.M.J; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017. p.278.

2 OMISSÃO IMPRÓPRIA E COMPLIANCE

Conforme apontado na introdução e delimitado no plano de investigação, a hipótese que se propõe é a possibilidade de um *compliance* efetivo, diante de suas precípuas finalidades, afastar o dolo nos casos de atribuição de responsabilidade penal pela via omissiva imprópria.

Para tanto, realiza-se agora uma breve sistematização doutrinária acerca da omissão imprópria, com foco no ambiente empresarial, recorte metodológico definido para o presente trabalho. Embora essa síntese não represente novidade, ela é necessária como um caminho lógico a ser percorrido para a compreensão acerca de quais paradigmas doutrinários se parte para sustentar as afirmações que seguem no capítulo seguinte, sobre o *compliance* e a tipicidade subjetiva.

O que se pretende oferecer são as razões para, a partir da compreensão do contexto da realidade empresarial – onde as dificuldades de atribuição de responsabilidade são inerentes ao ambiente coletivo –, poder-se utilizar o programa de integridade como fator delimitador da responsabilidade penal, mormente diante da possibilidade de tais programas, ao mapearem os riscos, contribuir para a identificação, no caso concreto, daquele que tinha o dever de agir e do elemento subjetivo do omitente.

Resumimos a noção de complexidade da organização, descentralização, coordenação e delegação, próprios do ambiente empresarial, reportando-nos ao estudo realizado por Estellita¹¹², antes, contudo, de adentrarmos nos impactos objetivos e subjetivos de tal complexidade na aferição da responsabilidade individual – e da importância dos programas de integridade em tal análise – faremos uma breve síntese dos estudos da omissão imprópria.

Conforme aponta Silveira, a omissão hoje se evidencia como um dos cerne da construção lógica do Direito Penal moderno. Muito embora sua estruturação não seja novidade, resta bastante clara sua retomada de poder e abrangência, em especial no que se entende por Direito Penal Empresarial¹¹³.

Na mesma perspectiva, Costa¹¹⁴ salienta que os crimes omissivos impróprios retornam à discussão na dogmática jurídico-penal. Isso se deve a específicos fatores de política criminal, decorrentes dos novos riscos introduzidos pela sociedade pós-industrial. Destaca ainda referido

¹¹² ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

¹¹³ SILVEIRA, Renato M. J. **Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: Ed. D Plácido, 2018. p.20.

¹¹⁴ COSTA, Victor. **Crimes omissivos impróprios. Tipo e imputação objetiva**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p.15.

autor que a atribuição de deveres de autorregulação, o incremento dos deveres de vigilância dentro de tais estruturas e os mandados de evitação de resultados típicos decorrentes dos riscos de tais atividades importam em considerar a criminalidade por omissão como paradigmática no direito penal contemporâneo.¹¹⁵

Ademais, não se pode procurar entender as noções de *compliance* sem se aperceber do problema penal da omissão imprópria¹¹⁶, e que por essas e outras razões, os programas de conformidade têm sido tão debatido nos últimos anos¹¹⁷.

A parte especial do Código Penal Brasileiro, assim como a legislação extravagante, apresenta tipos comissivos (dolosos e culposos) e omissivos próprios. A responsabilidade penal do indivíduo pela omissão imprópria, com equiparação da inação à ação, se dá pela extensão da figura típica por meio da aplicação do artigo 13, §2º do CP¹¹⁸.

Parte da doutrina nacional¹¹⁹ a partir da interpretação teleológica do art. 13, § 2º do Código Penal, aponta como pressupostos para a configuração do tipo objetivo nos crimes omissivos impróprios: a) a situação de perigo para o bem jurídico; b) omissão da ação devida; c) o resultado típico; d) a posição de garantidor; e) possibilidade de agir para a evitação do resultado;

Há ainda uma outra corrente que defende serem necessários para sua configuração, além desses elementos, a relação de causalidade e a imputação objetiva do resultado¹²⁰.

¹¹⁵ COSTA, Victor. **Crimes omissivos impróprios. Tipo e imputação objetiva**. Belo Horizonte: D'Plácido: 2017. p.15.

¹¹⁶ SILVEIRA, Renato M. J. **Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido. 2018. p.250.

¹¹⁷“Com isso em mente, recorde-se que todo momento histórico tem certa predileção por determinados assuntos penais. Isso detém certa lógica ao se imaginar que o Direito Penal deveria refletir preocupações e anseios da própria sociedade em determinado período histórico. Assim, explica-se a dureza em relação a assuntos como bruxaria e religião no Direito medieval, a severidade do terrível Livro 5º das Ordenações Filipinas, a preocupação com o furto no século XIX, ou o roubo e demais crimes patrimoniais ao longo do século XX, apenas para se ficar em quadras mais recentes. Existe, no entanto, uma nova realidade, bastante própria do momento em que a intersecção Economia e Direito Penal se faz visível, aqui tida como verdadeiramente caracterizadora de um novo Direito Penal”. SILVEIRA, Renato M. J. **Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido. 2018. p.19.

¹¹⁸ Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Relevância da omissão

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado

¹¹⁹ Victor Costa, na obra já referenciada, cita como exemplo desse posicionamento: MUNHOZ NETO, Alcides. Os crimes omissivos no Brasil. Curitiba: UFPR, 1983. p. 23. Vide ainda: ROCHA, Ronan A relação de causalidade no direito penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 183.

¹²⁰ Nesse sentido, por exemplo, os autores Victor Costa e Heloísa Estellita, Ronan Rocha, nas obras referenciadas.

Ainda para fins de afirmação da responsabilidade penal, some-se aos pressupostos anteriores, a aferição do elemento subjetivo (dolo ou culpa), além, é claro, da antijuridicidade e culpabilidade.

Não obstante, estudar todos os pressupostos da imputação da omissão imprópria com profundidade ultrapassaria o objetivo da pesquisa. Assim, realiza-se uma síntese, necessária à compreensão do objeto do estudo, detendo-se um pouco mais na análise das posições de garantidores, posto que, se no caso concreto tal posição não for firmada, não há que se perquirir sobre os demais pressupostos, inclusive o subjetivo.

Ademais, no contexto em que o objeto de estudo é colocado, ou seja, o ambiente empresarial, a posição de garantidor é a que tem suscitado mais debates na doutrina, mormente nas estruturas complexas, com ampla divisão de funções e onde se faz presente a delegação dos deveres de vigilância ao setor de *compliance*.

2.1 Conceito de omissão

Do artigo 13 do Código Penal Brasileiro depreende-se que não somente a ação, mas também a omissão pode ser causa de um resultado típico.

A conduta humana é a pedra angular da Teoria do Crime. É com base nela que se formulam todos os juízos que compõem o conceito de crime¹²¹, sendo suas modalidades a ação e a omissão.

Muitas vezes toma-se o termo ação como sinônimo de conduta, alegando-se que a ação envolveria a *comissão*, que se identificaria com a *ação positiva*, e a omissão, que se identificaria com a *ação negativa*¹²². Todavia, a ação e a omissão são, na verdade, modalidades da conduta humana, que é o conceito geral que abarca essas espécies¹²³.

Se no campo fenomenológico ou ôntico, ação e omissão diferem, no campo das valorações político-criminais, ou seja, normativo, é possível encontrar um denominador comum entre as duas formas de realização da conduta típica, ambas são formas de ofender o bem jurídico¹²⁴.

Assim, enquanto na ação, a conduta ofensiva a um bem jurídico penalmente protegido se dá por meio da violação de uma norma proibitiva, na omissão, essa violação decorre da

¹²¹ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010. p.135.

¹²² BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010. p.135.

¹²³ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010. p.135.

¹²⁴ ROXIN, Claus, *apud* ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.77

inobservância de uma norma mandamental, que determina a ação para impedir um resultado lesivo¹²⁵.

Nessa perspectiva, a omissão pode ser conceituada como a não realização da conduta determinada pelo tipo penal, ou realização de conduta diversa, não representando necessariamente passividade física.

2.1.2 Omissão própria e omissão imprópria

Assim como os tipos comissivos podem ser classificados em crimes de mera atividade ou de resultado (de acordo com a produção ou não de resultado naturalístico), os tipos omissivos também são classificados em crimes de mera conduta e de resultado. No primeiro caso, a violação do tipo de dá pelo simples não fazer o que foi determinado, tratando-se da chamada omissão própria ou pura.

A omissão imprópria – também denominada de comissão por omissão – exige, por sua vez, um resultado, em relação ao qual havia um mandado de evitação.

A omissão própria não evidencia maiores dificuldades, se caracterizando pela não observância de norma mandamental, cujo tipo incriminador impõe um dever concreto de agir dirigido genericamente a todos.

Como crime de mera conduta, prescinde de resultado, o qual, em determinados casos, se verificado, é considerado causa de aumento de pena – sendo tratado, portanto, em nível de culpabilidade e não tipicidade – como ocorre, por exemplo, com o artigo 135, e seu parágrafo único, do Código Penal.

Já a omissão imprópria decorre da combinação de um tipo penal incriminador, que descreve uma conduta comissiva, e a norma do artigo 13, §2º do Código Penal. Disso decorre a denominação de comissão por omissão, uma vez que se viola um tipo comissivo por meio de um não fazer, que era mandado para a evitação do resultado, mas esse dever não é imposto a todos de forma genérica, senão à determinadas pessoas, que por motivos diversos tem o dever especial de proteger e vigiar específicos bens jurídicos, essas pessoas são chamadas de garantidores.

¹²⁵ “Um dos grandes passos no desenvolvimento atual da questão da omissão deu-se com Armin Kaufmann, com seu trabalho paradigmático sobre a *Dogmática dos delitos de omissão (Die Dogmatic der Unterlassungsdelikte)*, de 1957. Tendo em conta a distinção entre proibições e mandados, conclui que o elemento comum entre ação e omissão estaria na capacidade de ação. Dessa forma desenvolve os elementos da omissão justamente a partir da ação, já que quem executa uma ação (final) seria capaz de ação, e quem tem essa capacidade e não atua, então está, sim, a omitir uma ação”. SILVEIRA, Renato M. J. **Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: Ed. D’Plácido 2018. p.87.

Assim se encontra redigido do §2º do artigo 13 do Código Penal, que trata da relevância da omissão e fixa as posições de garantidores:

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

No meio empresarial – que é o ambiente de estudo no presente trabalho –, o empresário se encontra na posição de garantidor em relação à empresa enquanto fonte de perigo, possuindo tanto de deveres de proteção como de vigilância, como pontuado adiante.

Dentre os pressupostos já mencionados, componentes do tipo objetivo da omissão imprópria, à posição de garantidor será dedicada agora maior atenção, posto que sua análise está diretamente relacionada a hipótese da pesquisa, uma vez que a constituição de um setor de *compliance*, a depender dos deveres concretos que lhe são delegados, pode constituir novas posições de garantidores nesse ambiente empresarial – naturalmente coletivo – alterando os deveres daqueles que se encontram originalmente nesta posição.

2.2 POSIÇÃO DE GARANTIDORES

2.2.1 Fundamento material da posição de garantidor

A imputação a título de omissão imprópria se reveste de uma complexidade na maioria das vezes inexistente quando se trata da subsunção de uma conduta comissiva a um tipo penal. Isto porque, na omissão imprópria, a verificação dos pressupostos para sua configuração vai além da simples relação de adequação da conduta ao tipo, uma vez que se faz necessária a utilização da norma de extensão da figura típica, existente na parte geral do Código Penal, estampada no artigo 13, §2º, com especial destaque para as posições de garante¹²⁶.

A posição de garantidor é elementar do tipo objetivo na omissão imprópria e a fixação dessa posição, no caso concreto – em termos lógicos e práticos – é a primeira etapa de verificação do preenchimento dos requisitos necessários a responsabilidade criminal por omissão imprópria, após a constatação de um resultado típico.

¹²⁶ “Com menções iniciais em Feuerbach, a noção de garante é desenvolvida em Binding (sendo visto o mesmo como omitente responsável pelo resultado), já que assumiria uma posição de garantia de integridade ao bem jurídico, e ao depois com Nagler. Com este, em 1938, firma-se a basilar ideia de equiparação entre ação e omissão, sendo a noção de garante definitivamente introduzida no vocabulário jurídico Penal”. SILVEIRA, Renato M. J. **Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: Ed. D’Plácido 2018. p.100.

Como etapa precedente e necessária a confirmação de nossa hipótese, ou seja, da influência do *compliance* na formação do elemento subjetivo do garantidor, imprescindível que nos debruçemos, inicialmente, nesse pressuposto que compõe o tipo objetivo e cuja identificação, especialmente na seara empresarial, pelas razões já apontadas, possui peculiar complexidade.

Nessa perspectiva, nosso referencial teórico é o estudo realizado pela professora Estellita, na obra já citada, a partir do qual, depois de aqui realizarmos uma breve sistematização, avançaremos no foco principal do presente trabalho.

Para referida autora:

As posições de garantidores podem ser divididas, segundo um critério funcional, ou seja, segundo a direção dos deveres, em garantidores de proteção de um bem jurídico (função de proteção; deveres de proteção) e os garantidores de vigilância sobre fontes de perigo (função de vigilância; deveres de controle e vigilância). Nos dois grandes grupos, o garantidor deve agir para evitar o resultado ofensivo ao bem jurídico ameaçado, seja porque tem de defendê-lo (garantidor de proteção), seja porque tem de controlar e conter a fonte de perigo (garantidor de vigilância). Não é incomum que haja duplicidade ou sobreposição desses deveres¹²⁷.

Estellita pondera que, se inexistente um dever legal de que todos evitem todos os resultados típicos – um dever que, existente, tornaria a convivência social insuportável, transformando todos em vigilantes de todos –, é de se questionar se algumas pessoas, porém, em virtude de uma especial relação com certos bens jurídicos ou certas fontes de perigo para bens jurídicos não teriam um dever especial de intervir para proteger esses bens jurídicos¹²⁸.

O já mencionado artigo 13 do CP, em seu parágrafo 2º, estabelece um rol fechado¹²⁹, delimitando tal posição, dispondo que a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

¹²⁷ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.167

¹²⁸ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.31.

¹²⁹ Nesse sentido: É relevante salientar que a norma em questão apresenta um rol fechado, fora dela não existe comportamento juridicamente relevante. BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1. p.37

Ainda segundo a professora da Fundação Getúlio Vargas, a teoria das fontes formais¹³⁰ da posição de garantidor foi abandonada pela doutrina majoritária por diversas razões. Conforme ela esclarece, seu defeito central era a falta de um critério propriamente penal que pudesse explicar e legitimar a aplicação da mesma resposta penal a duas condutas diversas, ou, colocado de outra forma, a aplicação da sanção penal baseada tão somente na violação de um dever extrapenal¹³¹.

Assim, o que fundamenta a posição de garantidor é a assunção fática de uma fonte de perigo ou da proteção de um bem jurídico. O papel da regulação extrapenal – a qual pode ser inclusive oriunda de autorregulação do âmbito empresarial – é o de delimitar o dever do garantidor e, pois, os limites dessa responsabilidade.

Tomando um exemplo no âmbito empresarial, a circunstância de alguém figurar no contrato social de uma empresa por cotas de responsabilidade limitada, não o faz automaticamente garantidor, se tal indivíduo não exercer/realizar, no plano fático, qualquer atividade no âmbito desta empresa.

Estellita ainda descreve um panorama dos critérios *materiais* da posição de garantidor, sintetizando as posições de Schünemann, Jakobs, Silva Sánchez e Bottini¹³².

Schünemann traz como critério material para fundamentar a posição de garantidor, o domínio ou controle sobre o fundamento do resultado, tendo como base a exigência de uma razão de igualdade para apenar com a mesma intensidade resultados imputados a uma ação e a uma omissão. Essa igualdade – ou equivalência – tem de ser encontrada no que possa existir de

¹³⁰ Não se pode precisar com rigor, em termos cronológicos, o ponto de separação entre um estágio e outro, a partir de quando a teoria dos deveres jurídicos formais se vê substituída por critérios materiais. Isto se processa gradativamente, mas de qualquer modo com mais clareza a partir de 1959, com a obra de Armin Kaufmann, na qual desenvolve os fundamentos da chamada *teoria das funções* (KAUFMANN, Armin. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, p.282 e ss). Por essa teoria, diferenciava Armin KAUFMANN, quanto à posição de garantidor, os campos de relações nos quais era gerado o dever de impedir o resultado juridicamente proibido. Assim, ao contrário do que propunha a teoria anterior, que indicava com rigor a fontes dos quais esse dever provinha (lei, contrato e ingerência), entendia Armin KAUFMANN que este dever estaria assentado em especiais relações de proteção, assumidas pelas respectivas pessoas, frente a perigos que se desencadeavam contra os afetados. Estas relações seriam reunidas em dois grupos de funções. O primeiro incluiria todas aquelas relações pelas quais o garantidor se comprometesse a defender os afetados frente a todos os perigos que se desenvolveram dentro do seu âmbito de proteção. O segundo incluiria aquelas relações que derivam de fontes de perigo, para as quais o garantidor fosse responsável. No primeiro grupo de casos, incluem-se as relações de proteção entre pais e filhos, entre cônjuges entre pessoas encarregadas de supervisão da atividade de outras. No segundo grupo, inserem-se os deveres derivados da responsabilidade por fontes de geração de perigos, assim como os vinculados à propriedade, aos filhos menores, aos animais domésticos e, ainda, por ações realizadas pelo próprio sujeito (ingerência). TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p.137.

¹³¹ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.82.

¹³² ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.88-93

comum (“igual”) entre ação e omissão, o que Schünemann vai buscar nas estruturas lógico-objetivas comuns à ação e à omissão¹³³.

Segundo Estellita, os passos seguidos por Schünemann¹³⁴ para encontrar essa estrutura comum, são assim sintetizados:

- a) A igualdade à comissão depende de quais peculiaridades da ação fundamentam a punibilidade no respectivo gênero de delitos (de resultado);
- b) O fundamento da punibilidade reside, nos crimes de resultado, na imputação do resultado à pessoa;
- c) O fundamento dessa imputação reside na relação entre a pessoa e seu movimento corporal, que é a causa imediata do resultado nos crimes comissivos;
- d) Dado que só se pode impor a mesma pena a alguém que omite se esta omissão for equiparável à ação, essa equiparação só pode ter lugar buscando o fator comum, isto é, o princípio geral que fundamenta a imputação do resultado ao agente;
- e) Este princípio geral de imputação é o domínio sobre a causa do fundamento do resultado.

Assim, nos crimes omissivos¹³⁵, será o domínio real, e não meramente hipotético, sobre a causa ou fundamento do resultado que permitirá a imputação deste ao agente omissivo. Esse domínio se dá em dois grandes grupos de casos¹³⁶:

- 1) Naquele nos quais o agente exerce domínio sobre o desamparo de um bem jurídico, em virtude do qual a posição de garantidor gera deveres de salvação.
- 2) Naquele nos quais o agente exerce domínio sobre uma causa (coisa ou pessoa) essencial do resultado, caso em que o garantidor tem deveres de asseguramento.

¹³³ SCHÜNEMANN, Bernd *apud* ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.88.

¹³⁴ SCHÜNEMANN, Bernd *apud* ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.88-89.

¹³⁵ Nos crimes comissivos, a relação imediata se dá entre o resultado (por exemplo, morte) e o movimento corporal que é sua causa (por exemplo, o ato de desferir facadas) e o fundamento que permite imputar esse resultado ao agente é o domínio que ele tem sobre o próprio corpo, que é a causa ou fundamento do resultado. SCHÜNEMANN, Bernd *apud* ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.89.

¹³⁶ SCHÜNEMANN, Bernd *apud* ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.89

São exemplo do primeiro caso o dos garantidores por vinculação natural, por relações de comunidade de vida, comunidades de perigo e por assunção da função de guarda sobre um bem jurídico desamparado¹³⁷.

