



Pedro Augusto Amaral Dassin

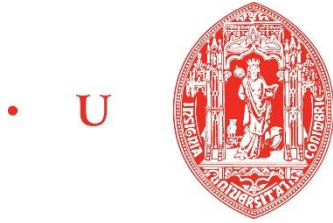
A posição de garante no contexto
empresarial: contributo ao estudo da
responsabilidade do *Compliance Officer*

Dissertação de Mestrado, na área de especialização em Ciências Jurídico-Criminais,
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação da Professora
Doutora Susana Aires de Sousa.

Coimbra, julho/2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U • C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Pedro Augusto Amaral Dassan

A posição de garante no contexto empresarial: contributo ao estudo da responsabilidade do
Compliance Officer

The guarantor position in the business context: contribution to the study of Compliance
Officer's liability

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais, sob a orientação da Professora Doutora Susana Aires de Sousa.

Coimbra, 2017

AGRADECIMENTOS

De todas as exposições deste trabalho, a mais difícil é esta: tentar dizer o que as palavras não alcançam. E não há linguagem neste mundo que expresse meu agradecimento aos meus pais. Alfredo e Maura, vocês foram meu baluarte e meu combustível nesta jornada. A vocês, não apenas agradeço, como dedico esta dissertação.

Ao meu irmão, Lucas Dassan, eterno amigo e companheiro.

À Professora Doutora Susana Aires de Sousa, pela atenção, calma e conhecimentos a mim concedidos que, com uma admirável humanidade, muito além de me orientar, me guiou ao longo deste percurso.

À Luísa Nami Godoy, pelo companheirismo e incessante apoio mútuo. Sua alma tornou minha caminhada mais leve.

À Maira Gerhardt, pela constante paciência e companhia.

À Talitha, Gabriela e Ana Luiza que tão bem me acolheram em Salamanca.

Aos meus amigos de Coimbra, que tornaram todo este momento único. Vocês foram os oásis em que repousei ao longo deste árido caminho.

A escolha é possível, em certo sentido, porém o que não é possível é não escolher. Eu posso sempre escolher, mas devo estar ciente de que, se não escolher, assim mesmo estarei escolhendo.

Jean-Paul Sartre

RESUMO

O presente trabalho procura contribuir, por meio de um estudo sistemático da doutrina jurídico-penal, para a análise da posição de garante dos responsáveis pelos setores de *Compliance* – chamados de *Compliance Officers* -, estabelecidos na estrutura empresarial com o objetivo de monitorar o devido cumprimento das normas jurídicas, regulamentos, políticas internas e diretrizes pela instituição, por meio do emprego de medidas de fiscalização, detecção, investigação e sanção dos comportamentos que possam ser tidos como contrários à ordem jurídica e aos valores da organização. Busca verificar, assim, se os encarregados pelo desenho, implementação e controle do programa de *Compliance* têm um dever de evitar fatos lesivos a bens jurídicos decorrentes da atividade da empresa. Para isso, é feita uma análise global sobre o contexto sociológico, histórico e normativo da ascensão dos programas de *Compliance* no meio empresarial, seu modo de funcionamento e a função dos responsáveis pelos programas. Adentra-se, posteriormente, ao estudo sistemático da dogmática jurídico-penal dos crimes comissivos por omissão para a compreensão dos fundamentos e limites da posição de garante e dos deveres dela derivados. Assim, com as bases suficientes sobre a doutrina geral da omissão, a última parte deste trabalho se lança ao exame da posição de garante pelos dirigentes empresariais e seu mecanismo de delegação, que viabilizam um apropriado estudo da posição de garante do *Compliance Officer* neste contexto, considerando suas concretas competências, funções e tarefas institucionais.

Palavras-chave: *Compliance*; *Compliance Officer*; posição de garante; crimes comissivos por omissão; Omissão imprópria.

ABSTRACT

The present work seeks to contribute, through a systematic study of the legal-criminal doctrine, to the analysis of the guarantor position of those responsible for the *compliance* sectors – the so called *compliance officers* – established with the purpose of monitoring the due compliance with legal standards, regulations, internal policies and guidelines by the institution, through the use of measures of surveillance, detection, investigation and sanctioning of behaviors that may be considered as contrary to the legal order and to the values of the organization. It aims to check, therefore, if those in charge of the design, implementation and monitoring of the compliance program have the duty of avoiding harmful facts to current legal interests arising from the company's activity. For that, it is necessary to run an overall analysis of the sociological, historical, and normative context of the rise of compliance programs in the corporate environment, its mode of operation and the function of those responsible for the programs. Furthermore, we go into the systematic study of dogmatic criminal law of the offenses of commission by omission for the understanding of the fundamentals and limits of the guarantor position and of the obligations derived of it. Thus, with sufficient bases on the general doctrine of the omission, the last part of this work examines the guarantor position by the business leaders and their delegation mechanism, which make possible an appropriate study of the guarantor position of the *compliance officer* in such context, considering their concrete competences, functions and institutional tasks.

Keywords: *Compliance*; *Compliance Officer*; guarantor position; offenses by commission by omission; improper omission.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

BGH – *Bundesgerichtshofs* (Supremo Tribunal Federal Alemão)

BGHSt – *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen* (Decisão do Supremo Tribunal Federal Alemão em matéria penal)

CCO – *Chief Compliance Officer*

CECO – *Chief Ethics and Compliance Officer*

CEO – *Chief Executive Officer*

CO – *Compliance Officer*

EUA – Estados Unidos da América

FCPA – *Foreign Corrupt Practices Act*

FINRA – *Financial Industry Regulatory Authority*

PwC – *PricewaterhouseCoopers*

SEC – *Securities and Exchange Commission*

SOX – *Sarbanes-Oxley*

SS – Seguintes

STF – Supremo Tribunal Federal [brasileiro]

ÍNDICE

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS.....	6
1. INTRODUÇÃO.....	9
2. OS SETORES DE <i>COMPLIANCE</i>.....	13
2.1. Cenário do problema: exemplos introdutórios	13
2.2. O contexto sociológico da regulação empresarial	15
2.3. A análise econômica e o cenário criminógeno no ambiente empresarial.....	24
2.4. História e legislações dos programas de <i>Compliance</i> Criminal	31
2.5. A implementação de efetivos programas de <i>Compliance</i>	39
2.6. A exaltação da posição de garante do <i>Compliance Officer</i>	46
3. A OMISSÃO IMPRÓPRIA E A POSIÇÃO DE GARANTE NA DOUTRINA JURÍDICO-PENAL	50
3.1. Conceitos iniciais dos crimes omissivos	50
3.2. Os crimes omissivos impróprios: elementos da estrutura típica.....	54
3.3. A busca pelo fundamento da posição de garante na omissão imprópria	58
3.4. As tradicionais fontes formais do dever de garante.....	62
3.5. As fontes materiais dos deveres de garante	66
3.6. A teoria “sistêmico-funcionalista” de Jakobs.....	70
3.7. Aproximação ao fundamento da posição de garante na empresa: a teoria do domínio.....	73
4. A POSIÇÃO DE GARANTIA DO <i>COMPLIANCE OFFICER</i>.....	83
4.1. A posição de garante dos empresários.....	84
4.1.1. A teoria do domínio aplicada no âmbito empresarial	85
4.1.2. Quais delitos no cenário da criminalidade empresarial?.....	95
4.1.3. O princípio da autorresponsabilidade.....	96
4.1.4. A delegação de funções.....	98
4.2. A posição de garante nos setores de <i>Compliance</i>	101
4.2.1. A delegação dos deveres de vigilância.....	102
4.2.2. O que assume o <i>Compliance Officer</i> ?.....	105

4.2.3. As funções, atividades e competências do <i>Compliance Officer</i>	110
4.2.4. A responsabilidade por omissão do <i>Compliance Officer</i> por deveres de proteção e vigilância	115
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	122
BIBLIOGRAFIA	127

1. INTRODUÇÃO

A reflexão proposta no presente estudo se converge à delimitação de critérios dogmáticos jurídico-penais que possam eventualmente sustentar uma posição de garante – e deveres dela derivados – dos encarregados pelos setores de *Compliance* (*Compliance Officers*), presentes na estrutura interna de uma empresa, justificando, assim, uma responsabilidade penal por omissão imprópria por delitos cometidos no seio empresarial.

Embora, como assim já na década de 1980 proferiu Klaus Tiedemann, o debate mundial econômico, jurídico e ético sobre as atividades das grandes empresas e sobre o controle estatal sobre elas não parta do Direito Penal¹, é certo que a proliferação de condutas delitivas nesta seara invariavelmente vem provocando cada vez mais o agir jurídico-penal para sua contenção.

Os riscos decorrentes de atividades antijurídicas por parte das empresas à própria economia global e à sociedade como consumidora, aliados à complexidade sistêmica do mercado, converge a uma inexorável intervenção do Estado, que passa a exigir um progressivo autocontrole pelas próprias empresas para o devido cumprimento das obrigações legais.

Em paralelo, o Direito Penal começa a sofrer distensões nos seus princípios basilares, construídos sob a matriz iluminista, para atender essa nova demanda da modernidade globalizada. Assim, a doutrina e as legislações penais começam a quebrar o paradigma clássico consubstanciado no brocardo *societas delinquere non potest*, encontrando fundamentações dogmáticas para a responsabilização penal das pessoas coletivas.

Mas, igualmente, há uma intrínseca necessidade de fundamentar dogmaticamente a responsabilidade dos dirigentes empresariais, posto que a criminalidade empregada neste contexto se desprende da ideia até então prevalecente no Direito Penal de que o principal responsável pelo delito é o executor direto do fato. A doutrina, assim, passa a construir alicerces dogmáticos para responsabilizar o “homem de trás” de um delito cometido na empresa.

¹ TIEDEMANN, Klaus, “Aspectos penales y criminológicos de las actividades de las empresas transnacionales”, *Revista Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 6, , 1983, p. 293.

A fundamentação dessa responsabilidade que tem ganhado relevância na doutrina se dá pela análise da omissão dos superiores hierárquicos da empresa pela não evitação de resultados lesivos perpetrados por seus subordinados. Para tal, é necessário verificar se há um dever de agir por esses sujeitos para evitar lesões que possam partir de sua instituição.

Neste contexto surge a ideia de sustentabilidade empresarial e governança corporativa, com uma maior preocupação, pelas próprias empresas, de cumprir devidamente com as obrigações legais para, precipuamente, evitar uma responsabilidade jurídica, nomeadamente jurídico-penal, seja da própria empresa, seja de seus dirigentes.

Para cumprir essa missão, as empresas têm procurado estabelecer, dentro de sua estrutura, setores especializados no monitoramento de atividades ilícitas internas com o objetivo de evitá-las, empregando os conhecimentos e instrumentos apropriados e necessários para tal, liderados por responsáveis geralmente denominados “*Compliance Officers*”, pessoas delegadas pelo empresário para cumprir tal função.

Dentro da lógica do chamamento do Direito Penal para a contenção de riscos que possam emanar da atividade da empresa, em particular diante da discussão da reponsabilidade penal dos dirigentes empresariais, sobrevém o questionamento se a pessoa responsável por este departamento de monitoramento e cumprimento ostenta uma posição de garante perante a ordem jurídica em evitar resultados lesivos provenientes da empresa.

Este questionamento decorre das premissas consistentes na lógica estrutural formal da posição do *Compliance Officer* dentro do organograma empresarial, cujas funções e competências derivam da delegação pela alta cúpula da instituição, bem como na lógica extraída do substrato material da própria atividade do cargo, substancialmente ligada a uma vigilância de atividades ilícitas.

A discussão doutrinária é alimentada por casos concretos de falhas em *Compliance* que demandam uma reflexão maior acerca desta problemática, sejam casos que culminaram em uma resposta administrativa sancionatória, sejam casos que resultaram em uma resposta penal, ou casos que sequer movimentaram a ordem jurídica, mas que são igualmente capazes de movimentar um debate sobre a necessidade de se firmar um entendimento de como os ordenamentos jurídicos, nomeadamente na seara penal, devem tratar esta novel figura no âmbito empresarial global.

O presente trabalho se lança no intuito de contribuir com os estudos doutrinários acerca do *Compliance Officer*, particularmente sobre eventuais fundamentos e limites da posição de garante em evitar resultados lesivos decorrentes da atividade empresarial, sob uma perspectiva abstrata *jure constituendo*, observando-se as nuances e particularidades dos ordenamentos jurídicos, doutrinas e jurisprudências de diversos países que possam contribuir para o estudo e compreensão do problema que hoje se configura de maneira globalizada.