São exemplos do segundo caso o dos garantidores por responsabilidade sobre uma fonte de perigo (coisas) e responsabilidade sobre o atuar alheio (pessoas)¹³⁸, sendo estes casos os que nos interessa mais de perto para o presente estudo.

Como se vê, o critério do domínio evidencia que a mera fonte formal, ou o dever extrapenal, não pode fundamentar a igualdade da resposta penal em caso de ação e omissão do garantidor, sendo necessária uma equivalência também sob o ponto de vista do desvalor da conduta, a qual, para Schünemann, reside no domínio sob o fundamento do resultado¹³⁹.

O critério de Jakobs, por sua vez, tem base puramente normativa e oferece dois vértices para a fundamentação material das posições de garantidores: a responsabilidade por *organização* da própria esfera de competência e a responsabilidade *institucional*¹⁴⁰.

Quem organiza sua vida de certa maneira tem o dever de cuidar para que de seu âmbito de competência não advenham efeitos externos danosos a outras esferas de organização (outras pessoas), isso vale para o próprio corpo ou para coisas e pessoas no âmbito de competência (influência) do agente¹⁴¹. Essa expectativa dos demais cidadãos é derivada do *neminem laedere*, que impõe deveres negativos, ou seja, deveres de não ingerência em esferas jurídicas alheias¹⁴².

Conforme aponta Estellita, a responsabilidade penal no ambiente de empresas, por exemplo, seria um caso de responsabilidade por organização: à liberdade de instalação e operação de uma empresa (portanto, coisas e pessoas) corresponderia o dever negativo de mantê-la sob controle para que não interfira de forma danosa na esfera de terceiros e, superado esse limite, salvá-los em caso de perigo iminente¹⁴³.

¹³⁷ SCHÜNEMANN, Bernd *apud* ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.90.

¹³⁸ SCHÜNEMANN, Bernd *apud* ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.90.

¹³⁹ SCHÜNEMANN, Bernd *apud* ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.90.

¹⁴⁰ JAKOBS, Günther *apud* ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.90.

¹⁴¹ JAKOBS, Günther *apud* ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.90.

¹⁴² Nesse aspecto entende Estellita, que há uma proximidade com a fundamentação normativa no âmbito do domínio, trazido por Schünemann.

¹⁴³ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.91

A responsabilidade *institucional*, por seu turno, se dá em âmbitos vitais, com a estipulação de deveres positivos¹⁴⁴ e afetam pessoas com um *status* especial relacionado a instituições básicas para a existência da sociedade como a dos pais (em relação aos filhos), dos cônjuges entre si e de alguns cargos públicos¹⁴⁵.

Adverte Estellita¹⁴⁶ que essa fundamentação de Jakobs faz reduzir a relevância da distinção entre ação e omissão, mas que isso não implicaria em dizer que não haja diferenças ou particularidades quanto aos pressupostos de uma e outra forma de responsabilidade penal, e que a legitimidade da punibilidade da omissão não prescinde da forma fenomenológica da conduta ou da técnica legislativa empregada para a definição da conduta típica na lei penal.

A responsabilidade que decorre do uso da autonomia individual legitima tanto a proibição de ações perigosas, como de omissões de manutenção do risco já criado dentro de patamares seguros, pois se trata sempre de ingerência em uma esfera jurídica alheia¹⁴⁷.

Silva Sánchez sustenta que somente deveres de organização poderiam fundamentar uma posição de garantidor estrutural e materialmente equivalente à ação, pois somente neste caso é que essa ingerência implicaria a assunção concreta da extensão do próprio âmbito de organização à esfera jurídica alheia que fundamenta um compromisso de contenção que, descumprido, legitima a aplicação da sanção penal prevista para a modalidade comissiva¹⁴⁸.

É este compromisso adquirido e posteriormente descumprido que gera, para este autor, um domínio do risco típico idêntico, normativamente, ao risco criado pela conduta ativa e que, assim, legitima a igualdade da intensidade da resposta penal¹⁴⁹.

Em balanço e tomada de posição, Estellita obtempera que há uma certa aproximação entre as posições de garantidor em virtude da responsabilidade por uma fonte de perigo (Schünemann) e a oriunda de competências organizativas (Jakobs), e entre as posições de

¹⁴⁴Segundo Estellita, essa dicotomia entre deveres negativos e positivos nada tem a ver com a dicotomia (naturalística) entre agir e omitir. Pode-se violar deveres negativos por ação (desferindo um golpe em alguém) ou por omissão (ingerência). O exemplo clássico é o do motorista que atropela um pedestre seja por meio da aceleração do automóvel (ação), seja por não o frear (omissão). O mesmo vale para o âmbito dos deveres positivos, uma vez que um funcionário público pode cometer a corrupção tanto solicitando uma vantagem indevida, como recebendo-a. ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.92.

¹⁴⁵ JAKOBS, Günther *apud* ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.90

¹⁴⁶ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.92.

¹⁴⁷ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.92.

¹⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria *apud* ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.93.

¹⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria *apud* ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.93

garantidor em virtude de deveres de proteção de determinados bens jurídicos (Schünemann) e a oriunda da competência institucional (Jakobs)¹⁵⁰.

Mas considera que apesar dessa aproximação, a base puramente normativa do critério das competências, especialmente no que tange a responsabilidade institucional, padece não só de falta de clareza, como pode conduzir a uma incontrolada amplitude das posições de garantidores em uma sociedade cada vez mais altamente regulada¹⁵¹. Ademais, o caráter acentuadamente normativo obscurece, quando não elimina, o necessário apoio empírico, passível de prova¹⁵², que conecte o atuar humano ao resultado típico e que seja capaz de legitimar a igualdade de severidade da resposta penal dada à omissão do garantidor e à comissão.

Assim, a posição da autora, em suas literais palavras:

O critério do domínio sob o fundamento do resultado, temperado normativamente, não padece de tais defeitos estruturais, oferecendo respostas mais claras tanto para a pergunta sobre a legitimidade da igualdade da resposta penal, como para aquela relativa à necessária conexão entre desvalor da ação e desvalor do resultado. Assim, se de um lado, o fundamento normativo das posições de garantidores de vigilância se assenta no binômio liberdade-responsabilidade e das posições de garantidores de proteção em especiais deveres de solidariedade ligados ao desamparo da vítima, em qualquer desses casos é imprescindível uma assunção fática pelo garantidor do compromisso de conter os riscos ou de atuar na proteção do bem jurídico.

2.2.2 Espécies de garantidores

Tomando por base o exposto e a redação das alíneas do §2º do artigo 13 do Código Penal Brasileiro, temos que os garantidores de proteção e vigilância se encontram estampados na previsão da alínea *a*. Os garantidores por assunção, na alínea *b* (sendo que da assunção podem decorrer tanto deveres de proteção, como de vigilância, como adiante veremos) e, por fim, na alínea *c*, a posição de garantidor decorrente da ingerência.

A seguir são abordadas brevemente cada uma dessas posições, analisando posteriormente, e de forma mais detida, a posição de garantidor do dirigente de empresa tendo em vista sua particular relevância para o objeto do presente estudo.

¹⁵⁰ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.94

¹⁵¹ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.92

¹⁵² ROXIN, Claus, *apud* ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.94

a) Garantidores de proteção

A ideia central do fundamento material da posição de garantidor de proteção é, para uns, a custódia (Schünemann), para outros a competência institucional (Jakobs)¹⁵³. O garantidor tem, aqui, de vigiar e conter os perigos externos que podem afetar o bem jurídico. A direção do perigo é de fora (do mundo exterior) em direção ao bem jurídico, e o garantidor deve protegê-lo contra *todos* os perigos¹⁵⁴.

Caso de clássico de garantidores de proteção é a dos pais em relação aos filhos menores de idade.

b) Garantidores de vigilância

Os garantidores de vigilância têm o dever de vigiar e conter perigos oriundos de uma fonte de perigo. Sua responsabilidade decorre do uso de sua liberdade de organizar sua vida como bem entender, desde que respeitadas as esferas alheias.¹⁵⁵ Assim, estão proibidas tanto as ações perigosas, como as omissões da adoção de condutas de manutenção do risco já criado dentro de patamares seguros.

É essa relação juridicamente fundada entre uma pessoa e uma fonte de perigo que fundamenta sua posição de garantidor e seus deveres de vigilância e intervenção para evitar a ocorrência do resultado proibido pela norma penal.

Os subcasos de posições de garantidores de vigilância costumam ser divididas em três constelações de casos: responsabilidade por *coisas* perigosas; responsabilidades por *pessoas* perigosas; e responsabilidade pela *própria criação anterior do risco* (ingerência).¹⁵⁶

c) Garantidores por assunção

Tanto os deveres de proteção como os de vigilância podem ser assumidos como prevê expressamente nosso direito positivo no artigo 13, §2º, *b*, CPB. A constituição da nova posição

¹⁵³ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.96

¹⁵⁴ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017.p.96, grifo no original.

¹⁵⁵ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.99

¹⁵⁶ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.100, grifos no original

de garantidor por assunção pressupõe que a entrada na esfera de responsabilidade do agente seja fática e real, gerando para o titular do bem jurídico ou para o garantidor originário (no caso de delegação) a redução das medidas de proteção ou vigilância¹⁵⁷.

Essa assunção só pode ser afirmada quando o agente assume faticamente a esfera de responsabilidade (aspecto material), independentemente de formalidades, como a existência de um contrato formal¹⁵⁸. Estellita, esclarece, contudo, que embora a base contratual, expressa ou tácita, não tenha o condão, por si só, de constituir posição de garantidor, ela pode ser relevante para a determinação do objeto de vigilância ou proteção e para a concretização dos limites do dever agir para impedir o resultado.¹⁵⁹

A extensão do dever de garantidor de proteção estabelece-se a partir das necessidades de ajuda ou socorro da vítima ou dos termos do acordo de assunção da posição de garantidor efetivamente colocado em prática.¹⁶⁰

Tanto os deveres de proteção como os de vigilância podem ser delegados, sendo a delegação fundamento da constituição de uma nova posição de garantidor no agente delegado¹⁶¹. A posição de garantidor em virtude de assunção de deveres delegados tem particular relevância, pois é a forma por excelência de ocupação dessas posições no âmbito de empresas¹⁶² e a veremos com mais vagar logo adiante.

d) Garantidores por ingerência

Em nosso ordenamento jurídico, a criação do risco como fundamento de um dever especial de agir para impedir o resultado está expressamente prevista no artigo 13, §2º, *c*, CPB, exigindo-se que o agente tenha “com seu comportamento anterior” criado “o risco da ocorrência do resultado”.

O fundamento material da equiparação quanto à intensidade da resposta penal reside, como visto, na conjunção entre liberdade de agir e responsabilidade por suas ações¹⁶³. Ainda

¹⁵⁷ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.103

¹⁵⁸ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.104

¹⁵⁹ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.104

¹⁶⁰ ROXIN, Claus *apud* ESTELLITA Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.104.

¹⁶¹ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.104

¹⁶² ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.104

¹⁶³ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.102

segundo Estellita, se se aceitar que a *criação* do risco pode se dar por ação ou omissão antecedente, parece ter razão o entendimento segundo o qual a ingerência é o fundamento comum da responsabilidade não só pela criação de um risco desaprovado juridicamente (ação), como também pela omissão das medidas que mantenham o risco dentro do patamar permitido, ou que o reconduzam a tal patamar¹⁶⁴.

Segundo a professora da FGV esclarece, em relação a ingerência, há divergência quanto a se esse atuar precedente tem ou não de ser antijurídico para constituição da posição de garantidor.

Para Schünemann¹⁶⁵, por exemplo, a ingerência seria político-criminalmente desnecessária, seja porque a posição de garantidor nestes casos, já decorreria de uma violação dos deveres de asseguramento ínsitos à vida em comunidade, seja porque a punição da modalidade culposa já representaria a incriminação direta do atuar precedente, sendo desnecessária uma nova punibilidade¹⁶⁶.

Roxin entende que a noção de ingerência seria plenamente compatível com o critério de domínio. Ainda assim, estabelece restrições para a mesma. Inicialmente afirma que para se aceitar uma imputação a título de ingerência, a ação prévia deve ser objetivamente imputável a quem a causou. Mas, mais fundamental e de importância no campo empresarial, é que não se pode falar em ingerência se a ação prévia se mantém dentro de um âmbito de risco permitido¹⁶⁷.

¹⁶⁴ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.102-103

¹⁶⁵ SCHÜNEMANN, Bernd *apud* ESTELLITA, Heloisa, op.cit.p.101

¹⁶⁶ Para Juarez Tavares: Na verdade o conceito de ingerência é produto do positivismo do século XIX, que enfrentava o problema de equacionar racionalmente a causalidade na omissão e, com isso, possibilitar sua equiparação a ação. As tentativas de GLASER e MERKEL, nesse sentido, assinalam a necessidade de se buscar na omissão um fundamento material que justificasse a imputação do resultado ao sujeito, sobre o qual recaía um dever de agir [...]. A exigência de um poder de controle sobre o processo de produção e desenvolvimento do resultado é o mínimo que se pode traçar para evitar que a ingerência se transforme em instrumento odioso de responsabilidade por mera irregularidade. Com isso, quer-se significar que o sujeito domina as fontes estáticas e dinâmicas do evento e detém o poder de evitar que as forças causais se exarquem no resultado lesivo ao bem jurídico. Ainda que tal enunciado tenha um sentido limitador, em comparação com a fórmula genérica do Código Penal, está a despertar uma outra forma de responsabilidade objetiva, porque pode caracterizar como ingerente qualquer um que detenha esse poder. Sem os corretivos necessários, pode-se fazer o ingerente responsável por um evento que só, indiretamente, lhe poderia ser atribuído ou fazer decorrer sua responsabilidade de um simples movimento corpóreo. Como meio de impedir que se amplie, desse modo, a responsabilidade penal, será indispensável agregar a essa relação de domínio entre o atuar precedente e seus desdobramentos subsequentes outros pressupostos restritivos da imputação do fato ao sujeito. Essa limitação da responsabilidade por ingerência encontra na doutrina campo fértil, que – pode-se dizer – começa com a obra de RUDOLPHI, ao instituir a exigência de que o atuar precedente seja antijurídico, até o posicionamento de ROXIN, ao subordinar a ingerência aos critérios de imputação objetiva. Seguindo essa orientação, pode-se afirmar, então, que esses pressupostos dizem respeito ao processo de imputação e podem se manifestar nos seguintes casos: (a) limitação objetiva da casualidade, (b) risco permitido (c) âmbito de responsabilidade do sujeito e (d) ilicitude do fato. TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p.332-333

¹⁶⁷ ROXIN, Claus *apud* SILVEIRA, Renato M. J. **Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2018.p.108

2.2.3 Posição de garantidor dos dirigentes de empresas

O espectro de abrangência da posição de garante do empresário é amplíssimo¹⁶⁸, na medida em que se exige seu controle sobre várias fontes de perigo decorrentes da atividade empresarial¹⁶⁹ tais como equipamentos, produtos, pessoas, etc.

Tendo isso em mente e retornando a noção da complexidade da organização, descentralização, coordenação e delegação, próprios do ambiente empresarial, importante observar que as empresas, especialmente as de médio a grande porte, estruturam suas atividades a partir da divisão de trabalho e de funções¹⁷⁰. A análise da responsabilidade por resultados danosos deve ter como ponto de partida justamente a verificação das posições de garantia dentro da estrutura organizacional da empresa e as relações de cada cargo/função com as condutas que deveriam ter sido levadas a efeito para evitar aqueles resultados.

Conforme leciona Estellita, a divisão de trabalho é um dos aspectos da organização da atividade econômica em empresa que acarreta maiores dificuldades para um direito penal cujo paradigma é o da autoria dolosa individual.¹⁷¹

A divisão do trabalho neste ambiente abrange uma ampla gama de atividades, que vão desde simples rotinas administrativas, a tomadas de decisões sobre os rumos da empresa e sua atividade econômica, exercida em estruturas horizontais e verticais, com descentralização e delegação de funções, que impactam diretamente a análise das responsabilidades, mormente a de natureza penal.

¹⁶⁸ “A responsabilidade assumida por sua posição, e pelo risco que ele acaba por englobar, é quase infinita. Muito do fundamento dessa amplitude do grau de responsabilidades que se fazem esperar do empresário deve-se ao novo modelo empresarial derivado de entendimentos de ética corporativa. As noções atuais de *criminal compliance* e boa governança, impõe, assim, novas percepções de responsabilidades”. SILVEIRA, Renato M. J. **Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: Ed. D’Plácido 2018. p.111.

¹⁶⁹ “Como esclarece Dopico Gómez-Aller, o empresário é quem constrói, fabrica, organiza o transporte de passageiros ou mercadorias, quem comercializa, enfim, quem tem o lucro empresarial por determinada atividade. A liberdade de organização empresarial, tão bradada no liberalismo clássico, hoje mostra-se completamente diversa, sendo regida por freios e contrapesos, muitas vezes estabelecidos por sistemas de autorregulação. De todo modo, é importante que fique claro que as tarefas mencionadas nem sempre são realizadas pelo empresário de forma direta, senão de forma delegada. Existe, aí, toda a consideração acerca da capacidade do agente delegado de assumir o papel de garante, e como vem elas a controlar os focos de perigo resultantes da atividade em questão”. DOPICO GOMEZ-ALLER, Jacobo *apud* SILVEIRA, Renato M. J. **Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: Ed. D’Plácido 2018, p.111.

¹⁷⁰ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 169. Mesmos nas empresas de pequeno porte, essa divisão também existe, mas de forma mais simplificada. Também se faz presente a delegação, como, por exemplo, a contratação de contador externo, prática muito comum na realidade brasileira das micro e pequenas empresas.

¹⁷¹ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.43

Além disso, também é característica das grandes empresas a atribuição de certas decisões a órgãos colegiados, conselhos, comitês, etc., característica que apresenta dificuldades para a imputação da responsabilidade no tocante ao estabelecimento do nexo de causalidade¹⁷². Some-se a isso a necessidade de se lidar com grande fluxo de informações, que são produzidas por setores diversos e que precisam ser consolidadas para que esses órgãos colegiados e diretorias possam tomar decisões.

Nessa perspectiva:

É preciso ter em conta e de forma clara que esses fenômenos – *fragmentação, segmentação, canalização e filtragem* da informação – são uma necessidade inexorável das empresas modernas. Desde empresas de médio às de grande porte, os membros da cúpula da empresa simplesmente não seriam capazes de assimilar todas as informações e de ter todos os conhecimentos necessários para tomar decisões, o processo de decisão se tornaria, assim, não só extremamente vagaroso, como até inviável em determinadas circunstâncias. Ademais, uma tal exigência impediria uma reação temporalmente adequada a situações que demandassem resposta rápida ou imediata.¹⁷³

Não por outra razão, um dos elementos dos contemporâneos programas de *compliance* é o estabelecimento de canais de comunicação (ou de denúncia), que visa compensar parcialmente os limites naturais do fluxo de informação dentro das empresas.¹⁷⁴

Diante dessa realidade e frente a essência e finalidade do *compliance*, traz-se agora considerações pontuais acerca das posições de garantidores no ambiente empresarial, mas uma vez valendo-se dos estudos realizados por Estellita.

O ponto central do estudo realizado pela professora da FGV foi justamente enfrentar a problemática da punição dos dirigentes de empresas por crimes praticados por outros membros da mesma empresa, sendo tal estudo uma tentativa de oferecer respostas à indagação sobre a posição de garantidor dos dirigentes de empresa por crimes praticados por seus integrantes no exercício da atividade econômica.