Para isso, um determinado caminho será seguido. O primeiro capítulo será dedicado à compreensão dos setores de *Compliance*, com os fundamentos sociológicos que sustentam o surgimento destes programas, uma breve consideração sob a perspectiva da análise econômica do crime e o ambiente criminógeno do meio empresarial, os propulsores históricos do mercado e das legislações gerais para a institucionalização interna do *Compliance* nas organizações, como ditos setores se estabelecem na estrutura da empresa e, finalmente, como o direito tem lidado com as questões de falhas por parte dos responsáveis pelos programas.

O segundo capítulo será dedicado a um estudo sistemático de como a doutrina trata os crimes omissivos impróprios e como ela tem buscado fundamentar e limitar as posições e deveres de garante nos ordenamentos jurídicos. Para isso, indispensável um breve histórico e compreensão geral do instituto sob a perspectiva da teoria do delito e como se materializa a estrutura típica da omissão imprópria. Após, será necessário um maior aprofundamento de como tradicionalmente a doutrina fundamenta a posição de garante - como um elemento típico dos delitos comissivos por omissão -, perpassando pelas clássicas teorias formais, pelas teorias materiais e demais teorias modernas que derivam da fundamentação material, já de maneira dirigida à realidade empresarial.

O terceiro capítulo adentrará à análise da posição de garante na empresa, cujo estudo consubstancia na busca pelo fundamento, nesta conjuntura, dos deveres de garante pelos dirigentes empresariais, que depende da compreensão de quais delitos estão inseridos neste contexto. Após, se apreciará se a posição de garante de superiores hierárquicos de uma empresa pode implicar em um conflito com o princípio da autorresponsabilidade penal. A partir de então, será necessário estudar o mecanismo de delegação de funções e competências dentro da estrutura da organização, para assim se vislumbrar a possibilidade de delegação das funções de *Compliance*.

Desta forma, por fim, será possível analisar se com as competências e funções assumidas poderá derivar uma posição de garante pelos responsáveis pelos departamentos de *Compliance*, e como pode derivar sua responsabilidade por omissão imprópria diante de concretas tarefas do programa.

2. OS SETORES DE *COMPLIANCE*

2.1. Cenário do problema: exemplos introdutórios

Em julho de 2009, o Supremo Tribunal Federal Alemão (*Bundesgerichtshof* - BGH) decidiu pela responsabilidade penal por omissão de um sujeito diretor do departamento interno de revisão de uma empresa pública (uma função equiparada a de um responsável por um setor de *Compliance*). Entendeu o BGH que ao responsável pelo referido setor recai um dever de garante jurídico-penal de impedir atos delitivos cometidos pelos membros da empresa; que impedir atos delitivos é uma contrapartida decorrente do dever assumido frente à direção da empresa².

No Brasil, essa discussão também foi aventada no Supremo Tribunal Federal na polêmica Ação Penal 470 (Mensalão). No caso, um diretor do setor de *Compliance* de uma instituição financeira foi condenado pela prática do delito de gestão fraudulenta e lavagem de dinheiro, bem como foi igualmente condenada a Vice-Presidente da instituição encarregada da área. Em que pese a confusa fundamentação da decisão, verificou-se que as responsabilidades penais do caso determinadas pelo STF se deram pela prática delitiva na modalidade comissiva por omissão³.

Além destes dois casos eminentemente penais sobre a responsabilidade dos responsáveis pelos setores de *Compliance*, outros casos concretos de responsabilização jurídica destes sujeitos dos últimos anos se destacaram⁴:

No final de 2012, Peter Madoff, então *Chief Compliance Officer* e diretor executivo da *Bernard L. Madoff Investment Securities* (BLMIS), foi condenado a 10 anos de prisão pela prática de vários crimes, como fraudes fiscais, fraudes nas ações, falsificação de registros de consultor de investimentos e, também, por ter feito declarações falsas para

² BGHSt 44. 17.07.2009. Sobre a Sentença do Tribunal Alemão, cf. ROBLES PLANAS, Ricardo, “El responsable de cumplimiento («Compliance Officer») ante el derecho penal”, in SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María e MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, orgs., *Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona, Atelier, 2013, p. 319–320.

³ COSTA, Helena Regina Lobo da e ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho, “Compliance e o julgamento da APn 470”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 106, , 2014, p. 214–230.

⁴ Casos extraídos de: MAHARAJ, Aarti, “When CCOs Are Held Liable”, *Compliance Week*, vol. 12, no. 138, 2015, p. 10–11.

investidores acerca do programa de *Compliance* da empresa. Madoff foi julgado culpado em junho de 2012.

Em um caso de 2013, a FINRA (Autoridade regulatória da indústria financeira estadunidense) multou em U\$ 25.000 o então CCO da empresa *Atlas One Financial Group* e suspenso por três meses de suas atividades. De acordo com a FINRA, o CCO não identificou e monitorou atividade de conta suspeita de lavagem de dinheiro e ignorou investigar adequadamente numerosas atividades suspeitas de lavagem de dinheiro, inclusive arquivando um relatório de atividades suspeitas.

Em 2014, o ex-diretor de *Compliance* da *MoneyGram International* foi multado em U\$ 1 milhão por não ter assegurado que sua empresa respeitasse as disposições de combate à lavagem de dinheiro do *Bank Secrecy Act*. O escritório de advogados dos Estados Unidos para o distrito do sul de Nova York apresentou uma queixa na Corte do distrito buscando um aumento da pena do ex-diretor, inclusive impedindo-o de atuar no setor financeiro.

Em 2015, a FINRA multou em U\$ 8 milhões a *Brown Brothers Harriman & Co.* (BBH) por substanciais falhas no cumprimento de regulamentos anti-lavagem de dinheiro incluindo, entre outras violações, o fracasso em dispor de um programa adequado de combate à lavagem de dinheiro para monitorar e detectar transações suspeitas de ações de pequena cotação. O ex-diretor de *Compliance* e de combate à lavagem de dinheiro da empresa foi igualmente multado em U\$ 25.000 e suspenso por um mês de suas atividades.

Também em 2015, a SFO (*Serious Fraud Office*) do Reino Unido processou o Vice-Presidente de Ética e *Compliance* da *Alstom* por corrupção. Entre as acusações está sua alegada participação no suborno pagos à *Budapesti Kozlekedesi Vallalat* (BKV) para vencer licitação para o fornecimento de trens para o sistema de metrô de Budapest, no sentido de que deixou de operar um programa de *Compliance* que prevenisse a fraude de ter ocorrido, ou reportar às autoridades quando ocorreu.

Diante dessa conjuntura de eclosão de responsabilidades legais individuais de *Compliance Officers*, a doutrina vem buscando uma construção dogmática na seara penal, que viabilize uma correta análise de eventual imputação penal a esta figura, pautada nos princípios inarredáveis do Direito Penal do fato e da culpabilidade. Nos tópicos seguintes será feita uma abordagem globalizada sobre estes programas de *Compliance* para uma melhor compreensão deste cenário.

2.2. O contexto sociológico da regulação empresarial

Vivemos em um estado de interregno. Foi o que nos ensinou Zygmunt Bauman, em uma de suas últimas obras, juntamente com Ezio Mauro⁵. Um período entre aquilo que não mais existe e aquilo que ainda não existe. Época de incertezas e desconfiança. Desconfiança das pessoas para com as pessoas e para com o Estado e instituições na sua capacidade de lidar com os problemas hoje iminentes no cotidiano, uma vez que a antiga maneira de agir não mais funciona e novas formas ainda não foram criadas, ou ao menos propriamente estabelecidas.

Há algumas décadas muito se discute o problema da crise da modernidade e temos diversas bases dogmáticas sociológicas para tentar compreender nosso contexto, passando da sociedade de risco de Ulrich Beck⁶ à hipermodernidade de Gilles Lipovetsky⁷, ou, como prefere Faria Costa, à tardo-modernidade⁸. Independente da elevada carga teórica que busca clarificar a turva realidade do cotidiano global, e em que pese as dissensões sobre quaisquer tentativas de arremate do que se passa e para onde iremos daqui em diante, muitos fatos se sobrepõem ao plano das divergências abstratas, solidificando aos nossos olhos as problemáticas do mundo moderno.

A partir de tais fatos, diga-se, que não se podem ignorar e devem sim ser enfrentados, que se distendem as consequências para o âmbito do direito, em suas mais variadas vertentes, provocando a reação também de juristas para buscar explicar e apresentar soluções à realidade ontológica global.

Assim, tem-se indene de maiores dúvidas de que as últimas décadas do século XX e início deste século XXI tem sido um período de grande efusão, reflexão e inflexão nos mais diversos setores da sociedade, sobretudo no mundo corporativo. Regra geral, apontam-se como principais precursores e indutores dessa atual dinâmica da modernidade a

⁵ BAUMAN, Zygmunt e MAURO, Ezio, *Babel – Entre a incerteza e a esperança*, Rio de Janeiro, Zahar, 2016.

⁶ Cf. BECK, Ulrich, *La Sociedad del Riesgo Mundial. En Busca de la Seguridad Perdida*, Barcelona, Paidós, 2008.

⁷ Cf. LIPOVETSKY, Gilles e CHARLES, Sébastien, *Os Tempos Hipermodernos*, São Paulo, Barcarolla, 2004.

⁸ COSTA, José de Faria, “O Direito Penal, a Linguagem e o Mundo Globalizado. Babel ou Esperanto Universal?”, in D’AVILA, Fábio Roberto, org., *Direito Penal e Política Criminal no terceiro milênio: perspectivas e tendências*, Porto Alegre, ediPUCRS, 2011, p. 11–12.

globalização⁹ e o alto desenvolvimento tecnológico do pós-segunda guerra mundial, que foram capazes de acelerar o modo de produção capitalista e eclodir uma sociedade da informação, estimulando um mercado altamente competitivo que exige respostas imediatas cada vez mais particulares e intrincadas dos sistemas que regem a sociedade, nomeadamente o sistema político e o sistema jurídico.

Este alto desenvolvimento industrial e tecnológico da segunda metade do século XX passou a se retroalimentar com o fenômeno da globalização¹⁰, materializando uma simbiose responsável por intensas e drásticas alterações no modo de vida da sociedade em relação aos seus moldes tradicionais, traçando-se profundas transformações em velocidade antes jamais vivenciada. Isso resultou em um desenvolvimento de grande escala para as nações, viabilizando avanços nos modos de vida e a saciedade de diversas necessidades das pessoas, culminando, de um modo geral, em benefícios para a sociedade¹¹.

A globalização passou a viabilizar a livre circulação do capital financeiro, uma vez que os mecanismos de controle foram diminuindo com o tempo, em que pese o tráfego de pessoas ter se mantido fortemente controlada. Esse fluxo global livre do capital restringiu a capacidade de controle estatal sobre a economia. Esse cenário fomentou uma maior liberdade individual, de maneira que a livre concorrência globalizada acelerou novos

⁹ Giddens define a globalização como “a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa”. GIDDENS, Anthony, *As consequências da modernidade*, São Paulo, Unesp, 1991, p. 11. Inobstante, é possível trazer diversos significados da globalização a depender do ponto de vista adotado. George Soros traz um enfoque econômico, esclarecendo que ela “corresponde ao desenvolvimento de mercados financeiros globais, à criação de empresas transnacionais e ao seu domínio crescente sobre as economias nacionais”. SOROS, George, *Globalização*, Lisboa, Temas e Debates, 2003, p. 17.

¹⁰ Carl Sagan, na década de 1990 (muito antes da explosão da internet como a conhecemos hoje), ilustrou bem o grau de desenvolvimento tecnológico comunicacional ao longo dos tempos que encurtou distâncias e mudou os paradigmas nas relações interpessoais: “A domesticação do cavalo nos permitiu enviar mensagens (e nossas próprias pessoas) a lugares que se encontram a centenas de milhas de distância em poucos dias. Os progressos na tecnologia do barco a vela possibilitaram viagens a pontos mais distantes do planeta – mas eram lentas. No século XVIII, uma viagem da Europa à China levava quase dois anos. A essa altura, as comunidades humanas extensas podiam enviar embaixadores às cortes umas das outras e permutar produtos de importância econômica. [...] A verdadeira união e desprovincianização do planeta requer uma tecnologia que estabeleça comunicações mais rápidas que as do cavalo e barco a vela [...]. Essa tecnologia começou com a invenção do telégrafo e a instalação de cabos submarinos; foi muito expandida pelo telefone, que usa os mesmos cabos; e depois proliferou enormemente com a criação do rádio, da televisão e da tecnologia de comunicação via satélite. Hoje em dia nós nos comunicamos – rotineira, casualmente, sem nem pensar duas vezes – à velocidade da luz. Da velocidade do cavalo e barco a vela para a velocidade da luz é um melhoramento multiplicado por um fator de quase 100 milhões”. SAGAN, Carl, *Bilhões e bilhões: Reflexões sobre vida e morte na virada do milênio*, São Paulo, Companhia das letras, 2016, p. 48.