Como a análise do elemento subjetivo pressupõe, primeiramente, o preenchimento dos elementos objetivos do tipo, apontamos as conclusões de Estellita como suporte para as afirmações posteriores quanto a caracterização do dolo do garante no ambiente empresarial, no qual os programas de *compliance* se façam presentes.

¹⁷²ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.47

¹⁷³ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.48 (grifos no original)

¹⁷⁴ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.51

Sintetiza-se a seguir as conclusões da referida autora, dando maior destaque àquelas que dizem respeito as posições de garantes relacionadas a delegação, por apresentar maior complexidade de aferição e interessar diretamente a análise posterior quanto a individualização da responsabilidade, tendo em vista que a implementação de programas de integridade pode implicar na constituição de novas posições de garantidores por delegação.

Opta-se, mais uma vez, por recorrer-se ao referido trabalho, tendo em vista que a autora realizou profundo estudo sobre o tema, rendendo tribuno ao melhor da doutrina nacional e estrangeira¹⁷⁵, de modo que qualquer pretensão de novidade seria trabalho hercúleo. Além disso, o presente capítulo tem objetivo mais descritivo que argumentativo, servindo como um lastro necessário, um percurso construtivo para sustentar o raciocínio que se segue no capítulo seguinte, que se dedica ao ponto central da pesquisa.

Conclui Estellita¹⁷⁶, em apertada síntese e focando-se nos aspectos mais relacionados a hipótese da pesquisa que:

1 - A análise da responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes por crimes praticados a partir da empresa contra bens jurídicos de terceiros ou da coletividade se coloca no âmbito da constituição de posições de garantia de vigilância oriundas da criação de uma fonte de perigo ou da assunção, total ou parcial dessa vigilância.

2 - À fundamentação da posição de garantidor por controle sobre o subordinado e mesmo àquela que considera pessoas como fonte de perigo, opõe-se o argumento da autorresponsabilidade¹⁷⁷ como barreira ao reconhecimento da posição de garantidor dos dirigentes.

3 - Essas fricções podem ser superadas na medida em que se considere que o dever de atuar não se dirige ao subordinado, mas à evitação do resultado e, ainda, que a responsabilização

¹⁷⁵ Referida obra conta com extensa bibliografia a qual remetemos o leitor, p.307-325.

¹⁷⁶ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.167-171

¹⁷⁷ “Schünemann assenta a posição de garantidor dos dirigentes em três pilares: o poder de direção, o domínio sobre o conhecimento/informação e a executabilidade fática de suas instruções confirmada faticamente pela subordinação dos subalternos e responde ao contra-argumento da autorresponsabilidade do empregado – do qual decorre que ninguém está obrigado a impedir que terceiros autorresponsáveis pratiquem crimes – com a asserção de que, em estruturas coletivas organizadas, a autonomia do empregado é meramente aparente, sendo apenas uma fachada, já que nelas o comportamento não decorre de uma decisão pessoal, mas, sim, da observância a regras da associação, do que resulta que onde se verifiquem os três pilares por ele referidos, fica enfraquecida a barreira representada pelo princípio da autorresponsabilidade. Disso decorre a importância da diferenciação entre um ato praticado no interesse da associação e outro praticado em excesso: somente um ato praticado no interesse da associação exterioriza um domínio de associação e, pois, fundamenta uma posição de garantidor do superior”. ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.111-112

do garantidor não é por fato alheio, do agente ativo, mas oriunda da quebra de seu próprio dever de agir para evitar o resultado.

4 - O fundamento da posição de garantidor por ingerência parece ser insuficiente para contemplar todas as constelações de casos penalmente relevantes diante do costumeiro distanciamento temporal e pessoal entre a criação do perigo e a realização do resultado nos crimes econômicos.

5 - O fundamento que melhor parece se ajustar à estrutura de gestão de pessoas e objetos nas empresas é o que considera como fonte de perigo permitida, criada no âmbito da liberdade de empreender, e que atrai para si, como contrapartida, o dever de controlar os riscos e agir para evitar resultados danosos.

6 - Os perigos podem ser intrínsecos às atividades desenvolvidas pela empresa ou resultar de atos de organização e gestão dos administradores, pois a própria coordenação de tarefas na empresa é, em si, um fator de risco.

7 - Serão garantidores originários na empresa aquelas pessoas que tenham uma relação juridicamente fundada de controle sobre a fonte de perigo empresa, confirmada pela assunção fática dessas tarefas¹⁷⁸. É a partir deles que se estruturam tanto a divisão horizontal (descentralização) como a divisão vertical de funções (delegação).

8 - Para atender às especificidades das diversas atividade e encargos próprios da atividade econômica, as empresas estruturam sua administração em unidades, departamentos, diretorias, à frente das quais colocam pessoas com algum grau de expertise na área a ser gerida. A essa divisão de funções que ocorre no mesmo nível hierárquico, correspondem estruturas de responsabilidade horizontal. Dentro dessas unidades, departamentos ou diretorias procede-se então a delegações de tarefas e atividades. Sendo impossível realizar todas as tarefas e incumbências necessárias ao exercício da atividade econômica-fim da empresa e das relativas também à gestão, procede-se então a delegações de tarefas e funções aos seus integrantes, às quais podem se seguir novas delegações. À delegação de atividades, tarefas e funções, que ocorre entre níveis hierárquicos distintos, corresponde, estruturas de responsabilidade vertical.

9 - Nas estruturas verticais de delegação de funções e tarefas, o fundamento da constituição de garantidor é a assunção (art. 13, §2º, *b* CP). Uma assunção só tem lugar quando o delegado entra de fato no exercício da atividade assumida. O correlato abandono, pelo garantidor originário, das atividades de controle sobre a fonte de perigo é que fundamenta a

¹⁷⁸A mera designação nos documentos sociais ou no organograma na companhia será irrelevante se não corresponder ao seu exercício fático. ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 168

constituição da posição de garantidor no delegado. Essa transferência de funções e tarefas implica, de um lado, a constituição de um novo garantidor (o delegado/garantidor secundário ou derivado), de outro, a exoneração parcial do delegante (garantidor originário).

10 - A delegação pode ter essencialmente, dois conteúdos diversos: a delegação das atividades propriamente econômicas (sua atividade fim), como também a delegação da atividade ou função de vigilância.

11 - Nos dois casos, tratando-se de manifestação do exercício da liberdade de organização com pretensão duradoura, há dever de manter a fonte de perigo dentro dos limites juridicamente permitidos. Se o delegante não tem mais por atribuição desempenhar as atividades delegadas, tem, contudo, deveres de seleção, instrução, organização, supervisão e intervenção no específico âmbito de delegação.

12 - O princípio da confiança tem aplicação no âmbito das estruturas verticais, de delegação. A regra fundamental é a de que os envolvidos podem confiar na atuação correta dos demais, porém devem intervir diante de sinais que tornem injustificada a confiança.¹⁷⁹ O delegante só pode confiar no desempenho adequado das tarefas atribuídas ao delegado quando cumprir seus deveres de escolha adequada do delegado, quando o instruir corretamente e lhe der condições materiais para o desempenho das tarefas abrangidas pelo âmbito de competência delegado, mantendo, porém, sempre alguma forma de supervisão sobre seu desempenho.

13 - Na delegação de tarefas de vigilância há gradação na intensidade dos deveres do garantidor. Os delegantes mais próximos da execução da tarefa têm deveres de supervisão ativa, sendo exigível a realização de tarefas ativas de supervisão de modo ordinário e periódico. Delegantes mais distantes têm apenas deveres de supervisão reativas, exigindo-se uma reação diante de indícios de que está em andamento uma situação de perigo.

2.2.4 A posição de garantidor do *Compliance Officer*

No que concerne especificamente a posição de garante do *compliance officer*, vale, desde logo apontar que a mera existência do *compliance* não implica em automática transferência da posição de garantidor, e a extensão de seus deveres – e, portanto, de suas responsabilidades –, dependerão da conformação da função de *compliance* no caso concreto¹⁸⁰.

¹⁷⁹ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.170

¹⁸⁰ Nesse sentido: “...não existe uma posição de garante original do *compliance officer* por todos os delitos que se cometem na empresa. Os deveres primários atribuídos ao *compliance officer* se reduzem a avaliar os riscos e implementar um programa de conformidade de acordo com a valoração, a vigiar o cumprimento do programa e formar os trabalhadores e informar a direção da empresa sobre o desenvolvimento, incidências e eventuais riscos detectados na sua atividade. Assim, o *compliance officer* ocupa uma posição na empresa imediatamente

A conformação do setor de cumprimento de uma empresa pode apresentar extensão e características diversas. Ao *compliance officer* pode-se delegar, por exemplo, tão somente os deveres de mapeamento dos riscos, levantamento e acompanhamento de informações sobre as atividades potencialmente arriscadas de cada setor da empresa ou ainda conferir-lhe poderes executivos, para que além da detecção, possa realizar a correção necessária. A empresa pode ter um setor próprio de *compliance* ou pode contratar uma consultoria externa. Segue-se assim, centenas de possibilidade de conformações, cujos reflexos em termos de responsabilidade penal não comporta uma única resposta.

A vista de tal realidade, não se pode fazer uma afirmação apriorística quanto à existência ou não da posição de garantidor na pessoa do encarregado de vigilância, ou mesmo avançar sobre o tema de seus deveres, sem ter em conta a forma concretamente adotada para conformar o desempenho da função de vigilância na empresa¹⁸¹.

Diante disso, quando presentes os programas de *compliance*, os efeitos da delegação, tanto para o delegante, quanto para a delegado, nas situações que se caracterizam como omissão imprópria, também se mostra como ponto a ser analisado na aferição da tipicidade subjetiva.

Nos dizeres de Heloísa Estellita¹⁸²:

A delegação pode ter, essencialmente, dois conteúdos diversos: a) a delegação de atividades propriamente econômicas (relacionadas ao processo de produção ou de prestação de serviços que forma o objeto social da sociedade) e administrativas da empresa, executadas como expressão da persecução de seus objetivos sociais; ou b) a delegação de atividade ou função de vigilância. Nos dois casos, tratando-se de manifestação do exercício de liberdade de organização com pretensão duradoura, há dever de manter a fonte de perigo dentro dos limites juridicamente permitidos. Se o delegante não tem mais por atribuição desempenhar as atividades delegadas, tem, contudo, deveres de seleção, instrução, organização, supervisão e intervenção no específico âmbito de delegação.

E conforme adverte Silveira¹⁸³, mesmo tendo em conta a possibilidade de delegação de responsabilidades (também penais) em sede empresarial, é de se observar que isso não importa

subordinada aos órgãos de direção, similar a posição de um alto diretor. Ainda, ele armazena todas as informações relevantes e tem a faculdade de inspeção e de obtenção de informação de toda a empresa. Tem também faculdades decisórias sobre os eventuais controles e investigações sobre possíveis suspeitas. É independente em termos organizativos, econômicos e materiais, mesmo que careça de faculdades executivas. Seus deveres de informação incluem um “direito de escalada”, consistente em poder dirigir-se diretamente à cúpula da empresa para transmitir-lhe a informação relevante, fruto de sua atividade. PLANAS. Ricardo Robles. **Estudos de dogmática jurídico-penal**. Belo Horizonte: D’Plácido: 2016.p.247.

¹⁸¹ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.214.

¹⁸² ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.170.

¹⁸³ SILVEIRA, Renato M. J. **Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: Ed. D’Plácido, 2018. p.155-156.

em pura e simples cessão completa de responsabilidades. Há de se buscar um referencial dogmático, que explique quando se justifica uma imputação e quando se justifica um afastamento de responsabilidade.

Além disso, os atos formais de constituição do *compliance officer* – o contrato, por exemplo – não implica em automática assunção de responsabilidade que, somente se verifica, com a manifestação daquelas atribuições no plano fático.

Assim, se é possível afirmar que há constituição de nova posição de garantia na pessoa do *compliance officer* – que se torna garantidor por delegação, também denominado de garantidor secundário –, também se pode afirmar que o *compliance officer* não se torna necessariamente responsável por evitar todo e qualquer ilícito que possa se operar em uma empresa, nem se encontre imune de responsabilização o garante originário.

A extensão da delegação, portanto, e o que efetivamente assumido no plano fático, dará o norte das responsabilidades, inclusive penais, do *compliance officer*, remanescendo ao garantidor originário os deveres de adequada seleção do delegado; de municiar-lhe com formação e informações necessárias ao desempenho da função, conferindo-lhe ainda os instrumentos econômicos e materiais necessários, bem como mantendo vigilância sobre as funções delegadas.

Logo, se conclui que, embora não se possa ter uma resposta genérica, aplicável a todos os casos, quanto a extensão da responsabilidade da posição de garantidor do *compliance officer*, pode-se, porém, afirmar que em todos os casos a análise deve partir, necessariamente, da verificação dos concretos feixes de atribuições delegadas e sua conformação no plano fático, sem descurar ainda do que remanesce ao delegante.

2.3 DEMAIS PRESSUPOSTOS OBJETIVOS DA OMISSÃO IMPRÓPRIA

2.3.1 Situação típica, resultado, possibilidade de agir

Parte da doutrina nacional¹⁸⁴ a partir da interpretação teleológica do art. 13, § 2º do Código Penal, aponta como pressupostos para a configuração do tipo objetivo nos crimes omissivos impróprios: a) a situação de perigo para o bem jurídico; b) omissão da ação devida; c) o resultado típico; d) a posição de garantidor; e) possibilidade de agir para a evitação do resultado;

¹⁸⁴ Victor Costa, na obra já referenciada, cita como exemplo desse posicionamento: MUNHOZ NETO, Alcides. Os crimes omissivos no Brasil. Curitiba: UFPR, 1983, p. 23. Vide ainda: ROCHA, Ronan A relação de causalidade no direito penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 183.

Há ainda uma outra corrente que defende serem necessários para sua configuração, além desses elementos, a relação de causalidade e a imputação objetiva do resultado¹⁸⁵.

Assim, constatado o resultado típico, a determinação da posição de garantidor é apenas o primeiro passo para a afirmação da responsabilidade, havendo que se perquirir sobre o preenchimento dos demais pressupostos objetivos para, então, avançar-se na análise da tipicidade subjetiva e dos demais elementos que compõe o conceito tripartite de crime.

As posições de garantidores clausuladas nas alíneas do §2º do art.13 do Código Penal foram objeto de análise nos itens precedentes. Passaremos agora a análise dos demais pressupostos, reservando um item específico a relação de causalidade e imputação objetiva, posto se tratar de ponto complexo, que por si, poderia render uma pesquisa a parte.

O artigo 13 do Código Penal inicia sua redação com a menção a *resultado*. Assim, há que se perquirir de que resultado se trata, havendo predominantemente duas correntes que respondem de forma diversa a esse questionamento: uma no sentido de que o resultado se refere a efetiva alteração do mundo material, ou seja, a resultado naturalístico; outra que compreende o resultado como acontecer típico.

Para essa primeira corrente não seria possível, portanto, a violação de tipos penais de mera conduta por meio da omissão imprópria, solução que difere se adotada a segunda corrente.

Para Estellita, o legislador empregou a expressão *resultado* com significado semântico diverso, ora designando um evento naturalístico espaço-temporalmente separado da conduta, ora como acontecimento típico¹⁸⁶. Para referida autora, parece sustentável que o termo *resultado* utilizado no §2º do artigo 13, seja interpretado como ofensa (lesão ou perigo de lesão) ao bem jurídico, e sendo os tipos penais molduras descritoras de condutas perigosas para bens jurídicos, o *resultado* nada mais seria que um *acontecimento típico*¹⁸⁷.

Assim, pode se sustentar que o dever de agir para impedir o *resultado* possa ser traduzido no dever de evitar que alguém, na iminência de praticar uma conduta típica, afete o bem jurídico, não havendo, portanto, impedimento ao reconhecimento da prática de crimes de

¹⁸⁵ Nesse sentido os autores Victor Costa e Heloísa Estellita, nas obras já citadas.

¹⁸⁶ “Assim, no artigo 15 do CPB é pressuposto do arrependimento eficaz essa separação entre conduta e “resultado”, cuja ocorrência o autor impede, empregando o legislador o termo no sentido de evento naturalístico. Também nas normas que definem o tempo e o local do crime, a expressão parece ter o sentido de evento naturalístico separado da conduta (art.4º e 6º do CPB). Todavia, no artigo 18, ao definir as condutas culposas e dolosas, novamente emprega a expressão, exigindo, para a conduta dolosa, que o autor queria ou assumia o risco de produzir o *resultado*. Aqui o legislador utiliza a expressão com sentido mais próximo ao de “acontecimento típico”, porque, do contrário, compreendendo-a como “evento naturalístico”, teríamos que negar o dolo nos crimes de mera conduta, que prescindem desse evento”. ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.238.

¹⁸⁷ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.238.

mera atividade por meio da omissão imprópria. Como exemplo, pode ser pensado o caso em que o sócio administrador – garante, portanto – intencionalmente deixa de impedir que um funcionário ofereça vantagem a um servidor público (art.333 CP), para que a empresa seja favorecida em uma licitação.

Esse *dever de agir* imposto ao garante surge quando se constata o risco de lesão a um bem jurídico penalmente tutelado, impondo-lhe a obrigação de realizar uma conduta determinada em benefício de um bem concretamente ameaçado, não se trata, portanto, de um dever abstrato. Logo, é a situação de perigo para o bem jurídico que faz surgir o *dever de agir* que, por outro lado, também está atrelado a possibilidade jurídica de agir e a capacidade físico real de poder fazê-lo. Nesse ponto, pertinente a reflexão sobre os impactos do *compliance*.

Nas empresas de médio e grande porte, na maioria das vezes os eventos e condutas que levam a resultados danosos, não ocorrem na presença daqueles que estão na posição de garante os quais, por sua vez, dependem de um adequado fluxo de informações nesse ambiente, para a tomada de decisões e realização de ações de forma temporalmente suficiente ao impedimento desses resultados.

O garante tem, por outro lado, o dever de buscar essas informações, não podendo simplesmente alegar que os fatos não chegaram ao seu conhecimento ou mesmo criar barreiras a essa chegada.

Quando da implementação de um setor de *compliance* há delegação dos deveres de vigilância, com possibilidade de criação de nova posição de garantia no agente delegado, subsistindo ao garantidor originário aqueles deveres já anteriormente pontuados¹⁸⁸.

Mas adequadamente implantado e não se tratando de *compliance* de fachada, deve ser verificado se, no caso concreto, a situação de perigo que aciona o dever de agir, de fato, chegou ao conhecimento do garantidor com poderes executivos/diretivos para impedi-lo, ou mesmo se tais poderes foram delegados ao *compliance officer*, pois, conforme também já destacado nos itens anteriores, várias podem ser as configurações dos feixes concretos de atuação, delegados a tais profissionais.

Nessa perspectiva¹⁸⁹:

Em âmbitos com competências individuais juridicamente regulados – por lei, contrato ou outro instrumento com força normativa legalmente reconhecida, como os estatutos sociais, etc – o conteúdo do dever concreto de agir é delimitado por essas normas, que

¹⁸⁸ Adequada seleção do delegado; vigilância e supervisão de sua atuação; dotar o delegado de formação e informação; fornecer meios econômicos e materiais para o desempenho da função; organização e coordenação harmônica de vários delegados, etc.

¹⁸⁹ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.248.

estabelecem concretamente a *possibilidade jurídica de agir* do garantidor e, pois, o que é dele juridicamente esperado, ou o conteúdo do seu dever concreto de agir. É justamente o que sucede no âmbito da responsabilidade omissiva dos dirigentes de empresas, regulado por normas de direito societário, diretamente ou por meio de autorização de autorregulação, e onde, portanto, a questão da *possibilidade jurídica de agir* adquire relevância central na determinação do conteúdo concreto do dever de agir do garantidor. Nestes casos, podem-se diferenciar esses três elementos da omissão penalmente relevante: posição de garantidor, possibilidade jurídica de agir e capacidade físico-real de agir.

Por fim, esse dever concreto de agir também é determinado pelo tipo concretamente violado, de modo a se poder analisar qual(is) era(m) a(s) conduta(s) que se poderia exigir do garante, e que foi omitida.

Podem se extrair os seguintes exemplos da doutrina: se se trata de estelionato, o garantidor deve agir para evitar o dano patrimonial (art.171 CPB); se se trata de crime ambiental de poluição, deve agir para evitar a mortandade de animais ou a destruição da flora (art.54, Lei 9.605/98); se de corrupção ativa, para que não seja feita a oferta ou a promessa de vantagem indevida a funcionário público (art. 333, CPB), etc¹⁹⁰.

2.3.2 Causalidade e imputação objetiva

Conforme anteriormente apontado, parte da doutrina defende que a causalidade e a imputação objetiva também integram o tipo objetivo da omissão imprópria¹⁹¹. Discute-se ainda se há uma verdadeira causalidade na omissão (naturalística), ou se esta seria tão somente normativa.

O tema tem suscitado debates e existem monografias específicas¹⁹², de modo que aqui será preterido maior esforço argumentativo para somente apresentar as principais teorias

¹⁹⁰ Exemplos extraídos da obra de Heloisa Estellita, já referenciada, p.252.

¹⁹¹ Segundo Ronan Rocha: “Embora existam diversas propostas teóricas relativas à imputação objetiva, há relativo consenso quanto à sua posição sistemática: os critérios normativos propostos pela imputação objetiva situam-se no âmbito do tipo objetivo. Todavia, a delimitação entre os planos da causalidade e da imputação objetiva parece não estar muito claro para alguns autores. Aliás, há até mesmo quem proponha que a causalidade deva ser absorvida pela teoria da imputação objetiva do resultado”. Rocha aponta como exemplo de autores que defendem esse posicionamento, dentre outros, Juan Bustos Ramirez e na doutrina nacional, Damásio de Jesus. Depois de sintetizar os argumentos desses e de outros autores sobre a relação entre causalidade e imputação objetiva, Rocha conclui que “[...]sem causalidade não há imputação objetiva. Assim, a causalidade deve ser entendida como pressuposto da imputação objetiva, como algo que deve existir efetivamente para que se possa falar em imputação objetiva”. ROCHA, Ronan. **A relação de causalidade no direito penal**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016.p.41-77.

¹⁹² Cf. ROCHA, Ronan. **A relação de causalidade no direito penal**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016; GREGO, Luis. **Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

existentes, posto que a opção por um ou outro caminho, impacta a subsequente análise subjetiva, especialmente na admissão do dolo eventual¹⁹³.

Segundo Luis Grego¹⁹⁴ acerca da causalidade entre omissão e resultado há duas correntes principais e antagônicas. A primeira, denominada de *teoria da inevitabilidade* sustenta que o resultado somente pode ser imputado ao omitente se a prática da conduta devida tivesse impedido o resultado com uma probabilidade próxima da certeza. Em sentido contrário, a chamada *teoria da diminuição do risco* contenta-se com a criação de uma chance de salvamento.

Ainda conforme Grego¹⁹⁵:

A opinião majoritária, que *rejeita autêntica causalidade nas omissões*, reporta-se, sobretudo, ao brocardo latino *ex nihilo nihil fit*: uma omissão, como um nada, também nada faz surgir [...]. A corrente contrária responde que essa concepção, se baseia em uma misteriosa compreensão da causalidade como força eficiente, compreensão que desconhece que a causalidade é simplesmente uma relação condicional lógica. Omissões, assim como comissões, poderiam constituir uma condição, a saber, uma condição negativa, de modo que nada impediria fosse elas consideradas causa.

Tal discussão se limita aos crimes omissivos impróprios, posto que esses são delitos de resultado, ao passo que os crimes omissivos próprios são crimes de mera conduta, cuja tipicidade objetiva se perfaz com a omissão da ação devida, prescindindo do resultado naturalístico.

O Direito brasileiro adotou, conforme se depreende do *caput* do artigo 13 do CP, a Teoria da Equivalência das Condições. Todo evento que concorre para o resultado é considerado causa dele. Não há sentido, pois, em diferenciar-se causa do resultado e condição do resultado, porque todas elas são consideradas igualmente necessárias para a ocorrência do multirreferido resultado¹⁹⁶.

Ademais, no *caput* do mencionado artigo, o legislador optou por igualar, normativamente, ação e omissão, dizendo que se considera causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

¹⁹³ Conferir item 3.4.1 do capítulo 3

¹⁹⁴ GREGO, Luis. **Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

¹⁹⁵ GREGO, Luis. **Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p.18.

¹⁹⁶ BRANDÃO, Cláudio. Teoria jurídica do crime. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2015b. v.1. p.44.

Segundo parte da doutrina¹⁹⁷, a teoria da *conditio sine qua non* nos crimes omissivos impróprios seria aplicada com um raciocínio hipotético em sentido inverso do realizado nos crimes omissivos. Assim, se acrescentaria hipoteticamente a conduta omitida e se verificaria se o resultado teria sido eliminado. Se o resultado persistir, não se reconheceria a relação de causalidade e, portanto, a possibilidade de responsabilidade do omitente. Nessa linha de raciocínio, a relação entre resultado típico e omissão imprópria seria denominado de nexo de evitação.

Nessa ordem de ideias, tal raciocínio se compatibiliza, portanto, com a *teoria da evitabilidade*.

Como outra vertente, a *teoria da diminuição do risco* não exige probabilidade próxima da certeza, mas apenas que a omissão da ação devida tenha diminuído ou eliminado as chances de salvamento do bem juridicamente protegido.

Grego defende esta vertente, aduzindo que a teoria da diminuição do risco é razoável do ponto de vista político-criminal, pois ela evita cartas brancas para a falta de cuidado em âmbitos perigosos; ela é fundada de uma perspectiva dogmática, porque pode ser reconduzida às considerações que sustentam a própria ideia de desvalor do resultado; e frente a ela não há nenhuma objeção decisiva¹⁹⁸.

Ainda segundo professor da Universidade Humboldt, dois principais argumentos podem ser opostos a *teoria da evitabilidade*: o primeiro é que, na prática, raramente se poderia afirmar com 100% de certeza (ou muito próximo disso) que a realização da conduta omitida teria evitado o resultado, isso praticamente inviabilizaria a imputação do resultado à omissão. Além disso, tal fórmula negaria proteção ao bem jurídico justamente quando ela é mais necessária.

A teoria da imputação objetiva, por sua vez, desenvolvida na atualidade principalmente por Claus Roxin¹⁹⁹, tem como suporte à criação ou incremento de risco proibido relevante em relação a um bem juridicamente protegido.

¹⁹⁷ Ronan Rocha, na obra já referenciada, aponta os seguintes autores como alguns dos defensores desse posicionamento: ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; p.176; ROXIN, Claus; RUDOLPHI, Hans-Joachim; FRISTER, Johannes, dentre outros.

¹⁹⁸ GREGO, Luís. **Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p.40

¹⁹⁹ Segundo Rocha, o surgimento da imputação objetiva remonta as ideias de Hegel, seguido de desenvolvimentos realizados por Karl Larenz (em 1927) e Richard Honig (em 1930), mas teria sido com Roxin, em obra publicada em 1970, em homenagem a Honig, que seu desenvolvimento teria ganhado corpo. Günther Jakobs e Wolfgang Frisch também trouxeram concepções próprias a teoria. ROCHA, Ronan. **A relação de causalidade no direito penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. p.42-54

Segundo o professor alemão “pode-se, portanto, dizer, resumidamente, que a imputação ao tipo objetivo pressupõe a realização de um perigo (criado pelo autor) não amparado por um risco permitido e compreendido pelo alcance ao tipo penal”²⁰⁰. Tem-se, portanto, três planos de exigências: criação de um risco não permitido, realização do risco não permitido e alcance do tipo.

A teoria foi criada a partir da ideia de uma limitação normativa ao nexo de causalidade, evitando-se o regresso *ad infinitum* que muitos atribuem a teoria da *conditio sine qua non*. Não obstante, a maioria dos exemplos²⁰¹ que são trazidos pela doutrina como situações problemáticas se adotada a teoria da equivalência dos antecedentes causais, podem ser resolvidas no plano subjetivo, ou seja, pelo o alcance da vontade e finalidade da conduta do agente.

Além disso, deve-se ter em conta a realidade legislativa onde a teoria foi desenvolvida, uma vez que o artigo do Código Penal Alemão²⁰² não possui disposições semelhantes às aquelas previstas nos parágrafos 1º e 2º do artigo 13 do Código Penal Brasileiro, que tratam, respectivamente, da limitação do nexo de causalidade diante da existência de concausas²⁰³ relativamente independentes e das posições de garantidores.

Diante disso, o raciocínio que se desenvolve no capítulo seguinte, acerca dos reflexos do *compliance*, parte da consideração do perfazimento do tipo objetivo com a existência da situação de perigo para o bem jurídico, omissão da ação devida, o resultado típico, a posição de garantidor e a possibilidade de agir para a evitação do resultado. Quanto a causalidade, contenta-se com a diminuição do risco para, no passo seguinte, ou seja, o tipo subjetivo, analisar como os programas de conformidade podem influir na formação do conhecimento e vontade, como elementos necessários à conformação do dolo.

²⁰⁰ ROXIN, Claus *apud* ROCHA, Ronan. **A relação de causalidade no direito penal**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016. p.51.

²⁰¹ Vide, a título de exemplo, as críticas e exemplos trazidos por Santiago Mir Puig. MIR PUIG, Santiago. **Direito penal: fundamentos e teoria do delito**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais: 2004. p.186-197.

²⁰² O §13 do Código Penal Alemão dispõe: “Quem omite impedir a consumação de um tipo penal, será apenado segundo este Código, sempre que juridicamente tenha que responder porque não se produza a consumação e quanto o omitir corresponda à realização de um tipo penal através de um fazer”. Tradução extraída de BIERRENBACH, Sheila. **Crimes omissivos impróprios. Uma análise à luz do Código Penal Brasileiro**. Belo Horizonte: Ed. Delrey, 2002. p.56

²⁰³ Inicialmente não se pode perder de vista o contexto de surgimento da teoria da imputação objetiva do resultado. Conforme ressaltou Richard Honig, a teoria da equivalência não conseguia oferecer resposta satisfatória para alguns casos, dentre eles a hipóteses de crimes qualificados pelo resultado e de concausas supervenientes. Recorde-se o exemplo dado pelo professor de Göttingen: a teoria da equivalência conduz à punição por homicídio culposo do caçador que, por imprudência, acerta um tiro em outrem, que vem a falecer em incêndio no hospital. ROCHA, Ronan. **A relação de causalidade no direito penal**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016. p.70.

3 COMPLIANCE E TIPICIDADE SUBJETIVA

Depois de sistematizarmos nos capítulos anteriores um pouco do que existe na doutrina sobre os pressupostos objetivos da omissão própria, bem como as definições e finalidades do *compliance*, nos debruçaremos agora sobre o objetivo principal do presente estudo: analisar os reflexos das práticas de *compliance* na caracterização do elemento subjetivo na omissão imprópria do garantidor.

Assim, repisamos a hipótese apresentada na introdução: na medida em que as práticas de *compliance* desenvolvidas no âmbito das instituições – públicas ou privadas – têm por finalidade fazer cumprir as normas legais e diretrizes políticas estabelecidas para as respectivas atividades, identificando e corrigindo os desvios, prevenindo riscos e os mantendo dentro dos limites permitidos, não há como se atribuir dolo omissivo ao garante, quando, a despeito da adoção das medidas devidas e possíveis, há afetação do bem jurídico.

Em um Estado Democrático de Direito – aqui entendido como um Estado submetido ao império das leis e da Constituição, onde o Direito Penal é empregado não apenas para proteção de bens jurídicos, mas como limitador do poder estatal sobre a liberdade dos cidadãos – é imprescindível o conceito de tipicidade como instrumento de garantia e pressuposto do cumprimento do princípio da legalidade.

Nesse sentido são as palavras de Cláudio Brandão²⁰⁴:

A tipicidade é cumprimento do próprio princípio da legalidade porque ela tem a função de garantia. Somente será possível imputar uma pena como consequência jurídica de uma conduta criminosa caso a mesma esteja prevista em lei; dêsarte a necessidade de adequação da conduta à lei *garante a não incriminação de todas as outras condutas que não sejam tipificadas.*

Desde o paradigma Finalista, o elemento subjetivo (dolo e culpa) integra a tipicidade, que passou a ter dois aspectos²⁰⁵: o objetivo e o subjetivo.

Os requisitos da tipicidade objetiva na omissão própria já foram abordados no capítulo anterior. Analisaremos agora a tipicidade subjetiva, e apesar de o estudo do dolo já ter sido revisitado inúmeras vezes pela doutrina nacional e estrangeira, acredita-se que ainda há espaço para uma abordagem no presente trabalho tendo em vista que a modificação dos dados da

²⁰⁴ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 2ªed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010. p.164.

²⁰⁵ Wezel sustentava que o tipo objetivo não é objetivo no sentido de alheio ao subjetivo, mas no sentido de *objetivado*, compreendo aquilo do tipo que tem que ser encontrado objetivado no mundo exterior. WEZEL, Hans *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, parte geral. v.01. 25ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2019. p.372.

realidade pode comprometer ou apresentar nuances diversas para sua aferição, como é o caso do *compliance*.

3.1 Elemento subjetivo no Finalismo

Sendo a ação humana a pedra angular da Teoria do Crime²⁰⁶, Hans Wezel acabou por realinhar toda a teoria do delito, ao modificar a compreensão da conduta humana. No desenvolvimento de sua teoria, o professor da Universidade de Bonn manteve a estrutura tripartite do delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), mas reordenou seus elementos, alargando o conteúdo da tipicidade, nela incluindo o dolo e a culpa, antes componentes da culpabilidade.

Acerca da conduta humana, discorre Wezel²⁰⁷:

A ação humana é exercício de uma atividade final. A ação é, portanto, um acontecimento *final* e não puramente *causal*. A *finalidade*, o caráter final da ação, baseia-se no fato de que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as possíveis consequências de sua conduta, designar-lhe fins diversos e dirigir sua atividade, conforme um plano, à consecução desses fins. Graças ao seu saber causal prévio, pode dirigir seus diversos atos de modo que oriente o suceder causal externo a um fim e o domine finalisticamente. A atividade final é uma atividade dirigida conscientemente em razão de um fim, mas é a resultante causal da constelação de causas existente em cada momento. A finalidade é, por isso – dito de forma gráfica – “vidente”, e a causalidade, “cega”.

Segundo aponta Wezel, o ponto de partida equivocado da doutrina da ação causal tem consequências de grande transcendência na teoria do delito. Segundo o jurista alemão, nos delitos dolosos, a teoria causalista²⁰⁸ desconhece que o dolo é uma espécie de vontade final de realização, a saber, a vontade final de realização “das circunstâncias de fato de um tipo legal”; que o dolo, por conseguinte, como *elemento da ação*, é já parte integrante da *ação* típica e que esta se compõe, portanto, de elementos objetivos (externos) e subjetivos (anímicos)²⁰⁹.

²⁰⁶ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010, p.135.

²⁰⁷ WEZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p.27, grifos no original.

²⁰⁸ Para a teoria causalista, a ação é o movimento corpóreo voluntário que causa modificação no mundo exterior. A teoria causalista limita a função da ação à atribuição de uma modificação no mundo exterior decorrente de uma volição. [...]. A falha da teoria causalista da ação é que ela esvazia o conteúdo da vontade. A intenção dos causalistas é imputar todos os juízos objetivos à ação típica e antijurídica e todos os juízos subjetivos à culpabilidade. BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010. p.137-138.

²⁰⁹ WEZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p.36, grifos no original.

Como o Direito Penal não cria o conceito de conduta humana, mas o retira do mundo fenomênico dos fatos²¹⁰, e como o agir humano é regido pela sua vontade, os estudos de Wezel – ao alargar o conteúdo da tipicidade, nela introduzindo o elemento subjetivo –, contribuíram fortemente para a consolidação da tipicidade como instrumento de limitação²¹¹ do atuar punitivo do Estado.

A vontade dirigida a um fim, em sentido técnico-jurídico, é a própria forma normal de dolo. Desse modo, a ação que realiza um tipo legal de crime precisa conformar-se tanto objetiva, como subjetivamente com a tipicidade finalista que o Direito Penal absorveu a partir das teorizações de Wezel²¹².

Nessa perspectiva, adotando nosso Código Penal a Teoria Finalista²¹³, e não sendo possível dissociar o elemento subjetivo da tipicidade, somente com o preenchimento pela conduta (comissiva ou omissiva) de ambos os seus aspectos (objetivo e subjetivo), é que se permite avançar no método²¹⁴ penal para analisar a coexistência dos demais componentes do crime (antijuridicidade e culpabilidade) e, portanto, se afirmar a possibilidade de aplicação de pena.

3.2 As teorias do dolo

Um estudo aprofundado sobre as teorias do dolo abarcaria a abordagem das teorias volitivas e cognitivas do dolo, o que não é propriamente o objetivo do presente trabalho²¹⁵.

²¹⁰ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2010. p.135.

²¹¹ Conforme Brandão, através da teoria finalista, Welzel objetivava romper com o direito penal nazista. Para isso, não era suficiente retornar ao estágio dogmático anterior ao nazismo, mas era preciso modificar a própria dogmática. Dizia Wezel que “se desejamos, porém, superar a corrupção do direito operada pelo totalitarismo, não podemos simplesmente retornar ao estado existente antes de sua aparição, mas devemos examinar a doutrina precedente, que em parte nós mesmos tínhamos defendido, ou na qual, crescemos, recerando os seus limites”. WEZEL, Hans *apud* BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2010. p.138.

²¹² COLEN, Guilherme Coelho. **O dolo no contexto estrutural da tipicidade**. 2014. Tese (doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2014. f.59.

²¹³ Isso pode ser constatado, por exemplo, com a redação do artigo 20, a partir da reforma da parte geral do CP, realizada pela Lei 7.209/84: *O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei*. O dolo, na lei brasileira, portanto, encontra-se no tipo.

²¹⁴ “A teoria do crime, ao estabelecer critérios de identificação do que é delito e, por conseguinte, para a imputação de sua consequência, a pena, representada um *método*, pois funciona como o “caminho” para se chegar ao seu conceito”. BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. Coimbra: Almedina, 2015. p.188. Assim, percorrendo o método penal, o primeiro elemento a ser analisado para se caracterizar uma conduta como crime é a tipicidade e (e somente se) tal juízo de adequação for realizado, é que se realizam os juízos posteriores. Logo, o preenchimento de cada elemento é condição e pressuposto para a análise dos demais.

²¹⁵ Remetemos aqui o leitor as obras de COSTA, Pedro Jorge. **Dolo penal e sua prova**. São Paulo: Ed. Atlas, 2015; VIANA, Eduardo. **Dolo como compromisso cognitivo**. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2017.

Em apertadíssima síntese, para as teorias volitivas, dolo é composto pela representação e vontade. Para as teorias cognitivas seria suficiente a representação, sem vontade psicológica, bastando uma atribuição normativa da vontade²¹⁶.

Em que pese a existência dessa discussão sobre o elemento volitivo ser ou não necessário a configuração do dolo, em nosso país não se trata de mera exigência doutrinária ou jurisprudencial, mas decorre de expressa previsão legal nos artigos 18, inciso I e 20, *caput*, do Código Penal.