¹¹ DASSAN, Pedro Augusto Amaral e GUARAGNI, Fábio André, “Norma Penal em Branco e Princípio da Reserva Legal na Sociedade de Risco”, in KNOERR, Viviane Coelho Séllos e OLIVEIRA, Eloete Camilli, orgs., *Justiça e cidadania em debate: coletânea 1*, Curitiba, Clássica, 2013, p. 311.

empreendimentos e a inovação tecnológica. Por outro lado, a globalização prejudicou os países menos desenvolvidos que foram marginalizados pelos mercados globais. Além disso, este alto estímulo ao mercado inclinou-se para um maior conflito com os valores sociais, tendo em vista que as corporações sempre funcionaram com vistas à criação de riquezas e não para o zelo direto de necessidades sociais, além de que estes mercados financeiros globais passaram a ser muito mais vulneráveis às crises¹².

Hoje, as corporações do mundo todo, visando primordialmente vantagens econômicas, tomam decisões realizadas após gestão de riscos em que se considera os perigos como consequências inevitáveis do progresso, como produtos humanos gerados pela união de saber técnico e cálculo econômico. Estes riscos desencadeiam efeitos de largo alcance, com causas e consequências de precisões indeterminadas, caso clássico das crises financeiras¹³.

Diante deste novo panorama, onde decisões são realizadas em conjunturas de ampla complexidade de informações contraditórias e que apresentam riscos, mudanças paradigmáticas em diversos setores se apresentam como imperativas, seja na estrutura e funcionamento das empresas, seja na máquina estatal para controle e regulamentação da vida em sociedade e, como consequência, mudanças também no âmbito do Direito Penal, uma vez que este ambiente de riscos se configura como um fértil campo para seu desenvolvimento¹⁴.

Inserido neste cenário, o Direito Penal passa a sofrer pressões e consequentes distensões para se amoldar às novas demandas. O Direito Penal forjado a partir da cartilha iluminista não mais dá conta de resolver todos os problemas que lhe são suscitados¹⁵. Isso não significa dizer, entretanto, que os problemas trazidos à baila hoje no sistema penal são essencialmente novos. São, em verdade, excepcionalmente novos, mas adquirem,

¹² SOROS, *Globalização*, p. 18–20.

¹³ BECK, Ulrich, *La sociedad del Riesgo: Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós, 1998. e U. Beck, *La Sociedad del Riesgo Mundial*. En Busca de la Seguridad Perdida, citado, p. 49 e 84.

¹⁴ DASSAN e GUARAGNI, “Norma Penal em Branco e Princípio da Reserva Legal na Sociedade de Risco”, p. 317.

¹⁵ Neste sentido, para maior aprofundamento acerca das consequências da modernidade para o Direito Penal, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 1999. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis, *Sociedade do Risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*, São Paulo, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2005. FERNANDES, Paulo Silva, *Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal. Panorâmica de alguns problemas comuns*, Coimbra, Almedina, 2001.

precipuamente, novas roupagens que demandam discussões sob prismas particulares, até então pouco explorados.

Nessa conjuntura, o chamado Direito Penal Clássico¹⁶, estruturado nos princípios da legalidade, ofensividade e culpabilidade, começa a ser tencionado a partir de seus princípios, nomeadamente pelo que hoje se conhece como Direito Penal Econômico. Este novo paradigma jurídico-penal começa a ganhar contornos mais solidificados a partir das revoluções sociais do Século XIX, quando o Estado passa a ser exigido na tutela de interesses transindividuais.

Assim, o Direito Penal é provocado para a proteção do Estado interventor na economia em um contexto socialista. Em paralelo, nos Estados liberais o Direito Penal é chamado para a proteção da economia em prol da burguesia. Somente a partir deste momento é possível se falar em Direito Penal Econômico, diante de novas estruturas de proteção de interesses coletivos¹⁷ com o firmamento da fraternidade em um contexto de surgimento dos direitos de terceira geração.

Com a Primeira Grande Guerra Mundial e a ideia de “Estado do Bem-Estar Social”, há uma nova sistematização em regramento econômico em que novamente acode-se ao Direito Penal para um maior amparo à Ordem Econômica, sobretudo em contextos de crises, mormente a grande depressão de 1929, que culminou na política do *New Deal*, de forte regulação econômica, implementando-se, assim, os ideais de Keynes em que o Estado atua como agente indispensável na regulação da economia¹⁸.

E assim que nas últimas décadas o Direito Penal Econômico ganha relevo em um contexto de modernidade de alta globalização e elevado desenvolvimento tecnológico que aceleraram a expansão do capitalismo e de um mercado de alta competitividade, alterando o

¹⁶ Neste sentido, HASSEMER, Winfried, *Direito Penal: Fundamentos, estrutura, política*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 246. “O Direito Penal “clássico” tem um núcleo ideal. Integram esse núcleo as tradições do estado de Direito, consubstanciadas na determinação e subsidiariedade do Direito Penal, assim como o crime de dano como a forma usual de conduta delituosa”.

¹⁷ GUARAGNI, Fábio André, “A origem do Direito Penal Econômico: razões históricas”, in CÂMARA, Luiz Antonio, org., *Crimes contra a ordem econômica e tutela de direitos fundamentais*, Curitiba, Juruá, 2009, p. 139–152.

¹⁸ Para Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, este é o período em que se inicia a ideia do Direito Penal Econômico. Cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de e ANDRADE, Manuel da Costa, “Problemática Geral das Infrações contra a Economia Nacional”, in PODVAL, Roberto, org., *Temas de Direito Penal Econômico*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 69–70.

modo de vida da sociedade de forma drástica em contraste com os moldes tradicionais, intensificando as relações sociais no cotidiano.

Essa dinamização da sociedade converge na consolidação de ambientes complexos e de informações contraditórias que exigem tomadas de decisões cada vez mais rápidas e que representam riscos, em especial no ambiente empresarial, o qual passa a se constituir como um produtivo campo para o desenvolvimento de condutas antieconômicas e, por conseguinte, da criminalidade econômica.

A influência do planejamento econômico em um sistema de livre mercado e a burocratização da ordem econômica contribuem para inflamar comportamentos delitivos¹⁹. A globalização financeira, estimulada por barreiras alfandegárias cada vez menores, permitiu um desenvolvimento econômico mundial em que progressivamente vislumbram-se gigantes corporações multinacionais detentoras de grande influência na esfera global.

Este cenário traz à tona abusos capazes de gerar consideráveis ônus a toda uma nação e até mesmo transnacionalmente, através de novas formas de delinquência global, empresarial e organizada, que vão além da criminalidade tradicional de rua²⁰. Isso implica em um dos problemas da adaptação da regulação neste cenário, na medida em que, em regra, a lei opera dentro de uma jurisdição local, nacional, enquanto que os negócios e as operações financeiras e de mercado se estendem além das fronteiras²¹.

A estrutura organizada desta criminalidade econômica é racionalmente elaborada, ou seja, trata-se de uma criminalidade determinada por critérios de racionalidade de custos/benefícios econômicos, onde a determinação do lucro se opõe a qualquer outra lógica²².

¹⁹ DEL VALLE, Carlos Pérez, “Introducción al Derecho Penal Económico”, in BACIGALUPO, Enrique, org., *Curso de derecho penal económico*, 2ª edição, Barcelona, Marcial Pons, 2005, p. 22.

²⁰ Neste sentido, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 66. que, em suas palavras, 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*; de delitos que têm uma regulação legal insuficientemente assentada; e de delitos cuja dogmática se acha parcialmente pendente de elaboração. E tudo isso há de redundar em uma configuração dos mesmos sobre bases significativamente diversas daquelas do Direito Penal clássico (da delinquência passional ou dos *crimes of the powerless*).

²¹ KURER, *Legal and compliance risk: A strategic response to a rising threat for global business*, p. 06–07.

²² COSTA, José de Faria, “O fenómeno da globalização e o direito penal económico”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 9, no. 34, 2001, p. 16–18.

Isso pode se dar em um contexto que, visando essencialmente vantagens econômicas, as grandes corporações tomam decisões realizadas após a gestão de riscos em que considera os perigos como consequência inevitável do progresso, como produtos humanos gerados pela união de saber técnico e cálculo econômico²³.

Em uma cadeia econômica global de mercado substancialmente especulativo, a criminalidade empresarial, que pode abarcar tanto a corrupção, fraudes diversas e fiscais, quanto lavagem de dinheiro, *insider trading*, entre outras, são capazes de gerar consequências terríveis para a sociedade.

Essa complexa modernidade tem consequências para o mercado financeiro e, por conseguinte, no funcionamento das empresas e do próprio Estado, de maneira que este procura aumentar cada vez mais a regulação e a fiscalização daquelas que, por sua vez, procuram se adaptar às progressivas exigências do Estado regulador para viabilizar sua atuação.

Um fator relevante para a compreensão dos motivos que levam a um Estado mais regulador, dentre outros, está intimamente ligado com as consequências da modernidade, naquilo em que Anthony Giddens denominou de “mecanismos de desencaixe”, como sistemas viabilizadores da modernidade, tendo em vista que, em um conturbado contexto de amplas transformações da compreensão entre tempo e espaço que não mais se encontram vinculados como antes, somente através de relações de confiança segmentadas em sistemas peritos a vida em um ambiente de riscos se torna possível.

O desencaixe seria o “deslocamento das relações sociais de contextos locais de interação e sua reestruturação através de extensões indefinidas de tempo-espaço”²⁴, sendo dois de seus mecanismos imprescindíveis para a modernidade: as fichas simbólicas e os sistemas peritos (*experts systems*).

Aqui, importa tecer considerações acerca dos sistemas peritos, que são “sistemas de excelência técnica ou competência profissional que organizam grandes áreas dos ambientes material e social em que vivemos hoje”²⁵. Tal sistema gera relações de confiança convergentes no conjunto de excelências técnicas aplicado por pessoas desconhecidas

²³ BECK, *La sociedad del Riesgo: Hacia una nueva modernidad* ; BECK, *La Sociedad del Riesgo Mundial. En Busca de la Seguridad Perdida*, p. 49.

²⁴ GIDDENS, *As consequências da modernidade*, p. 29.

²⁵ *Ibidem.*, p. 35.

(*experts*), de maneira a prescindir a averiguação de cada bem ou serviço a ser consumido a todo tempo.

Essa tarefa de constante averiguação se mostra impossível em uma dinâmica social complexa em que decisões devem ser tomadas imediatamente, onde é necessária uma contínua conexão com um mundo provido de milhares de bens e serviços disponíveis, sendo imprescindível, portanto, a confiança em especialistas, confiança esta que não se desenvolve de maneira consciente, mas como decorrência natural das contingências da vida moderna²⁶.

O sistema abstrato baseado na confiança se estabelece “em uma dinâmica social complexa em que decisões devem ser tomadas imediatamente, onde é preciso estar interligado (conectado) o tempo todo com o mundo e milhares de bens e serviços são oferecidos para facilitar a vivência neste contexto”, depositando-se a confiança em especialistas, não de uma maneira voluntária, mas como consequência inerente das contingências da vida moderna²⁷.

Toda essa complexidade da modernidade reflete, por óbvio, no mercado financeiro e, como dito, no funcionamento das empresas e do próprio Estado. Assim, o que se verifica hoje é uma relação simbiótica e cíclica de enredamento entre Estado e Empresas. Aquele, movimenta-se para regular e fiscalizar um ambiente financeiro, econômico e tecnológico de grandes complexidades. Estas, buscam se adaptar às progressivas exigências do Estado regulador e, igualmente, aos ambientes complexos da modernidade, visando viabilizar sua atuação.

²⁶ Fábio Guaragni esclarece que “firma-se uma curiosa relação de confiança não entre homem e homem, mas entre homem e objeto. Para o objeto converge todo um caudal de conhecimentos técnicos no qual tenho fé. Isto, de um lado, ratifica o objeto como fotografia do sistema perito que o produz (um corpus emblemático); de outro, é conseqüente com o fenômeno da globalização, dando-lhe parcial explicação”. GUARAGNI, Fábio André, “A Função do Direito Penal e os ‘Sistemas Peritos’”, in CÂMARA, Luiz Antonio e GUARAGNI, Fábio André, orgs., *Crimes contra a ordem econômica: tomas atuais de processo e direito penal*, Curitiba, Juruá, 2011, p. 79.

²⁷ DASSAN e GUARAGNI, “Norma Penal em Branco e Princípio da Reserva Legal na Sociedade de Risco”, p. 318–319. Além disso, esse modo de funcionamento de uma sociedade regida por sistemas peritos traz uma outra consequência para o direito: eventuais atos ilícitos podem implicar em uma quebra do princípio da confiança capaz de gerar um maior clamor pela intervenção do Direito Penal. A título exemplificativo, foi deflagrada uma operação policial no Brasil recentemente que bem ilustra essa quebra da relação de confiança. Trata-se da chamada “operação carne fraca”, em que supostamente frigoríficos do país vendiam carnes vencidas e com produtos químicos cancerígenos para mascarar as características do produto estragado. A população consome estes produtos alimentícios confiando que as empresas empregam todo o saber técnico para sua conservação e que os disponibilizam na qualidade apropriada para o consumo. Sobre este caso: <http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2017/03/policia-federal-deflagra-operacao-de-combate-venda-ilegal-de-carnes.html>.