O legislador brasileiro optou pela definição do dolo, prevendo que o crime será doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo (art.18, I, CP).

O dolo é definido pela maior parte da doutrina brasileira como consciência e vontade de realização dos elementos objetivos do tipo. Existem, portanto, dois elementos no dolo, o

²¹⁶Para Gabriel Pérez Barberá há muito, a culpa *strictu sensu* já é tida como conceito normativo sem maiores dificuldades, referindo-se tradicionalmente, à violação de um dever objetivo de cuidado e importando um reproche objetivo à conduta do agente, não se compreendendo a relutância da doutrina em fazer o mesmo quanto ao dolo, o qual majoritariamente, permanece sendo tratado como um conceito empírico, a saber, um estado mental. Barberá vê aí um erro categorial, na medida em que, dado que uma ação só é típica se for dolosa ou culposa, *dolo e culpa* devem, portanto, permanecer ao mesmo âmbito – o normativo. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel *apud* PARDINI, Lucas. **A imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada**. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2019. p.178. Pedro Jorge Costa também se posiciona, defendendo ser o dolo um conceito *jurídico*, que “não corresponde por si só a qualquer estado mental ou emocional previamente dado ao legislador ou ao operador do direito. Por outras palavras, inexistente no mundo empírico algum fato, ainda que mental, designado como dolo”. COSTA, Pedro Jorge. **Dolo penal e sua prova**. São Paulo: Ed. Atlas, 2015. p.201. Como mencionado no texto, nosso Código Penal definiu o dolo a partir da teoria volitiva, exigindo a presença da vontade. Não obstante, a dogmática do direito penal é ciência jurídica, e não mero saber legal, como ensina Luís Grego. Segundo o professor da Universidade Humboldt, de uma tal perspectiva, a decisão do legislador não significa o fim, e sim o início da filosofia, cuja tarefa passa a ser descobrir se essa decisão está arrimada apenas na *autoritas* do poder de quem decide, ou também na *veritas* das razões que a justificam. Grego ainda aponta que há ambiguidade no significado de *vontade*, assim como no significado de *conhecimento* descritos nas definições dadas ao conceito de dolo. Para o autor, por vezes, designa-se por vontade um estado mental, algo que ocorre literalmente na cabeça do autor, uma entidade empírica que pertence ao universo psíquico de alguém. A proposição “a vontade do autor estava dirigida X” teria, segundo esse primeiro sentido do termo vontade, conteúdo empírico, seria uma questão de fato, referida a um estado de coisas que está no mundo. Aqui “vontade” é entendida como *conceito psicológico-descritivo*. É possível usar o termo vontade também num segundo sentido, não mais psicológico-descritivo, e sim *atributivo-normativo*. Aqui, vontade não é mais uma entidade interna à psique de alguém, mas uma atribuição, isto é, uma forma de interpretar um comportamento, com ampla independência da situação psíquica do autor. Ainda conforme Grego o termo “conhecimento” padece da mesma ambiguidade acima apontada em relação à vontade. Conhecimento pode designar tanto um estado mental, isto é, tanto pode ser entendido em sentido psicológico-descritivo, como uma interpretação, algo dotado de um sentido atributivo-normativo. O conhecimento em sentido psicológico é, portanto, necessário para o dolo, porque só o conhecimento gera domínio sobre a realização do fato, domínio esse que justifica uma punição mais severa tanto por aumentar as necessidades de prevenção, como a responsabilidade de quem atua. Luís Grego ainda conclui, deixando claro que o artigo é um estudo introdutório, que estas razões são a maior necessidade de prevenção diante dos riscos que se dominam e a maior responsabilidade do autor por aquilo que ele realiza sob seu domínio; que dolo é só conhecimento, e não vontade, porque a vontade em nada altera o domínio; que a presença da vontade não é suficiente para fundamentar um dolo sem domínio e sua ausência tampouco pode excluir o dolo quando há domínio. O autor não enxerga na doutrina dominante qualquer fundamento convincente para exigir uma vontade no conceito de dolo, para ele dolo é conhecimento tal que daí derive o domínio sobre o que o autor está a realizar, havendo uma única forma de dolo, não devendo diferenciar-se dolo direto (de 1.º ou 2.º grau) e dolo eventual, e finaliza afirmando que o caminho a seguir é aprimorar a teoria da probabilidade. GREGO, Luís. **Dolo sem vontade**. In: DIAS, Augusto Silva et al (org.). Coimbra: Almedina, 2009, p.885-903.

primeiro elemento é de ordem intelectual: a consciência; o segundo elemento é de ordem volitiva: a vontade²¹⁷.

A consciência é o conhecimento, é a possibilidade de representação do que é querido, sendo, portanto, a moldura da vontade.

A primeira modalidade de dolo (querer o resultado) é chamado de dolo direto. Adotou-se aqui a teoria da vontade, porque identifica o dolo com a intenção²¹⁸.

A segunda modalidade de dolo (assumir o risco de produzir o resultado) é chamada de dolo eventual. Com relação a essa modalidade de dolo adotou-se a teoria do consentimento, que afirma haver o dolo sempre que o agente representar mentalmente o resultado e consentir com a sua ocorrência, assumindo o risco de produzi-lo²¹⁹.

O querer é a estrutura que dirige finalisticamente a conduta e ele representa a forma normal de dolo. A definição legal do instituto, portanto, traduz no plano positivo a concepção da teoria finalista²²⁰.

3.3 Espécies de dolo

A conceituação de dolo trazida pelo mencionado artigo 18 do CP englobou as duas espécies de dolo, ou seja, o dolo direto e o indireto, também chamado de eventual.

No dolo *direto* o agente *quer* o resultado representado como fim de sua ação. O objeto do dolo direto é o *fim proposto*, os *meios escolhidos* e os *efeitos colaterais* representados como necessários à realização do fim pretendido²²¹.

O dolo direto pode ser classificado como dolo de primeiro grau ou dolo de segundo grau. O dolo direto de primeiro grau diz respeito ao fim pretendido pelo agente como resultado de sua conduta. O dolo direto de segundo grau diz respeito aos danos colaterais necessários a obtenção do fim pretendido pelo agente, efeitos esses previstos e aceitos pelo agente, embora não necessariamente queridos.

No dolo eventual o agente prevê o resultado como *provável* ou, ao menos, como *possível*, mas apesar de prevê-lo, age aceitando o risco de produzi-lo, por considerar mais importante sua ação que o resultado²²².

²¹⁷ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2010. p.172.

²¹⁸ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1, p.69

²¹⁹ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1, p.70

²²⁰ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1, p.66

²²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, parte geral. V.01. 25ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2019. p.372, grifos no original

²²² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, parte geral. V.01. 25ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2019. p.374, grifos no original

Para Wezel, o dolo eventual se situa na linha intermediária entre a possibilidade e a probabilidade absoluta, logo, o sujeito não confia no poder de evitação do resultado, ao contrário, ao adotar uma desídia em face de sua realização, assume o risco de produzi-lo²²³.

Qualquer modalidade de dolo implica a criação de risco desaprovado ao bem jurídico. No dolo direto, essa criação é consciente e voltada a obtenção do fim pretendido. No dolo eventual, o risco também é consciente, embora o agente não queira o resultado, mas se porta de forma indiferente a ele, prosseguindo na conduta desejada.

Embora o legislador tenha optado pela definição do dolo, trazendo-o expressamente no Código Penal, como alhures mencionado, não define, contudo, em relação ao dolo eventual, no que consiste a *assunção do risco*, dependendo tal conceito de valoração do intérprete.

Eduardo Viana, depois de analisar diversas decisões dos tribunais superiores brasileiros, afirma que em tais decisões não há clara precisão do que se entende por *assunção de risco*²²⁴.

Segundo o autor:

Ressalvadas algumas tímidas tentativas de concretização de *assunção de risco* como sinal de indiferença em relação ao bem jurídico, é bastante comum encontrar somente a referência de que a configuração do dolo consiste na vontade livre e consciente de expor a perigo com o conhecimento de que sua conduta poderá acarretar o resultado. Em uma sentença²²⁵: “*O dolo, embora eventual, é sempre dolo, ou seja, há o fato volitivo*”. Mas é de se perguntar, o que significa exatamente essa *assunção do risco*? Se assumir o risco é correr o risco de uma possível lesão ao bem jurídico, a questão se torna problemática quando o caso a ser valorado envolver pessoas que estão acostumadas a situações de risco²²⁶.

Prosseguindo nas pertinentes críticas, Viana ainda adverte que além da ausência de concretização do substitutivo do querer, no caso, a *assunção de risco*, os tribunais também não apontam indicadores para a intensidade do perigo criado, e depois de trazer exemplos que contextualizaram tal problemática, conclui que:

A rigor, se se quiser insistir no dolo como vontade, a jurisprudência precisa(ria) tomar posição sobre dois pontos distintos: *primeiro*, explicar o que se entende por *assunção do risco*; *depois*, identificar que nível de intensidade do risco precisa ser reconhecido pelo agente para que se possa falar em dolo. Enquanto isso não é feito, e para seguir rigorosa e cientificamente a jurisprudência dos tribunais temos que admitir que a representação de qualquer risco já implique imputação a título de dolo eventual, ou, no mínimo, uma tentativa. Resultado: a pretexto de limitação do âmbito do dolo recorrendo-se à vontade, os tribunais terminam por expandi-la. Bem se vê que há

²²³ WEZEL, Hans *apud* COLEN, Guilherme Coelho. **O dolo no contexto estrutural da tipicidade**. 2014. Tese (doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2014. f.117.

²²⁴ VIANA, Eduardo. **Dolo como compromisso cognitivo**. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2017. p.355.

²²⁵ STF: HC 114223 – SP, rel. Min. Teori Zavaski, p.3, nota do autor

²²⁶ VIANA, Eduardo. **Dolo como compromisso cognitivo**. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2017. p.355, grifos no original

muito o que concretizar. Por enquanto, a fórmula do dolo como assunção do risco, tal como aplicada pelos tribunais, expressa um rigoroso deserto conceitual²²⁷.

Essa falta de definição de critérios seguros pela jurisprudência brasileira também é denunciada por Colen²²⁸, para quem a práxis jurídica revela indesejável insegurança e elasticidade na identificação do dolo eventual.

Para a hipótese trabalhada no presente estudo, tal aspecto, ou seja, a compreensão dos limites da assunção do risco se mostra relevante, na medida em que o *compliance* tem justamente a finalidade de mapear os riscos nas atividades empresariais, mantendo-os dentro dos limites legalmente permitidos.

Nesse ponto – e até em termos semânticos – risco é a probabilidade do perigo. Assim, compreendemos que a assunção do risco para a produção do resultado, presente na definição legal de dolo eventual, seria a potencialização do perigo para o bem jurídico penalmente tutelado na essência do tipo penal²²⁹.

Além dessa dificuldade de compreensão e delimitação do conteúdo da assunção e da intensidade do risco no dolo eventual, há também grande zona de tensão na diferenciação entre dolo eventual e a culpa consciente.

Segundo Juarez Tavares, a distinção entre *dolo eventual* e *culpa consciente* continua sendo um dos pontos mais controvertidos e nefrálgicos da teoria do delito²³⁰. Para referido autor, para se estabelecer essa distinção, deve-se partir de dois pressupostos.

O primeiro, de que o dolo eventual é, legalmente, equiparado ao dolo direto no tocante aos seus efeitos, o que quer dizer que no dolo eventual deve haver um grau de intensidade no tocante ao processo de produção do resultado que tenha carga equivalente à do dolo direto²³¹. Tavares ainda explica que isto leva à conclusão de que dolo eventual deve ter uma base normativa que justifique sua inclusão no âmbito volitivo do sujeito, e que essa equivalência faz cair por terra qualquer teoria que pretenda equacioná-lo exclusivamente nos amplos limites de seu elemento intelectual²³².

²²⁷ VIANA, Eduardo. **Dolo como compromisso cognitivo**. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2017. p.357, grifos no original

²²⁸ COLEN, Guilherme Coelho. **O dolo no contexto estrutural da tipicidade**. 2014. Tese (doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2014. f.130.

²²⁹ Cf. COLEN, Guilherme Coelho. **O dolo no contexto estrutural da tipicidade**. 2014. Tese (doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2014.

²³⁰ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3ªed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2003. p.346.

²³¹ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3ªed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2003. p.346.

²³² Segundo Tavares, a doutrina sempre procurou adotar fórmulas e elaborar teorias que pudessem esclarecer a distinção entre dolo eventual e culpa consciente. Para o autor, embora haja referências a critérios assentados no risco e na estrutura da atividade volitiva, pode se classificar essas várias teorias em dois grandes grupos, conforme

O segundo pressuposto é de que no dolo eventual o agente deve ter *refletido* e estar *consciente* acerca da *possibilidade* da realização do tipo²³³ e, segundo o seu plano para o fato, se tenha colocado de acordo com o fato de que, com sua ação, produzirá uma lesão ao bem jurídico²³⁴.

Ainda prosseguindo nos ensinamentos de Tavares, na culpa consciente, o agente também está ciente da possibilidade de realização do tipo, mas como não se colocou de acordo com a produção do resultado lesivo, espera poder evitá-lo ou confia na sua não ocorrência. A distinção, assim, deve processar-se no plano volitivo e não apenas no plano intelectual do agente²³⁵.

Na culpa consciente, o agente acredita de modo sincero que conseguirá evitar o resultado previsto, mas não o aceita como possível, adotando as medidas que entende como adequadas.

No dolo eventual, o agente até pode torcer para que o resultado não ocorra, mas não age de modo especial, e sendo seu objetivo a ação em si, tolera que resultados danosos possam advir.

Tal diferenciação, nem sempre simples, repita-se, é de extrema relevância na práxis, tendo em vista a diferença de intensidade da resposta punitiva estatal diante de ações dolosas e culposas, além do fato de que apenas uma pequena parcela dos crimes da parte especial do Código Penal e da legislação esparsa tem natureza culposa.

Nessas situações limite, o *compliance* poderá ser decisivo para determinar a fronteira da imputação subjetiva.

3.4 O dolo na omissão imprópria

Como já mencionado no capítulo anterior, a conformação da conduta humana ao que se denomina de omissão imprópria possui características peculiares, posto que, enquanto nos crimes comissivos e omissivos próprios a verificação da tipicidade se dá com a subsunção da conduta a um dispositivo da parte especial²³⁶, a omissão imprópria demanda a conjugação de um tipo comissivo, com as disposições do artigo 13 do CP.

a divisão dos elementos que compõe o dolo e a estrutura do tipo: a) teorias intelectivas e b) teorias volitivas. O autor é crítico às teorias intelectivas, mas explicitar cada uma delas e as razões da crítica fogem ao objetivo do presente trabalho, assim remetemos o leitor a obra já referenciada, páginas 335-343.

²³³Tavares explica que essa é uma nota comum a todas as teorias que pretendem estabelecer critérios de diferenciação entre o dolo eventual e a culpa consciente. TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3ª ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2003. p.346, grifos no original.

²³⁴ROXIN, Claus *apud* TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3ª ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2003. p.346.

²³⁵TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3ª ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2003. p.347.

²³⁶Salvo, é claro, as hipóteses de concurso de agentes e modalidade tentada, que também dependerá da conjugação com normas da parte geral do CP.

Tal diferença de estrutura do tipo objetivo acabar por refletir na análise do tipo subjetivo, posto que o conhecimento do agente também deverá abranger a posição de garantia e a conduta necessária a evitação do resultado típico.

Segundo o próprio Wezel²³⁷:

[...] à omissão não é própria nem a causalidade nem a finalidade (atual), por isso falta uma vontade de realização orientada a um omitir, e com isto falta também um dolo de fato, no sentido dos delitos de comissão. O que se costuma denominar omissão querida é, na realidade, um omitir consciente, uma omissão com a consciência de poder atuar”

A ação se realiza no mundo real, isto é, no mundo exterior, assim chamado em oposição ao plano interior do agente, isto é, o plano da subjetividade, da consciência da vontade. O que acontece no mundo exterior é percebido pelos órgãos do sentido e pode ser descrito²³⁸.

Por outro lado, é impossível se aferir diretamente a atitude interna do indivíduo por meio dos sentidos, e a análise de sua intenção (plano subjetivo) também partirá da conduta, ou seja, a partir do plano objetivo, se atribuirá a direção da vontade e a existência ou não do dolo.

Não sem motivo, Mir Puig²³⁹ adverte acerca da relação de interdependência entre os aspectos objetivo e subjetivo da tipicidade, aduzindo que tal distinção é relativa. A parte objetiva do tipo depende de elementos subjetivos, como o conhecimento que o sujeito possui da situação e da intenção por ele manifestada. O autor afirma ainda que poderia se questionar a correção de tal distinção, talvez reminiscência a ser superada da divisão causalista do delito em uma parte objetiva e outra subjetiva. Ainda segundo Mir Puig, se for mantida a divisão, por razões pedagógicas, deve-se entendê-la de forma flexível e com a condição de que se advirta acerca da interdependência entre o objetivo e o subjetivo.

Tome-se o exemplo do indivíduo que dispara diversas vezes contra outrem. Ainda que não logre atingir, ferir ou matar seu alvo, tal circunstância (objetiva) – modo de agir, disparando diversas vezes – leva a conclusão de que sua intenção era homicida.

Ocorre que tal constatação – do objetivo para se chegar ao subjetivo – encontra especial dificuldade na omissão, posto que se estará diante de uma inação daquele que, se encontrando na posição de garantidor, deixa de realizar a ação esperada e exigida para a evitação do resultado danoso.

²³⁷ WEZEL, Hans *apud* BIERRENBACH, Sheila. **Crimes omissivos impróprios. Uma análise à luz do Código Penal Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Delrey, 2002. p.94

²³⁸ BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. Coimbra: Ed. Almedina, 2015.

²³⁹ MIR PUIG, Santiago. **Direito penal: fundamentos e teoria do delito**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais: 2004. p.183.

Como leciona Juarez Tavares:

Diferentemente dos crimes comissivos, nos quais o dolo deve orientar-se à realização da ação típica, nos crimes omissivos o dolo se expressa como a decisão acerca da inação, com a consciência de que o sujeito poderia agir para evitar o resultado e sua ação era, pois necessária a impedi-lo, com probabilidade nos limites da certeza. É insuficiente, por conseguinte, para reconhecer o dolo, a mera consciência da situação fundamentadora do dever de agir ou o conhecimento do seu poder de fato para realizar a conduta omitida, como queria Wezel. Mais do que isso, será necessário demonstrar que o sujeito incluiu na sua decisão a não execução da ação possível e necessária.²⁴⁰

Sintetizando ainda os requisitos que são trazidos por Tavares, para análise da imputação subjetiva nos crimes omissivos, temos que o omitente deve conhecer todas as circunstâncias que compõem a chamada situação típica, e nos crimes omissivos impróprios, ainda dados fáticos que fundamentam sua posição de garantidor.

Em relação a ocorrência do resultado, o omitente deve saber, diante das circunstâncias objetivas que são apresentadas, que o resultado típico irá acontecer, e qual conduta deve realizar dentro das atividades possíveis, e representar que com essa conduta específica e possível, será evitado ou impedido o resultado, com probabilidade nos limites da certeza²⁴¹.

Para Bierrenbach²⁴², a vontade, integrante do dolo, deve manifestar-se na resolução por parte do omitente de permanecer inativo, estendendo-se ao resultado descrito no tipo, no caso do dolo direto, e na aceitação do risco da superveniência do resultado, no dolo eventual. Ainda para a autora, o dolo na omissão pode apresentar-se idêntico ao da comissão, sendo possível vislumbrar uma verdadeira finalidade no omitir.