O Estado, diante de toda essa conjuntura, vê-se na necessidade de ampliar a atuação de agências reguladoras cada vez mais técnicas compostas por experts para a fiscalização do mercado, atribuindo a elas, inclusive, um maior poder regulatório. Assim, vemo-nos diante de uma expansão de regulamentos expedidos pelo poder executivo para o correto funcionamento empresarial. O aumento deste modelo regulatório vem ganhando tanta força que já é igualmente perceptível no Direito Penal e não apenas no Direito Administrativo²⁸.

O Estado tem feito, gradualmente, um maior uso da técnica legislativa da edição de normas penais em branco como política criminal, atribuindo a complementação dos tipos penais que estabelecem condutas antinormativas ao poder executivo, por meio de peritos capazes, ou supostamente capazes, de acompanhar a dinâmica da sociedade moderna altamente tecnológica, pragmática e técnica.

Silva Sánchez explica que:

El nuevo modelo de Estado – el Regulatory State – se caracteriza formalmente por la delegación del poder de instituciones centrales del Estado a agencias regulatorias independientes (‘independent regulatory agencies’) integradas por expertos. Así pues, son tales agencias regulatorias – el ‘poder técnico’- las que pasan a decidir sobre qué y como sancionar²⁹.

No meio empresarial essa necessidade de utilização de *experts* igualmente se verifica, sendo que se dá por dois vieses: um pela mesma razão estatal, qual seja, a já mencionada complexidade moderna, outro como decorrência lógica da movimentação do Estado em regular ambientes multifacetados, editando normas de difícil interpretação, que exigem peritos juristas para sua hermenêutica e aplicação prática no mercado.

Os executivos que detêm o poder de decisão dentro de uma corporação normalmente não detêm conhecimento técnico jurídico suficiente para verificar a viabilidade de sua decisão perante o ordenamento jurídico ao qual está sujeito. Embora hoje esses executivos saibam que os riscos legais e de *Compliance* são uma realidade empresarial, eles pouco têm uma real compreensão destas ameaças.

²⁸ Embora de muita relevância, a limitação do presente trabalho não permite um maior aprofundamento sobre o movimento regulatório estatal. Em razão disso, quanto a este tema, remete-se ao indispensável trabalho pormenorizado de Nuno Brandão em sua tese de doutoramento publicada, onde o eminente professor de Coimbra deslinda sobre este cenário e sua ligação e consequências para a ordem jurídica. BRANDÃO, Nuno, *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material. Ensaio para uma recompreensão da relação entre o direito penal e o direito contra-ordenacional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2016, p. 401 e ss.

²⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “¿Derecho penal regulatorio?”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, no. 2, 2015.

Isso se deve, primeiramente, pela novidade desta ameaça. Além disso, estes executivos tiveram uma formação de negócios, aprendendo finanças, *marketing*, estratégias e engenharia e pouca formação em gerenciamento de riscos. Por fim, para executivos acostumados com o mundo de negócios, as discussões sobre novos produtos ou sobre desenvolvimento de sua marca, por exemplo, são muito mais atrativas do que as discussões legais³⁰. São por essas razões que se torna necessária uma consulta a profissionais da área que podem emitir seus respectivos pareceres sobre a legalidade do ato, bem ou serviço³¹.

Dentro deste quadro, já na década de 1980, John Braithwaite fez um diagnóstico da ineficiência estatal para a regulação e fiscalização do ambiente corporativo, apontando a “autorregulação regulada” como alternativa viável: “*Self-regulation [...] is an attractive alternative to direct governmental regulation because the state simply cannot afford to do an adequate job on its own*”³². Um dentre vários motivos que o autor expõe é o de que inspetores corporativos tendem a ser muito mais treinados e especialistas nos produtos e serviços das empresas do que seus colegas que trabalham para o governo.

As leis do Estado para o controle dos crimes corporativos não conseguem acompanhar a rápida adaptação das instituições econômicas às mudanças tecnológicas e de mercado. Entretanto, as questões que permeiam o desenvolvimento desses novos mecanismos empresariais vão além³³. Um ordenamento jurídico claro e previsível, aliado ao devido processo legal, é de suma importância para a continuidade das instituições e do mercado. No ambiente empresarial, entretanto, isso pouco se verifica. Operações transnacionais dificultam a clareza jurídica e os processos judiciais são lentos e imprevisíveis comparados com a dinâmica do mundo dos negócios³⁴.

³⁰ KURER, *Legal and compliance risk: A strategic response to a rising threat for global business*, p. 13–14.

³¹ Em pesquisa realizada pela PwC, entretanto, sobre *Compliance*, 72% dos entrevistados acreditam que o conselho de administração tem uma compreensão abrangente acerca dos riscos de *Compliance* e ética na empresa e 18% acreditam que não. Os motivos listados para a não compreensão variam entre o fato de que o conselho foca apenas na estratégia e questões financeiras; que não possuem tempo suficiente em suas agendas; não recebem relatórios suficientes sobre os processos de avaliação de riscos; entre outros. Cf. PricewaterhouseCoopers, “State of *Compliance* study 2016”, <http://www.pwc.com/us/en/risk-assurance/state-of-Compliance-study.html>

³² BRAITHWAITE, John, “Enforced self-regulation: A new strategy for corporate crime control”, *Michigan Law Review*, vol. 80, , 1982, p. 1467.

³³ “*Legal institutions are designed to be stable and predictable, while economic entities ideally are rapidly adaptable to changing economic and technological trends. Universalistic laws cannot be quickly altered to reflect changing events lest some critical circumstance be ignored among the infinite array of possible conditions to which the rules might be applied. But enforced self-regulation is by definition tailored to the particular needs and functions of each corporation*”. *Ibidem.*, p. 1474–1475.

³⁴ KURER, *Legal and compliance risk: A strategic response to a rising threat for global business*, p. 17.

2.3. A análise econômica e o cenário criminógeno no ambiente empresarial

Para a compreensão da expansão dos setores *Compliance*, é preciso levar em consideração, ainda, que a prevenção da criminalidade, fiscalização, policiamento, persecução penal e punição implicam em custos ao Estado e, conseqüentemente à sociedade. Diante disso, o próprio Estado realiza uma gestão baseada em custos e benefícios para nortear a política criminal a ser adotada.

Quando se trata de criminalidade empresarial, essa análise econômica do crime se torna ainda mais sensível, tendo em vista que os crimes afetos a esta área estão intimamente ligados a critérios de economia, onde condutas, escolhas e decisões são pautadas na maximização de resultados financeiros. A regulação neste meio busca, *prima facie*, justamente a estabilização do mercado sob o prisma da macroeconomia.

É certo que, com o desenvolvimento da dinâmica do mercado financeiro sob a ótica do advento da modernidade, os custos para esta dita estabilização por parte do Estado, por meio da regulação e fiscalização, foram aumentando progressivamente, acarretando em um fardo que beira o insustentável, que finalmente culmina em uma invariável ineficiência estatal.

Neste sentido, Ivó Coca Vila arremata dizendo que o Estado não dispõe de capacidade financeira para arcar com os altos custos que os processos de regulação, supervisão e sanção em âmbitos altamente complexos acarretam. Resume que “*el Estado ni tendría los recursos suficientes, ni sabría como hacerlo*”³⁵.

Por essas razões que no âmbito da criminalidade empresarial vem crescendo essa nova maneira de se fazer política criminal, com a transferência de responsabilizações. Trata-se de uma transição de um Estado prestacional a um Estado que busca garantir as prestações de técnicos, seja por agências estatais, seja por meio do próprio setor privado, fundado em uma mútua cooperação entre público e privado³⁶.

³⁵ VILA, Ivó Coca, “¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, in SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María e MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, orgs., *Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona, Atelier, 2013, p. 46.

³⁶ Nessa linha da importância do trabalho em conjunto entre Estado e setor privado, com o foco na autorregulação regulada, Braithwaite aduz: “*Corporate power and the sense of legitimacy needed to command Compliance may be weak when such orders do not have the force of law. Because self-generated rules have*

Há, assim, uma mudança de estratégia do Estado, diante de sua ineficiência, de uma fiscalização de fora para dentro para uma fiscalização de dentro para fora, forçando a autofiscalização das empresas³⁷. Ademais, enquanto no paradigma clássico tinha-se a lei operacionalizada quase que exclusivamente pelo judiciário, agora há uma grande transferência dessa operacionalização para autoridades independentes e reguladores do executivo³⁸.

Não se pode olvidar, entretanto, que o cálculo dos custos do crime não se dá somente por parte do Estado, mas principalmente pelas empresas. Trata-se de uma análise econômica do direito trazida ao Direito Penal. Em ambientes complexos, muitas vezes a incerteza da legalidade de determinadas condutas acaba prevalecendo, de maneira que se passa a adotar uma política interna baseada em lógica atuarial de gestão de riscos, onde se analisa os benefícios da conduta levando-se em conta a possibilidade dessa conduta posteriormente ser tida como antinormativa e suas respectivas consequências.

Essa análise econômica do direito, aplicada ao Direito Penal, está baseada na teoria da escolha racional, inicialmente desenvolvida por Gary Becker³⁹, consistente na ideia de que “o indivíduo, em determinadas situações ou diante de certos incentivos, faz uma análise racional entre o que ele espera ganhar com a conduta – o benefício – que pode ser dinheiro, poder, entre outros, e o custo a ser por ele suportado”⁴⁰, que por sua vez pode consistir na probabilidade de sofrer uma persecução penal e ser punido.

Em se tratando de um contexto empresarial isso se torna ainda mais saliente, na medida em que o objetivo maior neste meio é justamente a obtenção do maior lucro possível

legal force under enforced self-regulation, however, the state can be seen as backing the corporate command. In fact, a strength of enforced self-regulation is that it summons the legitimacy of both state and corporate power to entice Compliance while the alternative regulatory models rest on the legitimacy of corporate power alone or of state power alone”. BRAITHWAITE, “Enforced self-regulation: A new strategy for corporate crime control”, p. 1497.

³⁷ Interessante notar que 44% dos entrevistados em pesquisa realizada pela PwC sobre criminalidade econômica nas empresas acreditam que as leis locais não são adequadas para a investigação de crimes econômicos, deixando a responsabilidade pelo combate da criminalidade para as próprias empresas. Cf. PricewaterhouseCoopers, “Global economic crime survey 2016”, <http://www.pwc.com/gx/en/services/advisory/forensics/economic-crime-survey.html>

³⁸ KURER, *Legal and compliance risk: A strategic response to a rising threat for global business*, p. 22.

³⁹ Cf. BECKER, Gary S., “Crime and Punishment: an economic approach”, in BECKER, Gary S. e LANDES, William M., orgs., *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, National of Economic Research, 1974, p. 1–54.

⁴⁰ DASSAN, Pedro Augusto Amaral, GIL, Cassiano e FONSECA, Ricardo de Sousa, “A nova criminologia administrativa”, *Revista Jurídica*, vol. 3, no. 44, 2016, p. 395.

(maximização da utilidade esperada – benefício), que acaba por ser ponderada dentro da própria avaliação de riscos (*risk assessment*)⁴¹.

Vale salientar que a ideia da escolha racional é incorporada na chamada nova criminologia administrativa⁴² que passa a enfrentar a criminalidade como uma realidade racional e oportunista, trabalhando na prevenção situacional do crime, manipulando o ambiente, influenciando na decisão do potencial criminoso mediante a análise das oportunidades facilitadoras da ação delitiva e dos riscos nela envolvidos⁴³. Para isso, aplica-se, além da teoria da escolha racional, a teoria da atividade de rotina e da prevenção situacional.

É relevante mencionar essa nova criminologia administrativa no presente trabalho, tendo em vista que é possível se verificar os conceitos da teoria da prevenção situacional (além da ideia da análise econômica do Direito Penal) no âmbito das empresas pelo próprio advento de programas e processos internos com o propósito de reduzir a oportunidade de se cometer delitos nas organizações. Ou seja, o próprio conceito dos *Compliance programs* abarca ideias de prevenção situacional⁴⁴, tendo vista que se trata de setores próprios da corporação responsável pela implementação de sistemas e mecanismos de controle e fiscalização interna para prevenção e até mesmo repressão de práticas ilícitas⁴⁵.

Para a compreensão dos motivos dessa nova mecanização e modo de funcionamento de regulação do mercado com forte participação do próprio meio privado, inserido nesta

⁴¹ Para um maior aprofundamento acerca da ideia da teoria da escolha racional e suas ramificações, vale a leitura do artigo: EIDE, Erling, RUBIN, Paul H. e SHEPHERD, Joanna M., “Economics of Crime”, *Foundations and Trends® in Microeconomics*, vol. 2, no. 3, 2006, p. 205–279.

⁴² Termo cunhado por Jock Young. Cf. YOUNG, Jock, “El fracaso de la criminología: la necesidad de un realismo radical”, in *Criminología crítica y control social*, Rosario, Juris, 1993, p. 7–41.

⁴³ Para uma visão geral sobre a nova criminologia administrativa e suas teorias incorporadas (escolha racional, atividade de rotina e prevenção situacional): DASSAN, GIL e FONSECA, “A nova criminologia administrativa”.

⁴⁴ “A prevenção situacional compreende medidas de redução da oportunidade criminosa que não abrange toda a gama de delitos possíveis, envolvem a gestão, *design* e manipulação do ambiente imediato, em uma forma sistemática e permanente, e que tem por objetivo tornar a prática de crimes mais difícil e arriscada, removendo-se as vantagens idealizadas pelo agente. Para tanto, há um extenso número de meios, como a vigilância, os obstáculos físicos, os controles de acesso, desviar o delinquente do alvo, eliminar ou reduzir o benefício potencial de um delito e controlar outros instrumentos que sirvam para cometer delitos”. *Ibidem.*, p. 399.

⁴⁵ A título ilustrativo, a lei *Sarbanes-Oxley* de 2002, uma lei de regulação corporativa norte-americana, exige em sua seção 203 a rotatividade de parceiros de auditoria externa de uma empresa a cada cinco anos, evitando, assim, vícios nos procedimentos de auditoria e maior independência e imparcialidade para os auditores, pois evita a criação de maiores vínculos com seus clientes, o que demonstra claramente a adoção de mecanismos de prevenção situacional corporativa. Mais à frente será novamente explicada um pouco mais sobre referida lei que tem importância para o *Compliance*. Disponível em: <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-107publ204/pdf/PLAW-107publ204.pdf>.

realidade da modernidade, é importante considerar, ainda, o fator de incerteza jurídica. O que se verifica, conforme já explanado, é que a nova dinâmica em que o mundo econômico e social está inserido gera um novo panorama de ambientes jurídicos complexos, de maneira que a dificuldade na prevenção de condutas antinormativas não se limita a uma dificuldade de tutela por parte do Estado, mas principalmente de forma intrínseca às empresas.

Além de dita complexidade *per si*, é preciso considerar, ainda, o caos e o pluralismo legal decorrente do conflito da multiplicidade de fontes normativas, como por exemplo: conflitos entre leis de diferentes entes federativos; entre normas de diferentes agências reguladoras; entre normas nacionais e internacionais; conflitos decorrentes de *soft law* do âmbito do mercado; entre outras. Essa realidade dificulta em ter a certeza de que se está agindo em conformidade com toda a ordem legal dentro de uma empresa⁴⁶. Embora exista, por parte dos executivos, um conhecimento generalizado acerca das questões legais locais por estas já estarem neles internalizadas, este pluralismo e uma ordem jurídica globalizada impedem os dirigentes de agirem sozinhos sem um apoio pericial jurídico na condução de suas empresas⁴⁷.

Dessa forma, o executivo que tem o poder de tomada de decisões não possui o conhecimento técnico jurídico necessário para verificar se determinada decisão está de acordo ou não com o ordenamento jurídico pátrio, devendo recorrer à *experts* para se verificar a viabilidade jurídica da decisão, exigindo, portanto, um setor interno consultivo que possa realizar essa tarefa.

Essa conjuntura de um mundo tecnologicamente complicado culminou, assim, na desconcentração do saber para as empresas, antes centralizado na administração, que perdeu sua autoridade técnica e capacidade de regulação, ocasionando, ainda, a diminuição da eficácia dos ordenamentos jurídicos nacionais⁴⁸. Dessa forma, surge o novo modelo de intervencionismo público chamado “*enforced self regulation*”, ou autorregulação regulada, consistente justamente no que aqui tem sido exposto até então sobre a cooperação entre o

⁴⁶ KURER, *Legal and compliance risk: A strategic response to a rising threat for global business*, p. 18–22. Arremata o referido autor: “*Legal pluralism implies that there is not one single law for any given situation but that cases often fall under a multitude of legal rules. These rules exist in parallel, create conflicting demands, and often contradict each other. This legal pluralism constitutes a defining element of the legal risk environment*”.

⁴⁷ *Ibidem.*, p. 39.

⁴⁸ NIETO MARTÍN, Adán, “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”, *Política Criminal*, no. 5, 2008, p. 3.

Estado e o privado no estabelecimento de normas de comportamento e até mesmo do próprio *enforcement*⁴⁹. No próximo tópico será tratado acerca das legislações afetas a este quadro e, conseqüentemente, aos programas de *Compliance*.

Essa realidade, como é de se perceber, é relativamente nova e trazida à tona para se adaptar a um novo cenário. Deixa-se evidente, assim, o que foi dito no início deste capítulo sobre o período de interregno que Bauman explicitou juntamente com Ezio Mauro. As formas tradicionais de se lidar com a regulação do mercado não encontram mais respaldo na realidade fática e, por isso, há essa movimentação para este novo modelo estratégico que ainda não está completamente estabelecido e definido, mas em fases de grandes estudos e experiências para sua operacionalização.

O próprio quadro fático da modernidade se encontra em um período de grandes dúvidas e indefinições, criando ainda mais dificuldades no estabelecimento das conseqüências jurídicas dessa realidade ontológica. Para ilustrar esse momento de incertezas, em que pese tudo que foi explanado acerca da globalização e suas conseqüências, hoje fala-se até mesmo em um movimento de desglobalização, iniciado após a crise financeira de 2008, como resultado de uma grande impopularidade da própria globalização, onde se verifica um aumento de ações protecionistas e economia nacionalista em diversos locais do globo. Como conseqüência, tem-se uma crescente fragmentação regulatória do mercado, que implica em maiores barreiras para exportação, restrições nos negócios, dificuldades em obter licenças para operar em determinados lugares e até um maior risco de expropriação. Ou seja, mais dificuldades para o setor privado conseguir operar dentro das normas globais impostas⁵⁰.

⁴⁹ *Ibidem.*, p. 4.

⁵⁰ Cf. KURER, *Legal and compliance risk: A strategic response to a rising threat for global business*, p. 51–52. Como exemplo desses processos que podem ser tidos como “desglobalização”, é possível citar o Brexit (saída do Reino Unido da União Europeia); a eleição de Donald Trump com seu discurso protecionista, nacionalista e anti-imigração; a própria crise migratória na União Europeia; o aumento da popularidade de candidatos políticos com discursos semelhantes ao de Donald Trump na Europa, a exemplo de Marine Le Pen na França. Sobre isso, ainda, têm-se as reportagens: RAPOZA, Kenneth, “Trump, China, And The ‘Deglobalization’ Trade”, *Forbes*, 23 de novembro de 2016, <<https://www.forbes.com/sites/kenrapoza/2016/11/23/trump-china-and-the-deglobalization-trade/#78f8b21b4cd0>>, acessado le , 6 de março de 2017.. BARBIERI, Pierpaolo, “The Losers of Deglobalization: Why States Should Fear the Closing of an Open World”, *Foreign Affairs*, 13 de novembro de 2016, <<https://www.foreignaffairs.com/articles/2016-11-13/losers-deglobalization>>, .. ASA-EL, Amotz, “Deglobalization is already in full swing”, *MarketWatch*, 31 de agosto de 2016, <<http://www.marketwatch.com/story/deglobalization-is-already-in-full-swing-2016-08-31>>, .. VERMA, Sid, “A Cheat Sheet on the Deglobalization of the Financial World”, *Bloomberg*, 6 de dezembro de 2016, <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2016-12-06/a-cheat-sheet-on-the-deglobalization-of-the>>

A globalização e o avanço tecnológico, como pode-se perceber, portanto, trouxeram muitas consequências que culminaram em uma maior preocupação em regulamentar os setores empresariais de maneira mais eficiente para se evitar condutas prejudiciais no mercado e, conseqüentemente, à população como um todo. Mas não só. O avanço tecnológico é o grande responsável pela transparência das informações como jamais antes vista.

Infinitos dados das empresas e governos são processados, cruzados e acessados por todo o mundo e a qualquer momento. ONGs e imprensa estão em constante monitoramento para divulgação a qualquer pessoa, sendo que em um mundo altamente conectado pela *internet* e redes sociais, em questões de minutos essas informações são capazes de alcançar milhões de pessoas em dezenas de países.

O mundo agora é feito de vidro para as empresas globais, segundo Peter Kurer: *“They can hide nowhere; and they cannot hide anything [...] If anything goes wrong within their organization, or between them and the outside world, the chances are that the world will learn about it instantly”*⁵¹.

Diante disso, a tomada de uma decisão que confronta o ordenamento jurídico pode trazer sérias consequências negativas para a empresa, não apenas jurídicas, como também para a sua imagem que poderia resultar denegrada perante a comunidade⁵². Portanto, cada vez mais essas práticas têm sido alvo de atenção por parte das organizações, seja de pequeno ou grande porte, seja do setor de entretenimento, de seguro, financeiro, de engenharia e construção, entre outros.

Ainda que não haja um procedimento formal contra determinada empresa sobre uma eventual atividade ilícita – mesmo um mero indiciamento em fase de investigação –, na era da informação e das redes sociais as notícias se espalham de forma muito rápida,

financial-world>,

George Ritzer, sociólogo professor da Universidade de Maryland, entretanto, tem uma visão mais cética sobre o processo de desglobalização, cuja opinião pode ser conferida em: <https://georgeritzer.wordpress.com/2016/11/24/deglobalization-not-a-chance/> e <http://www.theeuropean-magazine.com/george-ritzer--2/9342-why-globalization-cant-be-reversed>.

⁵¹ KURER, *Legal and compliance risk: A strategic response to a rising threat for global business*, p. 42.

⁵² Também em pesquisa realizada pela PwC, os entrevistados reportaram que os maiores danos causados por crimes econômicos nas empresas não estão relacionados com os impactos no seu valor de mercado ou na relação com reguladores, mas com o reflexo de danos no moral dos empregados, com 44% dos entrevistados dizendo ter experimentado médio ou alto impacto, e danos na reputação da empresa com 32% dos entrevistados citando ter tido um impacto significativo. Cf. PricewaterhouseCoopers, “Global economic crime survey 2016”, <http://www.pwc.com/gx/en/services/advisory/forensics/economic-crime-survey.html>

atingindo milhões de pessoas em pouco tempo. Contornar essa situação se mostra complicado e, muitas vezes, a reputação da empresa já sofreu perdas irreversíveis com uma mera notícia midiática, que acaba por impactar negativamente no seu valor de mercado e para todos os *stakeholders*⁵³. O senso comum pouco se ocupa em compreender os casos e as questões jurídicas, bem como os jornalistas focam muito mais no sensacionalismo do que na questão técnica do caso.

A criminalidade empresarial é uma realidade. Suas consequências são igualmente perceptíveis, seja para a comunidade diretamente, seja para o Estado, seja para a própria empresa, que por muitas vezes passam também a serem vítimas de práticas ilícitas. Neste sentido, relevante observar na pesquisa realizada pela PwC que 36% dos entrevistados, ou seja, mais de uma a cada três organizações, reportaram terem sido vítimas de um crime econômico, tanto no mercado desenvolvido, quanto no mercado emergente⁵⁴.

Os impactos financeiros como consequência de atividades ilícitas nas empresas tendem a ser estratosféricos na atualidade. Eles podem derivar de uma queda nos ativos da empresa, perda de valor de mercado, pelo impacto da performance nos negócios e como resultado de multas administrativas e penas criminais. Na mencionada pesquisa da PwC, 14% das organizações reportaram que incidentes de criminalidade resultaram em um impacto financeiro na ordem de U\$ 1 milhão a mais de U\$ 100 milhões⁵⁵.

Os exemplos de prejuízos são muitos. A *Odebrecht* e a *Braskem*, empresas de construção e petroquímica brasileiras, respectivamente, investigadas na operação lava jato no Brasil⁵⁶, fizeram um acordo judicial para pagamento de até U\$ 4,5 bilhões totais de multa para o Brasil, Estados Unidos e Suíça. A *Volkswagen*, em consequência da manipulação dos

⁵³ Muitas empresas acabam por ficar associadas por muito tempo para a comunidade com escândalos que se envolveram. Neste sentido, por exemplo, é o caso da Siemens com o caso de subornos em troca de contratos, da Parmalat com a fraude na contabilidade, do Lehman Brothers com o crédito *subprime*, o desastre ambiental causado pela petrolífera BP, a holding GES e o Banco Espírito Santo por corrupção, fraude fiscal, entre outros, da Volkswagen com a manipulação dos resultados de emissões de poluentes e, ainda, da Petrobrás, Odebrecht, entre outros no caso da Lava Jato, além de diversos outros casos.