3.4.1 Compatibilidade do dolo eventual e a posição de garante

Diverge a doutrina acerca da admissibilidade do dolo eventual na omissão imprópria, e aqui também a interdependência entre os aspectos objetivos e subjetivos da tipicidade, fica evidente quando, na análise do dolo na omissão imprópria, verifica-se o impacto direto da causalidade na aferição da compatibilidade do dolo eventual nesses casos.

Para Tavares, embora o artigo 13 do Código Penal trace os elementos de uma orientação objetiva de conduta, para efeitos de sua imputação objetiva no âmbito do respectivo tipo de

²⁴⁰ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p.393

²⁴¹ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p.393-394. Adota Tavares, quanto a causalidade omissão, a Teoria da Evitabilidade, conforme mencionado no capítulo anterior.

²⁴² BIERRENBACH, Sheila. **Crimes omissivos impróprios. Uma análise à luz do Código Penal Brasileiro**. Belo Horizonte: Ed. Delrey, 2002. p.95.

delito, sua fórmula de causalidade interfere também na orientação subjetiva e, pois, na imputação subjetiva²⁴³.

Leciona referido autor²⁴⁴:

O problema em relação ao dolo eventual, quando ao sujeito seja indiferente a ocorrência do resultado ou quando ele o deixe ao acaso, tem nos delitos omissivos uma outra particularidade. A questão é como compatibilizar essa indiferença com a exigência de que o sujeito, para atuar com dolo, tem que ter a vontade de não realizar a conduta devida, conhecendo sua relação de necessidade e probabilidade nos limites da certeza para com o resultado. [...] deixar o resultado ao acaso não basta. Bastaria se fosse adotada a teoria que o sedimenta apenas na representação acerca da diminuição das chances de sua produção, caso a conduta não fosse realizada. Mas essa teoria esbarra em uma dificuldade, que é a de ajustar seu enunciado ao comando do artigo 13 do Código Penal, que não se concentra na diminuição das chances de produção do resultado, mas, sim, na sua produção concreta, como forma de orientação da conduta do sujeito.

Tavares é adepto, portanto, da teoria da evitabilidade, em oposição a teoria da diminuição do risco, ambas já abordadas no capítulo anterior.

Luis Grego, por sua vez, depois de analisar aspectos favoráveis e objeções, defende posição diversa²⁴⁵. Sintetizando seus argumentos, dois principais podem ser opostos a *teoria da evitabilidade*: o primeiro é que, na prática, raramente se poderia afirmar com 100% de certeza (ou muito próximo disso) que a realização da conduta omitida teria evitado o resultado, isso praticamente inviabilizaria a imputação do resultado à omissão. Além disso, tal fórmula negaria proteção ao bem jurídico justamente quando ela é mais necessária.

Em conclusão, diz Grego que a teoria da diminuição do risco é razoável do ponto de vista político-criminal, pois ela evita cartas brancas para a falta de cuidado em âmbitos perigosos; ela é fundada de uma perspectiva dogmática, porque pode ser reconduzida às considerações que sustentam a própria ideia de desvalor do resultado; e frente a ela não há nenhuma objeção decisiva²⁴⁶.

Assim, adotando-se a teoria da evitabilidade, não se admitiria o dolo eventual. Optando-se pela teoria da diminuição do risco, o dolo eventual é admissível. Adotamos aqui este segundo entendimento, posto que os argumentos de Grego são mais convincentes, e podem ainda ser somados ao que propõe Mir Puir.

²⁴³ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p.396, grifamos

²⁴⁴ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p.396-397

²⁴⁵ Cf. GREGO, Luis. **Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

²⁴⁶ GREGO, Luis. **Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p.40

Para Mir Puig não se trata tanto de quantificar um determinado grau de probabilidade que o sujeito deve representar, quanto de se perguntar se o sujeito que prevê a possibilidade da ocorrência do resultado crê que, *em seu caso*, tal probabilidade poderá se realizar ou não. Não importa simplesmente a consciência da probabilidade *estatística*, mas o *prognóstico concreto* do que pode ocorrer naquele caso²⁴⁷.

Além disso, contraponto as duas figuras – dolo direto e dolo eventual – percebemos que a distinção não reside somente na possibilidade/probabilidade de realização do resultado, mas sobretudo na vontade.

No dolo direto, como o propósito do autor é a produção do resultado, são pouco relevantes as discussões relacionadas a probabilidade. Mas a ausência de propósito direto de realização do resultado, somado a indiferença e aquiescência quanto a sua ocorrência, atraem tal comportamento ao campo do dolo eventual.

Tal percepção não difere na análise da conduta do garante. Iniciado um curso causal por terceiros do qual decorre a probabilidade de resultado danoso, o garante poderá deixar de agir porque já queria aquele resultado, aproveitando-se do agir alheio para a obtenção daquele propósito.

Da mesma forma, ainda que não quisesse o resultado, mas portando-se de forma indiferente ao desdobramento do curso causal iniciado por terceiro, a despeito do dever de impedir o resultado, agirá com dolo eventual.

Ademais, o dever de agir do garante não é um genérico “dever de agir para evitar o resultado”, mas, sim, um dever de praticar uma conduta determinada em benefício daquele bem jurídico concretamente ameaçado²⁴⁸.

3.4.2 Cegueira deliberada do garante

Segundo Luis Greco, quem quer importar concepções estrangeiras, não apenas tem que saber o que propõe importar, mas o porquê de o fazer. Ele adverte que na doutrina e, especialmente, na jurisprudência brasileira, têm sido encontradas versões caricatas de teorias estrangeiras que delas pouco mais conserva que o nome e, com ele, uma pretensão de autoridade científica²⁴⁹.

²⁴⁷ MIR PUIG, Santiago. **Direito penal: fundamentos e teoria do delito**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais: 200. p.220-221

²⁴⁸ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.295.

²⁴⁹ GREGO, Luis. Prefácio. LUCCHESI, G.B. **Punindo a culpa como dolo**. O uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2018. Grego direciona tal crítica não apenas a importação equivocada da

A discussão acerca da aplicação de tal teoria em terras brasileiras se iniciou no julgamento da ação penal envolvendo o furto ao Banco Central de Fortaleza²⁵⁰, ganhando mais notoriedade posteriormente com o julgamento da ação penal 470 pelo STF, que ficou conhecida como o “mensalão”.

Foge ao presente estudo buscar empreender uma discussão alongada sobre a cegueira deliberada e sua pertinência, ou não, ao ordenamento jurídico brasileiro. Sua menção no presente trabalho tem por intenção demonstrar que o *compliance* pode ter um papel determinante na análise do elemento subjetivo do garantidor.

Isso porque, pelo que se extrai da doutrina, o uso de tal teoria tem se dado em situações limítrofes, que englobam a sempre difícil diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente, e entre a responsabilidade culposa e as ações penalmente indiferentes, tendo sido empregada muitas vezes como sucedâneo probatório do dolo ou ainda para seu alargamento, diante da dificuldade prática de demonstração do conhecimento do autor/garantidor quanto a ocorrência de elementos caracterizadores de um tipo penal.

Segundo Lucchesi, o uso descontextualizado da teoria, além de violar importantes princípios de direito comparado, acaba por ampliar o alcance do dolo, permitindo-se atingir situações que, pela teoria do dolo adotada pela legislação penal brasileira, seriam culposas²⁵¹.

Lucchesi aponta que, com a análise do direito americano, conclui-se haver nítida inconsistência entre o que propõe a cegueira deliberada no Brasil e a regra de *willful blindness* presente nos precedentes americanos. Segundo autor²⁵²:

De um lado, cegueira deliberada nos Estados Unidos é utilizada como substituto do elemento *knowledge*, estando presente quando o autor (i) tem ciência da elevada probabilidade de existência de uma circunstância ou fato elementar do delito, (ii) toma medidas deliberadamente voltadas a evitar comprovar a existência do fato ou da circunstância e (iii) não acredita na inexistência do fato ou da circunstância. De outro lado, a jurisprudência brasileira convencionou aplicar cegueira deliberada a partir do reconhecimento de dolo eventual quando o autor (i) tem ciência da elevada

cegueira deliberada, mas também da Teoria do Domínio do Fato. Nesse sentido, conferir: GREGO, Luis. *Autoria como domínio do fato*. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2014.

²⁵⁰ Ação penal nº 2005.81.00.014586-0, 11ª Vara Federal de Fortaleza

²⁵¹ LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo culpa como dolo. O uso da cegueira deliberada no Brasil**. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2018. p.24. Lucchesi realizou análise de dezenas de julgados acerca da aplicação da teoria no Brasil, tendo concluído que a jurisprudência é protagonista no processo de introdução e de desenvolvimento da cegueira deliberada no país, visto que o crescimento da aplicação da teoria pela jurisprudência brasileira se deu pela retroalimentação de decisões judiciais, sendo os precedentes judiciais a principal fonte de referência das decisões. O autor ainda aponta que há baixíssimo índice de referência acadêmico-doutrinárias nas decisões, predominando citações de texto sem caráter científico ou profundidade acadêmica, como artigos de internet ou trabalhos de conclusão de curso de graduação. Segundo ainda o que Lucchesi conclui, as bases para a construção da cegueira deliberada são instáveis, havendo diversos equívocos nas decisões analisadas, tal como o uso da teoria quando a própria jurisprudência exige a demonstração do dolo direto.

²⁵² LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo culpa como dolo. O uso da cegueira deliberada no Brasil**. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2018. p.195.

probabilidade de que os bens envolvidos tinham origem delituosa; (ii) age de forma indiferente quanto à ciência dessa elevada probabilidade e (iii) escolhe deliberadamente manter-se ignorante a respeito dos fatos, sendo possível a alternativa.

O autor argumenta que, embora os enunciados contenham pontos em comum, há diferenças suficientes entre os conceitos para se verificar que não se tratam da mesma coisa, sendo aplicados com finalidades distintas, não havendo identidade entre tais categorias, apesar de certa insistência da jurisprudência nacional²⁵³.

Posição diversa é sustentada por Spencer Toth Sydow, que apesar de criticar fortemente a forma como a teoria foi introduzida e tem sido aplicada no Brasil²⁵⁴, admite a possibilidade de sua adequação a nossa realidade, desde que se estabeleçam critérios mais claros.

Para Sydow, a figura do dolo eventual mostra-se precedente à da cegueira deliberada, porém insuficiente para resolver toda a problemática possível. O autor propõe assim o estabelecimento de oito critérios, acrescentando e alterando critérios que são propostos por Ragués I Vallès²⁵⁵ na Espanha. Para Sydow, os requisitos para aplicação dogmatizada da teoria levariam em conta esses elementos:

- 1 – Deve se estar numa situação em que o agente não tem conhecimento suficiente da informação que compõe o elemento de um tipo penal em que está inserido;
- 2 – Tal informação, apesar de insuficiente, deve estar disponível ao agente para acessar imediatamente e com facilidade;
- 3 – O agente deve se comportar com indiferença por não buscar conhecer a informação suspeita relacionada à situação em que está inserido;

²⁵³ LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo culpa como dolo. O uso da cegueira deliberada no Brasil**. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2018. p.195.

²⁵⁴ Segundo Sydow, a partir dos anos 2000, o Supremo Tribunal Espanhol, baseado em leituras rasas da teoria, inicia a aplicação da teoria de modo contraditório e caótico, o que em terras espanholas teria sofrido críticas da doutrina, a exemplo das lançadas por Ragués I Vallès. Ainda segundo o autor, o Brasil, influenciado pelos julgados, inicia uma leitura espanhola dele, citando como exemplo, a menção a decisão do Tribunal Espanhol nº 33/2005. Assim, os julgadores brasileiros estariam interpretando a teoria a partir da lente dogmática europeia e equiparando o elemento subjetivo ao dolo eventual de modo inadequado. O autor ainda acredita que a problemática se inicia na ausência de estudos dedicados à evolução da teoria norte americana, seguida da incorreta interpretação dela pelos tribunais espanhóis, problemática que se acentua por ser trazida para o Brasil cuja realidade dogmática no que diz respeito ao trato do dolo também é diferente da espanhola. SYDOW, Spencer Toth. **A teoria da cegueira deliberada**. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2019. p.211-212. O uso dessa específica decisão do Supremo Tribunal Espanhol (nº 33/2005) pela jurisprudência brasileira, também apontada por Lucchesi, na obra já referenciada.

²⁵⁵ Como mencionado na no anterior, o autor traz como referência a Espanha, posto que, segundo ele, no Brasil se estaria dando a teoria os mesmos contornos dados naquele país. Os critérios de Ragués I Vallès são: a) existência de uma suspeita prévia, mas não a consciência do elemento do tipo; b) a possibilidade de o agente obter a informação, sem riscos próprios, e a decisão de permanecer ignorante; c) a possibilidade de informação; d) o dever de conhecimento; e) uma motivação para manter-se em desconhecimento. RAGUÉS I VALLÀES, Ramon *apud* SYDOW, Spencer Toth. **A teoria da cegueira deliberada**. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2019. p.257.

- 4 – Deve haver um dever de cuidado legal ou contratual do agente sobre tais informações;
- 5 – É necessário identificar uma motivação egoística e ilícita que manteve o sujeito em situação de desconhecimento;
- 6 – Ausência de garantia constitucional afastadora dos deveres de cuidado;
- 7 – Ausência de circunstância de isenção de responsabilidade advinda da natureza da relação instalada;
- 8 – Ausência de circunstância de ação neutra.

A par de não se aprofundar na análise da pertinência da teoria, tomando partido da discussão quanto ao seu cabimento em terras brasileiras, mas levando em conta os requisitos admitidos por Sydow para sua aplicação, nota-se que grande parte deles está relacionada ao conhecimento, a ciência de circunstâncias fáticas e do dever de agir.

Ao garante é estabelecido um dever de cuidado e, especialmente em relação ao ambiente empresarial, um dever de vigilância em relação a determinadas fontes de perigo. As fontes de perigo são, em regra, identificáveis, e o *compliance* tem justamente por finalidade contribuir para que os riscos – diretos e indiretos – sejam corretamente identificados e mantidos dentro dos critérios permitidos.

Muitas vezes e especialmente em empresas de médio e grande porte, haverá uma grande distância entre o agente garantidor e a situação típica que demanda sua intervenção. Disso resulta que os canais internos de comunicação do *compliance* (que devem ser destinados não apenas a denúncias) deve servir para eliminar ou reduzir tais distâncias, de modo a permitir que as situações cheguem ao conhecimento daquele que tem o poder e dever de agir.

O *compliance* tem por finalidade justamente aprimorar dentro das empresas o conhecimento acerca das circunstâncias que possam levar a situações de perigo, até porque essas situações podem levar não apenas a danos a bens ou interesses de terceiros, mas também a interesses da própria empresa.

Em outras palavras, o conhecimento (possível) de fatos que se desenrolam nas atividades sob o âmbito de responsabilidade do sujeito lhe é disponível, cabendo a ele escolher obtê-los ou não.

É claro que não se ignora que a realidade e o agir humano são vastos e complexos, não sendo possível se conhecer tudo em absoluto. A afirmação aqui posta diz respeito a possibilidade de o sujeito responsável buscar o conhecimento afeto as atividades fins da empresa e sobre as fontes de perigo que deve controlar.

Assim, a luz da teoria, se o programa de conformidade não está sendo empregado apenas para atender eventuais exigências formais do mercado, mas ao revés, realmente busca uma efetividade na prevenção e contenção de riscos, não há porque se atribuir dolo, lançando-se mão da cegueira deliberada, posto que o garante, por meio do *compliance*, pode demonstrar a adoção das providências que lhe eram possíveis naquele contexto fático.

Por outro lado, se se restar demonstrado que o *compliance* era de fachada²⁵⁶, o efeito inverso poderá ser alcançado, demonstrando-se que o garante intencionalmente evitou alcançar o conhecimento que lhe era possível para evitar danos, sendo campo propício a aplicação da teoria em comento.

Logo, o que se conclui é que, admitindo-se a aplicação da teoria, seu cabimento em relação ao agente garantidor está relacionado as hipóteses em que ele intencionalmente deixa, de forma consciente, de buscar o conhecimento que lhe é acessível, o que, por outro lado, acaba por colocar em xeque a real necessidade da teoria, posto que tais situações seriam abrangidas pelo dolo (direto ou eventual) e a aplicação da cegueira deliberada seria, parafraseando Lucchesi, mero adorno retórico.

3.5 Influência do *compliance* na aferição da tipicidade subjetiva

3.5.1 *Compliance* e o dolo

A imputação subjetiva é fundamental para o atendimento do axioma *nullum crimen, sine culpa*²⁵⁷. Segundo Ferrajoli nenhum fato ou comportamento humano é valorado como ação se não é fruto de uma decisão; conseqüentemente, não pode ser castigado, nem sequer proibido, se não é intencional, isto é, realizado como consciência e vontade, por uma pessoa capaz de compreender e de querer²⁵⁸.

²⁵⁶ Sobre parâmetros de efetividade do *compliance*, remetemos ao primeiro capítulo, item 1.3.4

²⁵⁷ Importante diferenciar a culpabilidade enquanto princípio, da culpabilidade como parte integrante do conceito tripartite de crime. Como ensina Brandão: “Como princípio, a culpabilidade será tida como um feixe de regras, que possibilitam a própria interpretação da lei penal. O sentido da interpretação penal à luz da culpabilidade é a afirmação da pessoa humana como centro e destinatário das regras do Direito Penal, portanto, somente podemos compreender esse princípio se situarmos a própria conceituação de pessoa dentro do Direito e, mais detidamente, no Direito Penal”. BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1, p.115. Já a culpabilidade enquanto elemento do crime é o juízo de reprovação pessoal que recai sobre a pessoa que pratica uma conduta típica e antijurídica. Enquanto tipicidade e antijuridicidade são juízos que recaem sobre a conduta, a culpabilidade é juízo sobre a pessoa, sendo composta pela imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

²⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do garantismo penal**. 4ªed.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.447.

A exigência do aspecto subjetivo da responsabilidade penal tem por fim, basicamente, o não reconhecimento do caráter criminoso do fato, pura e simplesmente, no mal causado, com independência de qualquer ligação subjetiva do indivíduo com o acontecido²⁵⁹.

Sobre sua importância, vale citar as palavras de Figueiredo Dias²⁶⁰:

Se a exigência de culpa não é a única forma pensável de defesa da dignidade da pessoa, ela é, em todo o caso, a mais perfeita e mais forte com que o pensamento jurídico-penal do Estado de Direito até hoje operou, pelos requisitos limitativos acrescidos e incomparáveis que nele se contém; e é assim o penhor mais seguro de legitimação, no âmbito da aplicação da pena, das necessidades preventivas face ao homem delinquente. Por isso se deve persistir em ver no princípio da culpa uma autêntica máxima de civilização e de humanidade, para a qual se não descortina ainda hoje alternativa.

O ambiente empresarial, conforme repetidamente foi mencionado ao longo deste estudo, apresenta características próprias e complexas que o diferem dos exemplos mais comumente trazidos pela doutrina – os cansativos Caio, Tício e Mévio – ou ainda, quando se aborda na omissão imprópria, o repetido exemplo da mãe que deixa de alimentar o filho de tenra idade. Isso, por óbvio, traz impactos na análise do elemento subjetivo.

Nesse ambiente, é marca comum a divisão estrutural de funções e decisões, tanto de forma vertical como horizontal, havendo, em razão disso, fragmentação e filtragem de informações que causam impactos sobre os pressupostos subjetivos de imputação da responsabilidade omissiva imprópria.

Sendo o conhecimento das elementares do tipo condição indispensável a formação do dolo, essa realidade no ambiente empresarial pode refletir na formação do componente cognitivo dos agentes envolvidos, especialmente em relação àqueles que se encontram nas camadas hierarquicamente superiores.