⁵⁴ Os crimes mais reportados na pesquisa pelo empresariado foram apropriação indébita de ativos da companhia por diretores, empregados e demais fiduciários (*asset misappropriation*), com 64% de incidência; crimes cibernéticos (*Cybercrime*) com 32% relatados e, ainda, suborno e corrupção (*bribery and corruption*) com 24%. *Ibidem*.

⁵⁵ Ainda, 22% reportaram um impacto de U\$ 100,000 a menos de U\$ 1 milhão. *Ibidem*.

⁵⁶ A operação lava jato é uma grande investigação de corrupção e lavagem de dinheiro no Brasil, onde se verificou um elevado desvio de recursos da Petrobras, maior empresa estatal do País. Trata-se de um esquema no qual grandes empreiteiras organizadas em cartel pagavam suborno a altos executivos da estatal e agentes públicos. Esses subornos eram distribuídos por operadores financeiros do esquema. Maiores informações em: <http://lavajato.mpf.mp.br/>.

testes de emissões de poluentes, acordou com o Departamento de Justiça Norte-americano a pagar U\$ 2,8 bilhões de multa criminal⁵⁷. A *Siemens*, por seu caso emblemático de corrupção⁵⁸, acordou com o Departamento de Justiça Norte-americano, em 2008, a pagar um total de U\$ 1,6 bilhões em sanções totais para os Estados Unidos e Alemanha⁵⁹. A petrolífera BP, pelo desastre ambiental já mencionado, pagará um total de U\$ 20 bilhões em multas para resolver a questão judicialmente⁶⁰.

Isso apenas para citar exemplos de multas judiciais. Há ainda prejuízos com custos legais e contábeis quando há envolvimento em eventuais condutas ilícitas. Além disso, há perdas no valor das ações e de mercado e prejuízos econômicos da continuidade dos negócios, muitas vezes como consequência da perda de reputação no mercado. Diante desse panorama, as empresas estão cada vez mais preocupadas, conforme já dito, em implementar sistemas e mecanismos de controle e fiscalização interna para prevenção e até mesmo repressão de práticas ilícitas, visando evitar danos imensuráveis a si mesmas, satisfazendo, igualmente, o sistema de controle moderno do Estado e sua cada vez mais complexa e abrangente regulação preventiva e impositiva para a autofiscalização.

2.4. História e legislações dos programas de *Compliance Criminal*

Conforme já explicitado, essa mudança na maneira como o Estado passou a tratar o controle da criminalidade econômica vem ganhando força desde o pós-Segunda Grande Guerra Mundial. A política externa dos EUA no pós-guerra muito se baseou nos interesses de suas multinacionais, de maneira que suas atuações políticas e privadas comerciais com frequência se confundiam.

Este fator, somado a um período de descolonização de países subdesenvolvidos que geravam grandes oportunidades de negócios e, ainda, por se tratar de uma época de fraca regulação pelo “*boom*” do desenvolvimento tecnológico e de mercado, foram responsáveis

⁵⁷ Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/929741/download>. As três empresas acordaram, ainda, implementar um programa independente de *Compliance*.

⁵⁸ Com maiores informações, em especial na nota 20, Cf. ROMERO, Marta Muñoz de Morales, “Programas de cumplimiento ‘efectivos’ en la experiencia comparada”, in ZAPATERO, Luis Arroyo e NIETO MARTÍN, Adán, orgs., *El derecho penal económico en la era de la compliance*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 217.

⁵⁹ Disponível em: <https://www.sec.gov/news/press/2008/2008-294.htm>.

⁶⁰ Disponível em: <http://www.reuters.com/article/us-bp-usa-idUSKCN0RZ14A20151005>.

por uma série de casos de corrupção que, na década de 1970, foram investigados pela *Securities and Exchange Commission* (SEC), equivalente à Comissão de Valores Mobiliários dos EUA, que questionava pagamentos de subornos a funcionários públicos, políticos e partidos políticos estrangeiros.

Com o escândalo do caso *Watergate* e a constatação de que as empresas norte-americanas vinham gastando consideráveis quantias de dinheiro com subornos, as autoridades dos EUA passaram a buscar a recuperação de seu prestígio e autoridade política no âmbito internacional e também perante o cenário comercial interno.

Assim foi editada a *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) em 1977, que assentou uma nova ética empresarial baseada na governança corporativa e responsabilidade social das empresas, comprometidas com a legalidade e com os interesses públicos, evitando a concorrência desleal e danos a seus próprios acionistas.

Dessa forma, a FCPA passou a corresponsabilizar as empresas na prevenção da corrupção estabelecendo um sistema de responsabilidade penal das pessoas jurídicas baseada na necessidade de a própria empresa prevenir e detectar fatos delitivos internos⁶¹. Com isso, as empresas passaram a estabelecer diversos mecanismos internos para cumprir com o disposto na FCPA, surgindo, assim, os primeiros programas de *Compliance*⁶².

A partir de então, com o passar do tempo, estes programas foram paulatinamente crescendo, em paralelo a edição de novos regulamentos, em especial sob o contexto da *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD), organização internacional que conta com a participação de 34 países, fundada em 1961, que busca estimular o progresso econômico e as transações comerciais globais.

Mas foi mais recentemente, no início dos anos 2000, que os programas de *Compliance* ganharam ainda mais força, como uma reação a escândalos da criminalidade

⁶¹ A FCPA aplica-se a empresas e indivíduos que tenham uma ligação com os EUA e que se envolverem em práticas de corrupção estrangeiras. Além disso, aplica-se a emissores, nacionais ou estrangeiros, que negociam valores mobiliários nos EUA. “FCPA: A resource guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act”, Criminal Division of the U.S. Department of Justice and Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission, <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>

⁶² NIETO MARTÍN, Adán, “La corrupción en el comercio internacional (o de como la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)”, *Revista Penal*, vol. 12, , 2003. Embora já havia alguns esboços de setores similares em áreas altamente regulamentadas como serviços financeiros e de saúde. Posteriormente, o conceito de *Compliance* teve sua primeira formalização com as Sentencing Guidelines, que será mais a frente abordada. Cf. KURER, *Legal and compliance risk: A strategic response to a rising threat for global business*, p. 187.

econômica nos EUA e União Europeia. Os casos mais notórios foram o da Enron e Worldcom.

Em 2001, a companhia *Enron Corporation*, uma empresa de energia e *commodities* dos Estados Unidos, maquiou seus balancetes durante anos, enxugando prejuízos e inflando seus lucros. O caso veio à tona após um empregado da companhia ter enviado uma carta ao Presidente relatando os problemas na contabilidade da empresa, que poderiam gerar prejuízos enormes no futuro. Uma semana após a denúncia interna (*whistleblowing*), o presidente vendeu suas ações no aporte de milhões de dólares, onde se iniciou o colapso da empresa e a investigação por parte da *Securities and Exchange Commission*. Este esquema gerou uma perda de dezenas de bilhões de dólares aos acionistas, sendo que milhares de empregados e investidores perderam seus fundos de pensão⁶³.

Em 2002, a *Worldcom*, companhia de telecomunicações, se envolveu em um escândalo ao inflar artificialmente seu rendimento líquido na casa dos 11 bilhões de dólares e lucros em cerca de \$ 4 bilhões de dólares, lançando em sua contabilidade os custos das linhas como dispêndio com ativos fixos, o que ocasionou 30 mil demissões e perdas de dezenas de bilhões de dólares pelos investidores quando o caso veio à tona. A descoberta da fraude só foi possível após uma auditoria interna da empresa⁶⁴.

Estes expressivos escândalos de graves consequências motivaram a criação da Lei *Sarbanes-Oxley* of 2002 (SOX), que passou a dar um novo foco na regulação corporativa. Trata-se de uma lei de grande repercussão internacional, tendo em vista que todas as empresas que mantêm a venda de ações registradas na *Securities and Exchange Commission* no mercado norte-americano a ela estão submetidas. Por essa razão, por exemplo, esta lei afeta grandes empresas brasileiras, como a Petrobrás, Ambev, Vale, Banco Bradesco, Banco Itaú, entre diversas outras.

⁶³ Para maiores detalhes sobre este escândalo e suas consequências, cf. COFFEE JR, John C., “Understanding Enron: It’s About the Gatekeepers, Stupid”, 207, New York, 2002, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=325240>, ; COHAN, John Alan, “‘I Didn’t Know’ and ‘I Was Only Doing My Job’: Has Corporate Governance Careened out of Control? A Case Study of Enron’s Information Myopia”, *Journal of Business Ethics*, vol. 40, no. 3, 2002, p. 275–299.

⁶⁴ FORBES. The 10 Biggest Frauds in Recent U.S. History. Disponível em: <<http://www.forbes.com/pictures/ghmf45hdmd/our-take-on-the-10-bigge/>>. Acesso em: 16 nov 2015; THE HUFFINGTON POST. The Biggest Accounting Scandals of All Time. Disponível em: http://www.huffingtonpost.com/2010/03/17/biggest-accounting-scanda_n_502181.html. Acesso em: 16 nov 2015.

A SOX trouxe novas exigências na governança corporativa visando garantir uma maior confiabilidade para o mercado e investidores em geral, como por exemplo a responsabilidade direta do CEO e CFO pela veracidade das informações dos relatórios anuais ou trimestrais. Prevê, ainda, a responsabilidade direta do conselho da administração pelo setor de *Compliance*, criação de diretivas éticas, instauração de comitês de auditoria e controles internos de publicação, além da instauração de linhas internas de denúncias anônimas⁶⁵.

Outra normativa importante para os programas de *Compliance*, como mencionado na nota 62, são as *Sentencing Guidelines*, diretrizes para a formulação de sentenças federais elaborada pela *Sentencing Commission* do poder judiciário norte-americano, em que seu capítulo oitavo é dedicado à individualização das sanções das pessoas jurídicas, prevendo a diminuição das sanções caso a empresa tenha implementado programas apropriados de *Compliance*, descrevendo os critérios necessários para que o programa garanta o cuidado exigível (*due diligence*) para impedir infrações no âmbito da empresa⁶⁶.

O Parlamento do Reino Unido imediatamente seguiu essa tendência, criando o *Proceeds of Crime Act* em 2002 e, posteriormente, em 2010, criou o *UK Bribery Act* que também se aplica a empresas de qualquer nacionalidade que operarem no Reino Unido.

A Itália igualmente traça diretrizes de modelo de atuação de setores preventivos no artigo 6º do decreto legislativo 231/2001, que prevê a responsabilidade administrativa dos entes coletivos, excluindo a responsabilidade da pessoa jurídica quando esta tenha cumprido todas as suas exigências⁶⁷.

⁶⁵ SIEBER, Ulrich, “Programas De ‘Compliance’ En El Derecho Penal De La Empresa: Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, in *El derecho penal económico en la era de la compliance*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 8. Neste sentido, a seção 302 da lei determina: “(4) *the signing officers—(A) are responsible for establishing and maintaining internal controls; (B) have designed such internal controls to ensure that material information relating to the issuer and its consolidated subsidiaries is made known to such officers by others within those entities, particularly during the period in which the periodic reports are being prepared;*”. Disponível em: <https://www.sec.gov/about/laws/soa2002.pdf>.

⁶⁶ “Sentencing Guidelines”, <http://www.ussc.gov/guidelines-manual/2014/2014-individual-chapters-and-guidelines-html>.

⁶⁷ Vale mencionar que existem divergências doutrinárias quanto à natureza jurídica da responsabilidade do ente coletivo de referido decreto. Embora o próprio decreto trate como responsabilidade administrativa (“*Disciplina della responsabilita amministrativa delle persone giuridiche*”), muito se fala em uma natureza penal “camuflada”. Essa discussão igualmente acontece no que concerne à Lei anticorrupção brasileira (Lei 12.846/2013), que também será adiante abordada. Neste sentido, conferir TESI, Maristella Amisano, “A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no Sistema Italiano”, *Revista de Direito Brasileira*, vol. 3, no. 2, 2012, p. 303–331.

A Espanha, na reforma de seu Código Penal no ano de 2010, passou a estabelecer a responsabilidade penal das pessoas jurídicas no artigo 31.bis. Posteriormente, com uma nova reforma do Código Penal Espanhol pela *Ley Orgánica* 1/2015, a questão foi aprofundada, sendo prevista atenuação da pena ou até mesmo exoneração da responsabilidade penal das pessoas jurídicas que tiverem estabelecido “*antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica*”⁶⁸.