Conforme adverte Estellita²⁶¹, diante do paradigma clássico da autoria dolosa individual, a descentralização e a divisão de funções e de trabalho causam, igualmente, impactos sobre a configuração dos pressupostos subjetivos de imputação de responsabilidade, tanto no nível da tipicidade, como na culpabilidade.

A sincronização entre os pressupostos da imputação objetiva e os pressupostos da imputação subjetiva será mais esgarçada quanto maior for o porte da empresa e traz evidentes

²⁵⁹ PARDINI, Lucas. **A imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada**. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2019. p.172

²⁶⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de *apud* SYDOW, Spencer Toth. **A teoria da cegueira deliberada**. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2019. p.234.

²⁶¹ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.48

problemas para a configuração do dolo, que tem que ser simultâneo²⁶² à prática da conduta típica (art.20, *caput*, CPB).²⁶³

O *compliance*, assim, pode (ou deve) servir para compensar, ao menos parcialmente, esses limites naturais nos fluxos de informação, seja por meio do mapeamento dos riscos – externos e internos – criando-se uma rotina rígida das informações que transitam na empresa ligadas as tomadas de decisões, seja mesmo pelos canais de denúncias que contribuem para o monitoramento das atividades/conduas dos empregados e colaboradores.

Por evidente, mesmo um *compliance* efetivo dificilmente conseguirá abarcar totalmente esse fluxo de informações ou mesmo a conduta de todos os indivíduos envolvidos nos processos produtivos e administrativos das empresas. É impossível se exigir que todos saibam tudo e/ou que todos vigiem todos.

Disso resulta também indispensável a consideração, no âmbito da análise do elemento subjetivo do agir ou omitir dos atores do ambiente empresarial, da pertinência e dos limites do princípio da confiança.

Pelo princípio da confiança se permite reconhecer que aquele que observa as regras legais e sociais de determinada ação ou atividade, pode confiar que as demais pessoas assim também agirão.

Sobre a adequação de tal princípio ao ambiente empresarial, nos valem mais uma vez dos estudos da professora Estellita²⁶⁴, para quem as distribuições de atribuições e tarefas feitas por meio da delegação seriam impossíveis se todos tivessem de controlar as atividades de todos, o que inviabilizaria o cumprimento dos atos de gestão de sua própria esfera de atribuições, daí se invocar o princípio da confiança, que se aplicaria nos âmbitos nos quais há uma pluralidade de intervenientes.

A autora esclarece que os casos clássicos de aplicação do princípio seriam os relacionados ao trânsito e a equipes médicas de cirurgias, cuja nota comum é a ausência de relação hierárquica entre os sujeitos, o que, transportado para o ambiente de estudo, ou seja, o empresarial, merece considerações a parte.

²⁶² “A dimensão temporal do dolo (também denominada princípio da simultaneidade ou princípio da coincidência) expressa a obrigatoriedade de que a valoração da atitude mental do indivíduo seja limitada pelo momento de realização da conduta típica [e, no nosso caso, da omissão típica]; isso significa que conhecimento ou vontade anterior (*dolus antecedens*) e/ou posteriores (*dolus subsequens*) à realização da conduta não podem ser levados em consideração para determinar o nível da imputação subjetiva. VIANA, Eduardo. **Dolo como compromisso cognitivo**. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2017. p.80

²⁶³ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.48

²⁶⁴ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.151-154

Assim, a *priori* o princípio da confiança regeria as relações horizontais no âmbito dos órgãos de administração que desenvolvem conjuntamente o controle da empresa. Uns podem confiar na atuação correta dos demais, porém devem intervir diante de sinais²⁶⁵ que tornem injustificada a confiança²⁶⁶.

No caso de delegação, contudo, se está diante de uma estrutura hierárquica vertical, e a aplicação do referido princípio deve se dar com limitações. Esse ponto é relevante ao objeto de estudo, posto que a implementação de programas de conformidade implica justamente na delegação da função de vigilância, e na mitigação dos deveres do garantidor originário – o delegante.

Com propriedade, explica Estellita²⁶⁷:

O delegante só pode confiar no desempenho adequado das tarefas atribuídas ao delegado quando tiver cumprido seu dever de escolha adequada do delegado, quando o instruir corretamente e lhe der condições materiais para o desempenho correto das tarefas abrangidas pelo âmbito de competência delegado, mantendo, porém, sempre alguma forma de supervisão de seu desempenho. Diante de irregularidades, não há mais fundamento para confiar e o delegante deve intervir no âmbito das tarefas delegadas para que elas retornem ao patamar do risco permitido.

Logo, e especialmente nas relações hierárquicas verticais, o garantidor originário não poderá se valer inadvertidamente de tal princípio para alegar desconhecimento de situações típicas, uma vez que tem o dever de buscar o conhecimento sobre as fontes de perigo que deve controlar e exigir informações daqueles para os quais delegou tal responsabilidade.

Na mesma perspectiva, e de maneira ainda mais evidente, tal princípio não socorre o *compliance officer* uma vez que no cumprimento do seu dever de vigilância, lhe cabe justamente postura diversa, a de não confiar, diante das finalidades próprias dos programas de conformidade, de detecção e correção dos riscos e irregularidades, visando garantir a

²⁶⁵ Segundo Estellita, os limites comumente reconhecidos da não aplicação do princípio são: a) não pode haver confiança se a outra pessoa não tem capacidade para ser responsável ou está dispensada de sua responsabilidade; b) não está permitida a confiança se a missão de um dos intervenientes consiste precisamente em compensar os erros eventualmente praticados por outrem (que pode ser o caso do *compliance officer*, a depender de suas atribuições concretas); c) o princípio da confiança cessa quando concorre a conduta que defrauda as expectativas, e o primariamente competente tem de retomar as tarefas atribuídas [...] ou quando o delegante percebe a incapacidade do delegado para cumprir as tarefas delegadas. ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.152.

²⁶⁶ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 201. p.153.

²⁶⁷ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.153

observância das normas internas e externas, que dizem respeito as atividades realizadas pela empresa.

Estellita²⁶⁸ sugere as seguintes orientações para análises de casos concretos: a) nos casos nos quais o *compliance officer* descumpra já seus deveres de diagnóstico, deve-se falar muito mais em omissão culposa; b) nos casos, porém, em que há a violação dos deveres de comunicação, que se liga, portanto, a uma prévia aquisição de informações, está configurada a componente cognitiva do dolo, ainda que na forma do dolo eventual.

Com efeito, tendo o *compliance officer* sido contratado justamente para mapear as fontes de riscos para determinada empresa, contribuindo para adequação do fluxo das informações, da rotina e protocolos de atuação, de modo a manter os riscos dentro dos limites permitidos, mas não o faz adequadamente, descumprindo seus deveres de diagnóstico, deve ser analisado se tal descumprimento decorre de desídia ou mesmo incompetência, o que, de fato, levaria a uma responsabilidade a título de culpa. Isso não exclui, contudo, a possibilidade de ação intencional, quando o *compliance officer*, a despeito de obter as informações, não as repassa aos escalões superiores ou quem obrigado no organograma da empresa, seja por interesse pessoal ou de terceiros, restando assim configurado o dolo.

Ainda na mesma perspectiva, não há como falar sobre os reflexos do *compliance* na aferição do elemento subjetivo do garantidor omissivo sem aos menos tangenciar a questão acerca da prova do dolo.

Adverte Pedro Jorge Costa²⁶⁹:

Não se prova o dolo, tanto quanto não se provam conceitos jurídicos como a hipoteca a pessoa jurídica nem, no âmbito do direito penal, a culpabilidade ou a imprudência. Provam-se os elementos empíricos, existente no mundo dos fatos, se necessários para possibilitar a eventual aplicação de consequências jurídicas. No direito brasileiro, a questão é provar o conhecimento e ao menos a assunção do risco.

A luz do princípio da livre apreciação das provas, os juízes podem se utilizar de todos os meios lícitos de prova, inclusive indícios, para formar seu convencimento, e também para a determinação dos estados mentais componentes do dolo²⁷⁰.

Ainda que o tema relacionado a prova seja afeto ao direito processual, a definição do dolo no âmbito do direito material influi na questão da prova de seus elementos empíricos, em um duplo sentido: devem ser provados os elementos que se indiquem, eventualmente já na

²⁶⁸ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.293

²⁶⁹ COSTA, Pedro Jorge. Dolo penal e sua prova. São Paulo: Ed. Atlas, 2015. p.154.

²⁷⁰ COSTA, Pedro Jorge. Dolo penal e sua prova. São Paulo: Ed. Atlas, 2015. p.184.

legislação, como componentes do dolo e só se deve indicar o que for possível de prova válida em juízo²⁷¹.

Se é admissível a prova por indícios para demonstração do dolo ou de outras circunstâncias do crime, o reverso também é verdadeiro.

Nosso Código de Processo Penal diz que se considera indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias (art.239, CPP).

Para Maria Theresa Rocha de Assis Moura, indício é todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo²⁷². Ainda segundo a autora, o raciocínio faz-se pelas regas da experiência²⁷³ e da lógica, resultando no conhecimento provável acerca da existência de outro fato²⁷⁴.

Dizendo de outro modo e invertendo o vetor do raciocínio, se o empresário implementa um programa de *compliance* visando realmente a detecção e contenção dos riscos nos limites permitidos, se valendo dos recursos tecnológicos e humanos dentro do que sua capacidade financeira pode dispor, *isso é indiciário da inexistência de dolo*, valendo lembrar que a boa-fé se presume, o contrário é que demanda esforço probatório.

Claro que se reitera a necessidade de efetividade do *compliance*, com a observância pelo garantidor dos deveres de correta seleção das pessoas envolvidas no processo de implementação e execução do programa de conformidade; com sua contínua fiscalização desses agentes, além do fornecimento dos meios materiais imprescindíveis ao desempenho das funções afetas ao programa; não se criando ainda barreiras a chegada do conhecimento necessário aos escalões superiores da empresa. Mas tudo verificado, ao fim e ao cabo, não há porque se atribuir dolo omissivo quando a despeito disso, um dano venha a ocorrer.

²⁷¹ COSTA, Pedro Jorge. Dolo penal e sua prova. São Paulo: Ed. Atlas, 2015. p.153.

²⁷² MOURA, Maria Theresa Rocha de Assis Moura *apud* COSTA, Pedro Jorge. Dolo penal e sua prova. São Paulo: Ed. Atlas, 2015. p.185.

²⁷³ “As regras de experiência se dividem em leis científicas e regras de experiência cotidiana. As leis científicas são formuladas pelas ciências empíricas, ao passo que as regras de experiência em sentido estrito decorrem da vivência cotidiana, que leva a consensos sobre determinadas questões. [...] Assim, as primeiras estabelecem com segurança quando se pode afirmar uma realidade. Por exemplo, a temperatura de fervura da água, sob certas condições, é lei científica. Conhecimentos mínimos para pessoas imputáveis e com certo grau de socialização, como a aptidão lesiva de armas de fogo parece ser regra de experiência incontestável”. COSTA, Pedro Jorge. **Dolo penal e sua prova**. São Paulo: Ed. Atlas, 2015. p. 187-188.

²⁷⁴ MOURA, Maria Theresa Rocha de Assis Moura *apud* COSTA, Pedro Jorge. Dolo penal e sua prova. São Paulo: Ed. Atlas, 2015. p.185.

Não se discute o dever de reparação e eventual responsabilidade objetiva advinda de outras searas do Direito, mas não prescindindo a responsabilidade penal do elemento subjetivo, o *compliance* pode, assim, vir a ser decisivo.

Embora não seja possível uma resposta genérica e adequada a todas as constelações de casos que a realidade empresarial pode propiciar, não havendo um *standard* de solução, a existência do programa não pode ser simplesmente ignorada quando da aferição do elemento subjetivo daquele que deveria ter impedido um resultado danoso que acabou por se concretizar.

Aliás, seria mesmo um contrassenso o Estado exigir a implementação do programa de conformidade, o qual já é obrigatório para algumas atividades – como apontado no primeiro do capítulo do presente trabalho –, mas depois desconsiderá-lo ou limitar sua análise ao campo da culpabilidade.

Ademais, o Direito Penal não cobra ninguém que evite o inevitável e não pode punir ninguém por não ter feito o impossível. O dever jurídico-penal imposto a cada um circunscreve-se ao seu domínio pessoal, é dizer, o indivíduo só pode responder penalmente por aquilo que puder dominar,²⁷⁵ não há o que prevenir diante de situações incontroláveis e o *compliance* não pode evitar o imprevisível.

3.5.2 *Compliance* e culpa

O Código Penal estabelece que o crime será culposo quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia (art.18, inciso II, CP). A responsabilidade a título de culpa é residual, somente sendo possível quando expressamente prevista, nos termos do parágrafo único do mesmo artigo.

A doutrina define a negligência como uma conduta negativa, na qual o sujeito devia e podia agir para garantir um dever de cuidado e não o faz²⁷⁶. A imprudência, por sua vez, é uma conduta comissiva, é o agir sem a cautela necessária. A imperícia é a falta de capacidade técnica, ocorrendo no âmbito do exercício de profissão, arte ou ofício²⁷⁷.

Além de tais modalidades de conduta, imprescindível que o resultado seja previsível ao agente. A partir dessa previsibilidade, a culpa se classifica em consciente e inconsciente. A primeira quando o agente prevê o resultado, mas acredita sinceramente que poderá evitá-lo, não

²⁷⁵ PARDINI, Lucas. **A imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada**. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2019. p.173.

²⁷⁶ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1, p.78.

²⁷⁷ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1, p.79.

aceitando sua ocorrência. A culpa inconsciente, por sua vez, se faz presente quando o agente não prevê o resultado, embora ele seja previsível.

Na culpa, não há adesão interna do indivíduo, não há vontade de lesão ao bem jurídico, o que leva a um juízo menos grave de reprovação jurídica e social.

A magnitude da discrepância da resposta punitiva deixa evidente o desnível de valoração realizada pelo legislador entre as duas formas de imputação subjetiva, notadamente se considerarmos que ambos os comportamentos produzem idêntico resultado²⁷⁸.

No crime culposo a vontade do agente é voltada para fim indiferente ao Direito Penal, mas a inobservância dos deveres de cuidado na realização da conduta, leva a um resultado danoso que lhe era possível prever.

Para Bierrenbach²⁷⁹:

A estrutura da culpa dos delitos omissivos impróprios é basicamente a mesma dos delitos comissivos. Só há que se cogitar, portanto, de modalidade culposa, em caso de expressa previsão legal. No delito omissivo impróprio culposo, ocorre uma infração do dever de cuidado objetivo, por via omissiva. Neste sentido, o dever legal de cautela impõe a realização da conduta ativa, com a finalidade de evitar o surgimento de riscos para os bens garantidos ou mesmo obstar o incremento dos perigos preexistentes. Estas medidas acautelatórias em favor de bens em perigo devem-se, exclusivamente, aos garante. De outra sorte, tal como a negligência ativa, a culpa omissiva assenta-se na previsibilidade objetiva, na possibilidade de o garante prever que sua inação pode gerar perigo para o bem jurídico ou agravar perigo preexistente, permitindo a ocorrência do resultado vedado pela lei.

Defendeu-se no item anterior, que um *compliance* efetivo é indiciário da inexistência de dolo. O mesmo entendimento, contudo, não se estende automaticamente aos casos que se caracterizam culposos.

Explica-se, pedindo vênias para afastar-se de exemplos mais tradicionais da doutrina – como os casos de crimes de trânsito – para raciocinar a partir dos dados mais próximos da realidade do ambiente empresarial.

Sabemos que para além da ideia de realização pessoal e da necessidade de cumprimento de uma função social, o indivíduo, quando empreende – constituindo uma pessoa jurídica para atuar em determinado ramo de atividade –, o faz com o intuito de lucro. Ressalte-se que tal afirmação não tem finalidade de crítica, ao contrário, é assim que deve ser, posto que é o lucro que mantém a empresa “viva”, garantindo não apenas o sustento de seus sócios, como gerando empregos e recolhendo impostos.

²⁷⁸ VIANA, Eduardo. **Dolo como compromisso cognitivo**. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2017. p.24.

²⁷⁹ BIERRENBACH, Sheila. **Crimes omissivos impróprios. Uma análise à luz do Código Penal Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Delrey, 2002. p.97.

Mas na busca por lucros, muitas vezes o empresário – garantidor, lembremos – mesmo ciente de riscos de determinadas decisões acaba por adotá-las, realizando ações ou não realizando o que era devido e esperado, acreditando verdadeiramente que será capaz de evitar que resultados danosos disso possam advir (culpa consciente).

Assim, o mesmo raciocínio dos efeitos do *compliance* quanto ao dolo, não podem ser transpostos para ações precipitadas ou imprudentes, portanto, culposas, cabendo, como sempre reafirmado, nortear-se o aplicador do direito pelas circunstâncias do caso concreto.

Não obstante, mesmo nestas situações, o *compliance* poderá fornecer elementos mais seguros para a diferenciação entre a culpa consciente e o dolo eventual, uma vez que muitas vezes se tratam de situações limites.

3.5.3 *Compliance* e o trato do erro

Em direito penal erro significa tanto uma ausência de conhecimento sobre algum objeto quanto uma falsa representação do mesmo²⁸⁰.

O instituto do erro envolve a forma como o indivíduo identifica a realidade a sua volta e a ela reage, sendo assim relevante objeto de análise no presente estudo, mormente porque no ambiente coletivo como o empresarial, que envolve atividades praticadas por diversas pessoas em momentos, locais, setores e cargos distintos, o erro é uma realidade que não pode ser ignorada.

Em nosso Código Penal, o erro é tratado nos artigos 20 e 21²⁸¹. No artigo 20 há a previsão do que se denomina de erro de tipo, que é aquele incidente sobre qualquer dos

²⁸⁰ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010. p.263.

²⁸¹ Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

Descriminantes putativas

§ 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo.

Erro determinado por terceiro

§ 2º - Responde pelo crime o terceiro que determina o erro

Erro sobre a pessoa

§ 3º - O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.

Erro sobre a ilicitude do fato

Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço

Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

elementos constitutivos do tipo penal. Já no artigo 21, encontramos o erro de proibição que é aquele afeto a antijuridicidade, ao conhecimento do caráter proibido do comportamento²⁸².

O erro de tipo pode ser essencial ou acidental. Será essencial se versar sobre uma circunstância do tipo que exclui o caráter criminoso da ação²⁸³. Já o erro de tipo acidental é aquele que não elide a adequação típica entre a representação mental do agente, da realidade, e o objeto faticamente agredido²⁸⁴.

O erro de proibição, por sua vez, afeta a consciência da ilicitude. Como o fundamento da reprovação da culpabilidade, a partir do finalismo, não é mais o dolo, nem a culpa, mas a consciência da antijuridicidade, quando houver erro de proibição não haverá culpabilidade.

Outra classificação importante, mormente considerando o *compliance*, é aquela que classifica o erro como vencível ou invencível, ou seja, superável ou insuperável – também denominado na doutrina como escusável ou inescusável.

O erro vencível é aquele que objetivamente poderia ter sido evitado se o indivíduo tivesse agido com o devido cuidado, considerando-se a capacidade do que se costuma chamar de homem médio. O erro invencível, por outro lado, fugiria a possibilidade preventiva desse homem médio ou quando o agente tomou as cautelas devidas.

Tal diferenciação – entre erro de tipo e proibição; erro vencível ou invencível – não tem relevância meramente teórica, mas prática, posto que a correta compreensão da natureza do erro implica diretamente nas consequências da resposta penal, uma vez que havendo erro de tipo ainda poderá subsistir a punição a título de culpa, se prevista tal modalidade no tipo violado, o que não ocorre em se tratando de erro de proibição, que exclui a culpabilidade e, portanto, a possibilidade de aplicação de qualquer sanção. O mesmo pode ser dito quanto a vencibilidade do erro.

Na omissão imprópria, o reconhecimento da existência de um crime se dá com a conjugação do tipo comissivo violado e as disposições do artigo 13, §2º do CP, sendo que o trato do erro deve abranger, portanto, também os elementos que compõe essa extensão da figura típica.

²⁸² Segundo Mir Puig, o termo “erro de tipo” substitui na doutrina atual o termo anteriormente empregado “*erro de fato*”, do mesmo modo que a expressão “erro de proibição” superou a expressão precedente de “*erro de direito*”. A razão está em que o tipo pode conter tanto elementos de fato como de direito (elementos normativos jurídicos) e o erro sobre todos eles merece o mesmo tratamento, independentemente de ser um ou outro. ²⁸² MIR PUIG, Santiago. **Direito penal: fundamentos e teoria do delito**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais: 2004. p.224.

²⁸³ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2ªed, 2010. p.263.

²⁸⁴ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2ªed, 2010. p.263.

Logo, o objeto de conhecimento do omitente garantidor deve abranger todas as circunstâncias que integram o tipo objetivo omissivo impróprio: a) os pressupostos fáticos constituidores da posição de garantidor, b) a situação típica, c) a omissão da conduta determinada e exigida de evitação do resultado, e ainda para alguns, o nexo de causalidade.

Para Estellita, na omissão o erro que afasta o dolo é aquele incidente sobre os pressupostos objetivos (descritos ou normativos) do dever de agir. Quem porém, conhecendo todos esses pressupostos supõe, erroneamente, que não está obrigado a agir, deixa de cumprir o mandamento em erro de proibição, melhor dizendo, em erro sobre o mandado normativo (art.21, CPB)²⁸⁵. Assim, o erro sobre alguma das circunstâncias objetivas que tornam um agente garantidor é erro de tipo, o erro sobre o mandamento de agir para evitar o resultado, erro de proibição²⁸⁶.

Sendo exigível que o garantidor reconheça os dados fáticos da situação de perigo que aciona o dever de agir, a obtenção desse conhecimento, em um ambiente de fragmentação de informações e divisão de funções adquire contornos próprios. Nessa perspectiva, o mesmo reflexo que o *compliance* pode ter na aferição do dolo e da culpa, poderá ter no trato do erro.

O empresário garantidor, enquanto obrigado a manter dentro dos limites permitidos os riscos advindos da atividade que exerce, deve buscar conhecer a realidade que o circunda para direcionar suas decisões e ações com domínio do que faz.

Para Estellita, normalmente a omissão dos dirigentes em agir para evitar o resultado em caso de constituição de um setor de *compliance* na empresa derivará de erro de tipo por desconhecimento da situação de perigo, erro este causado pela omissão do *compliance officer* que não transmite a informação devida ou a transmite de forma lacunosa ou falha²⁸⁷.

Referida autora ainda adverte²⁸⁸:

Há que se diferenciar esta situação, porém, daquela na qual a comunicação do *compliance officer* aos dirigentes se faz acompanhar de uma orientação sobre o caráter permitido ou proibido de uma prática de um subordinado, por exemplo, qualificando-a como lícita. Neste caso, em que os garantidores, tendo conhecimento de todas as circunstâncias objetivas, erram, porém, quanto à proibição do ato em vias de ser praticado, e conseqüentemente, avaliam como inexistente o dever de agir para impedir o resultado, o que há de se investigar é um possível erro de proibição, não mais um erro de tipo. Pode se tratar de erro sobre o mandado (de agir), que deve ser avaliado

²⁸⁵ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.287.

²⁸⁶ ROXIN, Claus *apud* ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.287.

²⁸⁷ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.293.

²⁸⁸ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p.293-294.

sob os pressupostos de sua evitabilidade para a determinação de suas consequências penais (art.21 CP).

Não obstante, na medida em que as práticas de *compliance* têm por finalidade fazer cumprir as normas legais e diretrizes políticas estabelecidas para as respectivas atividades, identificando e corrigindo os desvios, prevenindo riscos e os mantendo dentro dos limites permitidos, a admissão pelo julgador, da alegação de erro, quando presentes tais programas de conformidade, pode restar bem prejudicada.

A luz dessa percepção, a análise do caso concreto deve levar em conta a extensão e as atribuições conferidas ao *compliance* – na mesma linha do afirmado quanto a aferição do dolo e da culpa – a fim de se verificar inclusive eventual erro determinado por terceiro, diante da multiplicidade de atores do ambiente empresarial, mormente o *compliance officer*.

Responde pelo crime o terceiro que determina o erro, nos termos do §2º do artigo 20 do CP. Contudo, convém rememorar que a instituição de um setor de *compliance* não desobriga o garantidor originário, mas cria novas posições de garantia, remanescendo ainda ao garantidor primário os deveres de seleção adequada, fiscalização, fornecimento das condições materiais necessárias ao desempenho correto das tarefas etc.

Logo, se verificado no caso concreto que o *compliance* era meramente formal, que não foi dado ao *compliance officer* condições de trabalho ou se foi contratada pessoa visivelmente despreparada para o desempenho das funções, de acordo com natureza das atividades e o porte da empresa, não cabe ao garantidor originário alegar que deixou de agir por erro de terceiro, se beneficiando assim de sua própria torpeza.

Destarte, se por um lado o *compliance* poderá implicar no afastamento do dolo, por outro lado, poderá levar também a um enfraquecimento da alegação da existência de erro ou mesmo contribuir para constatação da não obtenção da informação de forma deliberada.

Nesse ponto, convém também diferenciarmos o erro da cegueira. O indivíduo que age em erro, não sabe o que faz, acreditando que seu agir é indiferente penalmente, sendo também vítima, portanto, de sua equivocada representação da realidade. Quem, por outro lado, conhece a realidade que o rodeia e sabe o que faz, tem o domínio sobre sua conduta – comissiva ou omissiva – podendo guiar-se de modo consciente.

Nesse ponto, pertinentes as palavras de Pardini²⁸⁹:

²⁸⁹ PARDINI, Lucas. **A imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada**. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2019. p.160.

Parece claro que esse conhecimento, em si mesmo, já pode ser objeto de domínio: especialmente quanto a fatos que não ocorrem diretamente diante dos olhos do sujeito, tais como, em regra, são aqueles relacionados à temática da omissão imprópria do dirigente empresarial, a pessoa detém pleno domínio sobre a obtenção ou não do conhecimento, podendo decidir pela sua obtenção, mediante busca de informações, ou pela sua alienação, mediante inércia, e ainda mais efetivamente, construção de barreiras ao fluxo de informações até si.

Assim, enquanto no erro há ausência ou equívoco na representação da realidade, na cegueira o agente decide não conhecer. Logo, erro e cegueira são mutuamente excludentes. Para Sydow, a identificação do erro de tipo nega o quadro de representação requerida pelo dolo enquanto que a identificação da situação de cegueira deliberada implica (tanto em julgados brasileiros, norte americanos e espanhóis) na representação requerida para o dolo²⁹⁰.

Assim, a ignorância geradora do erro afasta o dolo e permite a tipificação a título de culpa, se existente. A cegueira deliberada em sentido estrito, por sua vez, tem aparência de culpa, mas sua identificação imputa ao sujeito a culpabilidade a título doloso²⁹¹.

Não se está a afirmar, por outro lado, que com a implementação do *compliance* se passará a exigir conhecimentos superiores, ou que qualquer situação que escape ao mapeamento de riscos da empresa e sua contenção, derive, necessariamente, de dolo.

A existência do *compliance* não afasta a razoabilidade da previsibilidade dos resultados, dentro dos limites tecnológicos existentes e do conhecimento humano, mas pode levar a um enfraquecimento da alegação da invencibilidade do erro, tendo em vista que ao garantidor é imposto o dever de fiscalização e controle sobre as fontes de perigo oriundas da empresa, portanto, deve buscar conhecer os resultados prováveis de cada atividade.

Em derradeiro, finaliza-se com a afirmação de Toledo: “Tenha-se em mente que a teoria do erro protege a boa-fé; não é uma brecha no sistema penal por onde possa transitar os espertos”²⁹².

²⁹⁰ SYDOW, Spencer Toth. **A teoria da cegueira deliberada**. Belo Horizonte: Ed. D’Plácido, 2019. p.189.

²⁹¹ SYDOW, Spencer Toth. **A teoria da cegueira deliberada**. Belo Horizonte: Ed. D’Plácido, 2019. p.190.

²⁹² TOLEDO, Francisco de Assi *apud* PARDINI, Lucas. **A imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada**. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2019. p.159.

CONCLUSÃO

A convivência com riscos é uma realidade inevitável da sociedade atual, não obstante, ela os tolera cada vez menos e deposita suas expectativas de gestão desses riscos no Direito Penal.

Tal expectativa, transferida para o ambiente empresarial, tem levado a ampliação do uso da omissão imprópria como ferramenta de atribuição de responsabilidade penal do empresário, como garante de evitação desses riscos.

A imputação a título de omissão imprópria se reveste de uma complexidade na maioria das vezes inexistente quando se trata da subsunção de uma conduta comissiva a um tipo penal, uma vez que a verificação de seus pressupostos vai além da simples relação de adequação da conduta ao tipo, já que se faz necessária a utilização da norma de extensão da figura típica, existente na parte geral do Código Penal, estampada no artigo 13, §2º, com especial destaque para as posições de garante.

A fixação da posição de garantidor é a primeira etapa de verificação da responsabilidade penal pela omissão imprópria. A partir dos aspectos estudados, vimos que a posição de garantidor é fundamentada pela assunção fática de uma fonte de perigo ou da proteção de um bem jurídico, e que o papel da regulação extrapenal – a qual pode ser inclusive oriunda de autorregulação no âmbito empresarial – é o de delimitar o dever do garantidor e, pois, os limites dessa responsabilidade.

A identificação do garante e a delimitação de suas responsabilidades, no ambiente empresarial, ainda ganham matizes diversos, diante da divisão de funções que abrange uma ampla gama de atividades, que vão desde simples rotinas administrativas, a tomadas de decisões sobre os rumos da empresa e sua atividade econômica, exercida em estruturas horizontais e verticais, com descentralização e delegação de funções, que impactam diretamente a análise das responsabilidades, mormente a de natureza penal.

Vimos também que ao garante é estabelecido um dever de cuidado e, especialmente em relação ao ambiente empresarial, um dever de vigilância em relação a determinadas fontes de perigo. As fontes de perigo são, em regra, identificáveis, e o *compliance* tem justamente por finalidade contribuir para que os riscos – diretos e indiretos – sejam corretamente identificados e mantidos dentro dos critérios permitidos.

A partir da compreensão dessa realidade empresarial, observamos que o programa de integridade pode ser empregado como fator delimitador da responsabilidade penal, mormente diante da possibilidade de tais programas, ao mapearem os riscos, contribuírem para a

identificação, no caso concreto, daquele que tinha o dever de agir e do elemento subjetivo do omissente.

O estudo nos mostrou que o *compliance* tem por finalidade fazer cumprir normas legais e regulamentares, políticas e diretrizes estabelecidas para as atividades, bem como desenvolver ferramentas para evitar, detectar e tratar qualquer desvio ou inconformidade existente no ambiente empresarial, aprimorando assim o conhecimento acerca das circunstâncias que possam levar a situações de perigo a bens jurídicos, tanto de terceiros, quanto da própria empresa.

Quanto a questão norteadora da pesquisa, concluímos que além da contribuição para melhor constatação dos aspectos do tipo objetivo da omissão imprópria – a exemplo da posição de garantidor – o *compliance* permite, especialmente, melhor análise quanto ao aspecto subjetivo da conduta, contribuindo para detecção ou afastamento do dolo, ou ainda permitindo diluir a problemática dos casos limítrofes entre o dolo eventual e a culpa consciente.

Nessa perspectiva, sendo o conhecimento das elementares do tipo condição indispensável a formação do dolo, e considerando a realidade mencionada acerca das peculiaridades do ambiente empresarial, concluímos que a divisão horizontal e vertical de atribuições nesse ambiente, com a fragmentação e delegação de responsabilidades, podem refletir na formação do componente cognitivo dos agentes envolvidos, especialmente em relação àqueles que se encontram nas camadas hierarquicamente superiores.

Assim, o *compliance* pode (ou deve) servir para compensar, ao menos parcialmente, os limites naturais nos fluxos de informação, seja por meio do mapeamento dos riscos – externos e internos – criando-se uma rotina rígida das informações que transitam na empresa ligadas as tomadas de decisões; seja mesmo pelos canais de denúncias que contribuem para o monitoramento das atividades/conduas dos empregados e colaboradores.

Nessa ordem de ideias, se o empresário implementa um programa de *compliance* visando realmente a detecção e contenção dos riscos nos limites permitidos, se valendo dos recursos tecnológicos e humanos dentro do que sua capacidade financeira pode dispor, isso é indiciário da inexistência de dolo, valendo lembrar que a boa-fé se presume, o contrário é que demanda esforço probatório.

Por evidente, necessário se faz que o *compliance* tenha efetividade, que não seja mero instrumento de fachada para atender a formalidades legais ou exigidas pelo mercado, devendo o garantidor observar seus deveres de correta seleção das pessoas envolvidas no processo de implementação e execução do programa de conformidade, com sua contínua fiscalização desses agentes, além do fornecimento dos meios materiais imprescindíveis ao desempenho das funções

afetas ao programa; não se criando ainda barreiras a chegada do conhecimento necessário aos escalões superiores da empresa. Mas tudo verificado, ao fim e ao cabo, não há porque se atribuir dolo omissivo quando a despeito disso, um dano venha a ocorrer.

Por outro lado, se se restar demonstrado que o *compliance* era de fachada, o efeito inverso poderá ser alcançado, demonstrando-se que o garante intencionalmente evitou alcançar o conhecimento que lhe era possível para evitar danos, agindo, no mínimo, com dolo eventual.

E na diretriz de pensar o trabalho com o olhar voltado a solução de problemas concretos, concluímos que, embora não seja possível uma resposta genérica e adequada a todas as constelações de casos que a realidade empresarial pode propiciar, não havendo um *standard* de solução, a existência do programa não pode ser ignorada quando da aferição do elemento subjetivo daquele que deveria ter impedido um resultado danoso que acabou por se concretizar.

Assim, considerando que o elemento subjetivo (dolo e culpa) integra a tipicidade; considerando ainda que a tipicidade é manifestação do princípio da legalidade e que fora da legalidade não há Direito, a aplicação de uma pena somente se legitima a partir do perfeito juízo de adequação da conduta ao tipo legal.

Nessa perspectiva, se por um lado, o ambiente empresarial, como visto, apresenta dificuldades próprias na individualização das condutas dada as suas características de divisão vertical e horizontal de atividades, com delegação e compartimentalização de decisões e ações, por outro lado não se pode admitir uma pretensão de compensação de um déficit de punibilidade em determinados contextos criminosos, lançando-se mão da responsabilidade penal objetiva, violando frontalmente princípios tão caros a liberdade do indivíduo frente o Estado.

O *criminal compliance* como uma nova realidade do Direito Penal pode, assim, levar ao afastamento da incidência típica pela possibilidade de permitir-se adequadamente verificar a inexistência do dolo diante de resultados atribuídos a título de omissão imprópria.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBI – Associação Brasileira de Bancos Internacionais. **Página institucional**. Disponível em: <<http://www.abbi.com.br/funcaoodecompliance.html>> Acesso em: 03 jun. 2020.
- ASSI, Marcos. **Compliance: como implementar**. São Paulo: Trevisan Editora, 2018.
- BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal compliance**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- BIERRENBACH, Sheila. **Crimes omissivos impróprios. Uma análise à luz do Código Penal Brasileiro**. Belo Horizonte: Ed. Delrey, 2002.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, parte geral. v.01. 25ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2019.
- BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010.
- BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2015b. v.1.
- BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. Coimbra: Ed. Almedina, 2012.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Página institucional**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=91762CFCC7CB96779F813920CACDC300.proposicoesWebExterno2?codteor=1818737&filename=Tramitacao-PL+5442/2019> Acesso em: 14 jul.2020
- COLEN, Guilherme Coelho. **O dolo no contexto estrutural da tipicidade**. 2014. Tese (doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2014.
- COSTA, Pedro Jorge. **Dolo penal e sua prova**. São Paulo: Ed. Atlas, 2015.
- COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. **Crimes omissos impróprios: tipo e imputação objetiva**. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2017.
- ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do garantismo penal**. 4ªed.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- FEBRABAN. Federação Brasileira de Bancos. **Página institucional**. Disponível em: <https://www.legiscompliance.com.br/images/pdf/febraban_manual_compliance_2018.pdf> Acesso em: 10 jan. 2020 e 03.jun.2020
- FEBRABAN. Federação Brasileira de Bancos. **Página institucional**. Disponível em: <https://cmsportal.febraban.org.br/Arquivos/documentos/PDF/febraban_manual_compliance_2018_2web.pdf> Acesso em: 13 jul. 2020

GALVÃO, Fernando. **Direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.

GREGO, Luis. **Autoria como domínio do fato**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GREGO, Luís. **Dolo sem vontade**. In: DIAS, Augusto Silva et al (org.). Coimbra: Almedina, 2009, p.885-903.

GREGO, Luis. **Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

GUSTIN, M.B.S; DIAS, M.T.F. (Re)pensado a pesquisa jurídica. Belo Horizonte: Editorai Delrey, 2010.

IBGC. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. **Página institucional**. Disponível em: < www.ibgc.org.br/conhecimento/governanca-corporativa > Acesso em: 14 jul. 2020.

ISO. **International Organization for Standardization. Página institucional**. Disponível em: < <https://www.iso.org/home.html> > Acesso em: 12 jul. 2020.

KPGM. Consultoria de Gestão. **Página institucional**. Disponível em: < <https://cndl.org.br/politicaspUBLICAS/wp-content/uploads/estudos/Maturidade%20do%20compliance%20no%20Brasil%20-%20KPMG.pdf> > Acesso em 13 jul. 2020.

LEITE, M. L; DIAS, R.M.C.G.. O *compliance* nas empresas e o impacto na competitividade. in LOPES, L.S; MARTINS, A.J. **Direito Penal Econômico**. Belo Horizonte: D'Plácido: 2017.

LOPES, L.S; MARTINS, A.J. **Direito Penal Econômico**. Belo Horizonte: D'Plácido: 2017.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo culpa como dolo. O uso da cegueira deliberada no Brasil**. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2018.

PARDINI, Lucas. **A imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada**. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2019.

PLANAS. Ricardo Robles. **Estudos de dogmática jurídico-penal**. Belo Horizonte: D'Plácido: 2016.

MIR PUIG, Santiago. **Direito penal: fundamentos e teoria do delito**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais: 2004.

PINTO, F.M; BRENER. P.R.C.V. Responsabilidade corporativa e *compliance*. in LOPES, L.S; MARTINS, A.J. **Direito penal econômico**. Belo Horizonte: D'Plácido: 2017.

ROCHA, Ronan. **A relação de causalidade no direito penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Corrupção e compliance no Brasil. In **Comentários ao direito penal econômico brasileiro**. LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELL, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (org.) Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

SCANDELARI, Gustavo Britta. As posições de garante na empresa e o criminal *compliance* no Brasil: primeira abordagem em *Compliance* e Direito Penal. In: DAVID, Décio Franco (org.). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVEIRA, Renato M. J. **Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido 2018.

SILVEIRA, R.M.J; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017.

SYDOW, Spencer Toth. **A teoria da cegueira deliberada**. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2019.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Editora Delrey, 2003.

TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

VIANA, Eduardo. **Dolo como compromisso cognitivo**. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2017.

WEZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.