Com este cenário, essas regulações na seara empresarial foram ganhando força a nível internacional, em especial no que diz respeito ao combate à lavagem de dinheiro. Assim, são destaques a Convenção de Viena de 1988⁶⁹, que representa uma espécie de “marco zero” no combate à lavagem de dinheiro em âmbito global, com vistas à luta contra o tráfico de drogas. Ainda, é de destaque a declaração de princípios do Comitê da Basileia⁷⁰, sobre a prevenção da prática de crimes no sistema bancário e a Convenção de Palermo de 2000⁷¹.

Sendo o Brasil signatário dessas convenções e sendo de suma importância seguir com as diretrizes globais para a inserção da economia interna no âmbito internacional, o País também passou a editar exigentes regulamentos em diversos setores por meio do Banco Central, Comissão de Valores Mobiliários (CVM), Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), entre outros, no âmbito administrativo.

Por essa razão, a instauração de departamentos de *Compliance* começou a ganhar destaque na seara administrativa no Brasil, com vistas a viabilizar o cumprimento das complexas regras impostas. No âmbito penal, entretanto, sua aplicação no início era muito incipiente, limitando-se, em regra, à aplicação da Lei nº 9.613/1998 que criou o COAF e passou a exigir que determinadas pessoas jurídicas prestassem informações com o fito de prevenção à prática do crime de lavagem de dinheiro no País.

⁶⁸ Art. 31.bis.4.D. *Ley Orgánica* 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.html>.

⁶⁹ Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 154/1991.

⁷⁰ Comitê de Supervisão Bancária da Basileia (BCBS). Adotado e normatizado pelo Brasil pela Resolução nº 2099/1994 do CMN.

⁷¹ Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional que abrange três protocolos: prevenção, repressão e punição do tráfico de pessoas; combate ao tráfico de migrantes por via terrestre, marítima e aérea e contra fabricação e tráfico ilícito de armas de fogo, suas peças e componentes e munições.

No mesmo ano da edição de dita lei, o Conselho Monetário Nacional emitiu a Resolução nº 2.554, a qual determinava às instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central a implementar controles internos de suas atividades para o cumprimento das normas legais e regulamentares.

No ano de 2012, com a advinda da Lei nº 12.683/2012, que alterou a Lei nº 9.613/1998, houve uma profunda e significativa modificação no tratamento à Lavagem de Dinheiro no País. Referida lei passou a prever também as pessoas físicas como sujeitas a controle e prestação de diversas informações aos órgãos competentes, sob pena de graves penas administrativas.

No ano seguinte, foi publicada a Lei nº 12.846/2013, chamada de Lei Anticorrupção, específica para o combate à corrupção, como resposta às exigências internacionais, prevendo a responsabilidade civil e administrativa das Pessoas Jurídicas por atos lesivos à administração pública interna ou estrangeira. Esta lei prevê benefícios em eventuais penas a serem aplicadas em Empresas que adotem mecanismos de prevenção às práticas de corrupção, auditoria, e códigos de condutas e ética⁷².

O que se verifica com essas novas legislações brasileiras é que há, de fato, a imposição de responsabilidades para o setor privado pelo Estado, nos moldes do explanado até aqui, para o combate a práticas ilícitas no setor econômico. Entretanto, a nível do ordenamento jurídico nacional Brasileiro, ainda há poucas imposições e implicações diretas de um programa de *Compliance* criminal.

Conforme se extrai da nova Lei de Lavagem de Dinheiro, bem como da Lei Anticorrupção, o foco se dá em âmbito civil e administrativo. Não se olvida, aqui, que o objetivo dessa regulação é uma tentativa de prevenção de crime de lavagem de dinheiro, que está relacionado a inúmeros outros crimes, bem como a prevenção da corrupção, conduta igualmente criminosa.

Contudo, as imposições às empresas pela adoção de mecanismos de controle e prevenção às práticas ilícitas se limitam à seara administrativa, com consequências puramente administrativas. Evidente que há uma relação com a seara criminal, porquanto

⁷² O recente Decreto nº 8.420/2015, que regulamenta referida lei, em seu Capítulo IV, estabelece os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos internos de integridades para sua consideração na aplicação da sanção administrativa. Deve-se frisar, portanto, se tratar de esfera administrativa e não penal a despeito do que ocorre nos demais países aqui comparados, mas que já demonstra um amadurecimento embrionário da matéria no país.

visa justamente a prevenção e repressão de modalidades também criminais que encontram no ambiente empresarial um “terreno fértil” para sua proliferação.

Entretanto, tais leis devem ser encaradas como “auxiliares” à implementação e utilização de mecanismos de *Compliance* Criminal. A uma, porque tais mecanismos também servem para a prevenção e até repressão de condutas típicas. A duas porque eventuais consequências penais também se dão de forma indireta por estas leis.

A implementação de *Compliance* Criminal, conforme pode-se explanar, é de igual importância no cenário empresarial hoje. O que justifica sua consolidação atual no Brasil é justamente a proliferação de condutas típicas no ambiente das empresas já expostas aqui anteriormente. A expansão do Direito Penal, que cada vez mais passa a tutelar Bens Jurídicos difusos que estão intimamente ligados à uma criminalidade empresarial, implica na necessária movimentação do empresariado brasileiro a prevenir estas condutas que lhe possam ser prejudiciais.

Um ponto de grande importância que torna o processo de desenvolvimento e consolidação dos programas de *Compliance* Criminal mais lento no Brasil é a pouco perscrutada previsão de responsabilização da Pessoa Jurídica no Direito Penal pátrio, que se configura como uma força motriz para a implementação de ditos programas internos pelo empresariado brasileiro.

Não cabe no presente trabalho o aprofundamento acerca da responsabilização da pessoa jurídica, mas sim compreender a zona cinzenta que permeia o assunto da Criminal *Compliance*, em especial no contexto brasileiro. Nos demais países em que há um crescimento mais sensível da temática já existe uma regulação mais avançada no tocante à responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Isso possibilita, como consequência, um maior avanço na regulação de exigências e imposições de programas preventivos internos na área criminal, tendo em vista a possibilidade de consequências penais diretas às empresas.

No Brasil, entretanto, este avanço fica estagnado na medida em que a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica se limita aos crimes ambientais, prevista na Lei nº 9.605 de 1998, amparada no artigo 225, §3º da Constituição da República, com poucos

avanços doutrinários e jurisprudenciais⁷³, sendo que a *Compliance* está muito atrelada ao âmbito financeiro.

Observando-se este breve panorama sobre as legislações que estão atreladas com essa questão de regulação empresarial, verifica-se que há uma mudança de paradigma legal, no sentido de que, enquanto a lei tradicional tem um foco repressivo, as novas leis voltadas para as empresas focam em incentivos de comportamento em conformidade com a licitude de um ordenamento jurídico do respectivo país, ou mesmo em um contexto global regulatório⁷⁴.

Assim, hoje, as empresas devem, em regra, atentarem-se para as chamadas “*big nine*”, que são as principais legislações afetas ao setor, entre elas: as legislações anticorrupção (como a FCPA e SOX), legislações antitruste, leis de prevenção à lavagem de dinheiro, as de proteção ao consumidor, as de fraudes corporativas, tributárias, trabalhistas e de proteção ambiental⁷⁵. Além dessas legislações e regulações emitidas por agências reguladoras, as empresas devem ainda apreciar e cumprir as regras de governança (como *guidelines* e regras internas), contratos, autorregulação (normativas criadas pelo próprio setor), *soft laws* e regras auxiliares⁷⁶.

Diante dessa breve análise da realidade normativa empresarial atual, extrai-se que há uma grande preocupação, com razão, de que um programa de *Compliance* traga resultados positivos práticos e concretos no judiciário à empresa, o que induz naturalmente à questão se a implementação de referido setor interno seria suficiente para uma atenuação da pena ou mesmo para a isenção de responsabilidade penal. E, como visto, essa tem sido a tendência das legislações de diversos países.

⁷³ Em decisão relativamente recente no Recurso Extraordinário nº. 548181/PR a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de se processar penalmente a pessoa jurídica sem que haja ação penal em curso contra pessoa física pela prática do fato, superando a denominada teoria da dupla imputação, até então dominante, em que somente se considera possível a persecução criminal da pessoa jurídica pela prática de crime ambiental se houver também a imputação à pessoa física. Trata-se, portanto, do mais recente “avanço” prático na matéria no País. A fundamentação se baseou no fato de que o art. 225, § 3º, da Constituição, não impõe a dupla imputação penal simultânea (à pessoa jurídica e à pessoa física), de maneira que tal condição se configuraria como uma restrição da norma constitucional, sendo que a intenção do constituinte com referida norma foi justamente de ampliar o alcance penal e evitar a impunidade nos crimes ambientais de grande dificuldade de individualização dos responsáveis em ambientes complexos hierarquizados e descentralizados.

⁷⁴ KURER, *Legal and compliance risk: A strategic response to a rising threat for global business*, p. 22.

⁷⁵ *Ibidem.*, p. 74–82.

⁷⁶ *Ibidem.*, p. 97–99.

2.5. A implementação de efetivos programas de *Compliance*

Embora seja perceptível essa tendência em incentivar comportamentos em conformidade nas legislações por meio de atenuação ou isenção penal, trata-se ainda de um campo incerto. Naturalmente, as empresas, ao implementarem referidos setores e se esforçarem no devido cumprimento, esperam ter uma recompensa por parte do Estado para a redução dos riscos da responsabilidade jurídica no sentido de sua isenção perante os tribunais ou órgãos administrativos⁷⁷.

Adán Nieto⁷⁸, sobre este ponto, argumenta que, tomando-se um cenário ideal, uma empresa que tenha uma boa e eficaz organização preventiva e, graças a isso, tenha descoberto um caso de corrupção interna, deveria acionar o Estado e, desta forma, não deveria ser sancionada, mas ressalva que essa situação ideal não existe na maioria dos ordenamentos jurídicos: “*la empresa que denuncia un caso de corrupción en la mayoría de los ordenamientos en realidad ‘confiesa’ su infracción y lo más que puede esperar es una atenuación de la sanción*”⁷⁹.

Uma grande preocupação que permeia a temática de *Compliance*, seja na doutrina, seja no judiciário ou mesmo no legislativo, é justamente o que se considera como um programa efetivo de *Compliance* para a aplicação da lei penal. Uma das discussões reside no fato de que muitas empresas poderiam instalar departamentos de *Compliance* tão somente para evitar a responsabilidade penal, deixando-se de lado a intenção das boas práticas ou até mesmo para se praticar crimes dolosamente, fugindo da responsabilização criminal, o que

⁷⁷ KUHLEN, Lothar, “*Compliance y Derecho penal en Alemania*”, in MIR PUIG, Santiago, BIDASOLO, Mirentxu Corcoy e MARTÍN, Victor Gómez, orgs., *Responsabilidad de la Empresa y Compliance: Programas de prevención, detección y reacción penal*, Madrid, B de F, 2014, p. 122.

⁷⁸ NIETO MARTÍN, Adán, “La privatización de la lucha contra la corrupción”, *Cahiers de défense sociale: bulletin de la Société Internationale de Défense Sociale pour une Politique Criminelle Humaniste*, vol. 37, , 2012, p. 77.

⁷⁹ Um caso paradigmático no contexto da aplicação da FCPA no Departamento de Justiça norte-americano é o da empresa Monsanto. Um funcionário da gigante do agronegócio subornou uma autoridade da Indonésia para revogar uma lei onerosa para a Monsanto. Ainda que o suborno tenha partido de tão somente um funcionário que agiu sem autorização, o setor de controle interno da empresa descobriu tal conduta, a parou, e disciplinaram os responsáveis. A companhia voluntariamente relatou o incidente ao governo que prosseguiu com o caso. Entretanto, diante da existência de um programa de *Compliance* na Monsanto e de sua cooperação, a companhia recebeu uma *deferred prosecution agreement*, ou seja, algo como um acordo pela não acusação pelo cumprimento de alguns requisitos. BIEGELMAN, Martin T. e BIEGELMAN, Daniel R., *Foreign Corrupt Practices Act compliance guidebook : protecting your organization from bribery and corruption*, John Wiley & Sons, 2010, p. 52.

tem dificultado a evolução legislativa neste sentido. Daí a importância de um delineamento de um modelo efetivo.

Entretanto, sequer o conceito e modo de funcionamento de um programa de *Compliance* criminal em si é de fácil definição, e constitui-se como uma área cinzenta de implementação no justo ponto de sua relação entre a adoção de medidas de prevenção interna de condutas criminais e o funcionamento do Direito Penal⁸⁰.

Como alerta Sieber⁸¹, “*debido a la variedad de los riesgos de la criminalidad y a las particularidades de las distintas empresas no puede haber un panorama detallado de tales programas ‘preventivo-criminales’*”. Desta forma, a própria empresa é a mais indicada para determinar os riscos que permeiam sua atividade e, por conseguinte, determinar as melhores soluções para os casos⁸².

Além dessa variação de acordo com o ramo da atividade e suas regulações próprias, a *Compliance* tem um alcance além da questão jurídica e legal, envolvendo riscos de outras naturezas. Abrange, ainda, conhecimentos de diversas áreas, como finanças, economia, contabilidade, entre outras, inclusive aumentando a demanda de empresas externas de consultoria. Há um grande envolvimento, também, de uma esfera comportamental atrelada à promoção de condutas íntegras, éticas, em todos os níveis internos da empresa, por meio da comunicação, treinamentos e sanções⁸³.

Tanto *Compliance* quanto os riscos legais podem ser gerenciados pelo mesmo departamento por serem colaterais ou mesmo auxiliares, sendo que, historicamente, a

⁸⁰ Neste sentido, interessante a manifestação de Adán Nieto: “*la tarea de las empresas no es cumplir específicamente con el Derecho penal, sino contar con mecanismos de gestión y control internos que les permitan cumplir con toda la normativa que les afecta, sea de carácter administrativo, laboral, societario o penal. Las normas penales en el Derecho penal económico son accesorias de todos estos preceptos. El objetivo del Compliance no es evitar ser castigadas por un delito contra el medio ambiente, sino cumplir con la legislación medioambiental*”. NIETO MARTÍN, Adán, “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal”, in KUHLEN, Lothar, MONTIEL, Juan Pablo e GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina, orgs., *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 27.

É difícil de se chegar em um ponto formal de convergência sobre a relação, *latu sensu*, entre *Compliance* e Direito Penal. Embora, conforme os dizeres de Adán Nieto, o *Compliance* auxilie as empresas, por seus mecanismos, a cumprir com todas as normativas a elas afetas, não há de se negar que as consequências por uma eventual falha dos programas podem culminar em uma responsabilidade penal, independente de responsabilidades em outras esferas do direito, como administrativa ou cível, além de responsabilidades individuais e/ou coletivas. E é nesta ramificação da problemática que reside a discussão deste trabalho.

⁸¹ SIEBER, “Programas De ‘Compliance’ En El Derecho Penal De La Empresa: Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, p. 8.

⁸² VILA, “¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, p. 61.

⁸³ KURER, *Legal and compliance risk: A strategic response to a rising threat for global business*, p. 140, 189–190.

tendência era ambos se concentrarem em um departamento⁸⁴. Hoje, entretanto, há um número cada vez maior de departamentos de *Compliance* independentes, em especial diante das exigências legais já mencionadas (em especial as *Sentencing Guidelines*, SOX, etc). Tendo em vista se tratar de uma relativamente nova atividade dentro das empresas, os departamentos de *Compliance* não operam ainda sob um paradigma bem estabelecido, ao contrário dos já tradicionais departamentos jurídicos independentes⁸⁵.

Embora ainda não haja uma estrutura funcional bem delimitada, há hoje movimentos sólidos para o estabelecimento de diretrizes gerais norteadoras da estruturação de programas de cumprimento, respeitando-se as peculiaridades de cada empresa, que são as mais indicadas para determinar os riscos inerentes às suas atividades e, por conseguinte, prover melhores soluções para os casos⁸⁶.

Ressalta-se, assim, as legislações supracitadas, que elencam procedimentos que devem ser adotados para que os programas preventivos sejam considerados eficazes. Em paralelo, a literatura vem igualmente listando elementos estruturais gerais para se alcançar a efetividade de referidos programas na prevenção da criminalidade de empresas e contra as empresas⁸⁷.

Primeiramente, portanto, deve haver um a) pré-estabelecimento dos objetivos empresariais, definindo os valores empresariais. A partir disso, realizar a b) correta avaliação e identificação dos riscos correspondentes à atividade desenvolvida pela empresa, incluindo os delitos mais prováveis de serem cometidos, os setores da empresa mais afetados e a eficiência das medidas de controle existentes. Definidos os riscos, é necessário c) a criação

⁸⁴ Em regra, as empresas tendem a deixar para o departamento jurídico questões relacionadas à propriedade intelectual, *insider trading*, contratos estatais, concorrência leal e antitruste, enquanto que para o departamento de *Compliance*, as empresas têm atribuído questões relacionadas à suborno e corrupção, fraudes, lavagem de dinheiro, conflitos de interesse e privacidade e confidencialidade, conforme pesquisa da PwC. Evidente que há igualmente uma grande variação destas atribuições. PRICEWATERHOUSECOOPERS, “State of compliance study 2016”.

⁸⁵ KURER, *Legal and compliance risk: A strategic response to a rising threat for global business*, p. 143.

⁸⁶ VILA, “¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, p. 61.

⁸⁷ Tais elementos são extraídos de SIEBER, “Programas De ‘Compliance’ En El Derecho Penal De La Empresa: Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, p. 08–09. VILA, “¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, p. 55–59. BRAITHWAITE, “Enforced self-regulation: A new strategy for corporate crime control”, p. 1466–1507. KURER, *Legal and compliance risk: A strategic response to a rising threat for global business*, p. 146–148. NIETO MARTÍN, Adán, “Fundamentos y estructura de los programas de cumplimiento normativo.”, in NIETO MARTÍN, Adán, org., *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Barcelona, Tirant lo Blanch, 2015, p. 129–132.

Embora haja algumas variações, há uma boa convergência entre os autores sobre os elementos comuns ou transversais básicos para um programa de cumprimento e sua metodologia que serão aqui brevemente expostos.

de códigos éticos e de condutas e políticas internas e sua consequente d) publicidade e divulgação interna das disposições a serem seguidas e respeitadas por todos os colaboradores da empresa, em paralelo a uma e) formação e capacitação de todos para assegurar-se que todos os funcionários são competentes para cumprir com sua função em consonância com os valores éticos e normativos.

Imprescindível, ainda, a f) delimitação dos âmbitos de competência, ou seja, uma correta distribuição e configuração das posições e funções de cada pessoa física e departamentos intraempresariais. Delimitar com clareza cada esfera de competência para cada processo na empresa e, assim, g) criar mecanismos de comunicação interna, de detecção e sanção, ou seja, criar canais de comunicação interna para assegurar uma gestão de conhecimento, onde a cúpula diretiva deve receber toda informação de riscos relevantes (*bottom-up*) e, igualmente, sistemas de investigações internas com canais de denúncias e de *whistleblowing*⁸⁸ e consequentes sanções disciplinares.

Por fim, é necessário, ainda, uma h) avaliação periódica da eficácia do sistema e a i) documentação das atividades de *Compliance*, inclusive para a própria defesa da entidade perante as autoridades oficiais.

Como já mencionado, estes programas podem ser geridos tanto pelo setor de *Compliance* como por setores jurídicos. Entretanto, tradicionalmente, profissionais de setores jurídicos (normalmente advogados) têm um papel mais reativo vinculado a situações envolvendo litígios e transações negociais, atividades mais definidas e atreladas à lei. Embora estes profissionais sejam um modelo de expertise na compreensão e gerenciamento de riscos legais, com a assunção dos programas de *Compliance*, eles não mais se encontram sozinhos.

Compliance Officers rapidamente ganharam importância nos últimos anos com a preocupação de dirigentes sobre a exposição de suas empresas em termos de riscos legais e regulatórios, devido ao aumento das ameaças legais, multinacionais, agências reguladoras e regulações. Essa nova função surge com o propósito de injetar mais controles proativos no

⁸⁸ Denúncias anônimas de informações por canais internos nas empresas por pessoas (geralmente empregados) que detém informações de atividades ilegais para setores responsáveis pela fiscalização e ações efetivas (geralmente os *Compliance Officers*). Para mais informações sobre este mecanismo utilizado pelos programas de *Compliance*, cf. MORENO, Beatriz García, “Whistleblowing y canales institucionales de denuncia”, in NIETO MARTÍN, Adán, org., *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 205–230.

dia a dia das operações de negócios e assegurar que as empresas cumpram com as regras pertinentes.

São especialistas em aplicar leis, assim como os profissionais dos tradicionais setores jurídicos, mas se concentram mais na implementação das regras relevantes no dia a dia da empresa, que vão além da lei, dando atenção à ética, políticas internas e responsabilidade social, assim como o interesse dos stakeholders, concentrando sua atuação em se certificar que as operações, empregados e mesmo diretoria estão em consonância com as regras. Como se trata de uma função nova, há ainda uma carência na definição de suas atividades e, desde a década de 1990, esforços são feitos na tentativa de melhor moldar a atuação e definir regras gerais de atividade⁸⁹.

Os conselhos de administração e CEOs têm tido um interesse mais ativo e diretamente envolvidos nas questões de *Compliance*, o que tem inclusive garantido o aumento de departamentos independentes, tanto em setores altamente regulamentados quanto os poucos regulamentados, liderados por um *Chief Compliance Officer* (CCO), cujo cargo pode chegar a ter mesmo o status de um diretor executivo⁹⁰.

Tendo em vista que atualmente, cada vez mais, a existência ou não de um efetivo programa de *Compliance* tem tido um papel importante na responsabilidade tanto da própria empresa quanto de seus dirigentes, e que quebras de *Compliance* podem resultar em severas consequências negativas na mídia e opinião pública, os conselhos de administração e diretoria têm procurado atribuir as matérias legais e de *Compliance* a experts da área, concentrando, assim, suas ações nas decisões estratégicas, planejamento, marketing, vendas e assuntos financeiros, envolvendo-se reativamente em casos de crise⁹¹.

Os dirigentes empresariais devem lidar com o risco de maneira apropriada analisando o nível aceitável dos custos totais envolvidos na *Compliance*, ou seja, integrando a análise de custos de alocação de gastos para gerenciamento e mitigação de riscos, os custos operacionais do departamento de conformidade, e também os custos de consequências

⁸⁹ KURER, *Legal and compliance risk: A strategic response to a rising threat for global business*, p. 141–142, 170, 186.

⁹⁰ Em pesquisa, 70% das empresas reportaram ter um CCO ou CECO cuja única responsabilidade é o monitoramento e supervisão de *Compliance* ou *Compliance* e ética. PRICEWATERHOUSECOOPERS, “State of compliance study 2016”.

⁹¹ KURER, *Legal and compliance risk: A strategic response to a rising threat for global business*, p. 55; 140-141.

derivados de perdas em contencioso, litígio, acordos, multas e demais perdas financeiras e de reputação⁹².

A identificação dos riscos inerentes da empresa deve ser de conhecimento de todos que ali trabalham. Igualmente, ou mesmo ainda mais importante é que, em caso de materialização de um risco, as informações relacionadas a um litígio, quebra de *Compliance* ou uma intervenção regulatória cheguem rapidamente a todos para que toda a corporação possa reagir de maneira harmônica e instantânea para minimizar eventuais consequências negativas.

Dessa forma, há um consenso cada vez maior pela necessidade de uma organização de um programa de *Compliance* separada e distinta em um departamento que coordene todas suas atividades, que inclusive pode se estender para outros departamentos da empresa⁹³. Tal departamento é derivado da delegação de um dever de vigilância dos dirigentes empresariais. Para pequenas e mesmo médias empresas, pode se tratar de um órgão unipessoal, concentrado na pessoa de um administrador, ou de um representante do conselho de administração. Para grandes empresas, um departamento colegiado, com vários membros com o conhecimento da organização da empresa e de suas normativas, liderados, geralmente, pelo CCO⁹⁴.

O encarregado na empresa pelo setor de *Compliance* deve preencher alguns requisitos, importantes para o exercício de sua função e mesmo para se verificar sua posição perante a ordem jurídica. Primeiramente, deve tratar-se de uma pessoa com capacidade, ou seja, que tenha conhecimentos suficientes para realizar sua função, contando com poderes outorgados pela pessoa ou órgão superior da pessoa jurídica. Deve, ainda, ser uma pessoa com independência e meios adequados e suficientes para controlar e prevenir eventuais riscos penais, e com controle e autonomia para realizar seu dever de controle. Por fim, deve haver uma especial referência aos poderes outorgados ou pela lei. Portanto, é necessário um registro formal e que contenha expressamente as funções de supervisão e controle, as características da autonomia na capacidade de tomar decisões, suas funções executivas e sua

⁹² *Ibidem.*, p. 56.

⁹³ *Ibidem.*, p. 142–143.

⁹⁴ CADENA, Antonio Pascual, *El plan de prevención de riesgos penales y responsabilidad corporativa*, Barcelona, Editorial Bosch, S.A., 2016, p. 79–80.

função de dever de informação⁹⁵. Mais adiante serão novamente retomadas a análise de alguns destes requisitos.

Governança, processos e tecnologia não são mais suficientes para garantir um alto nível de *Compliance* e baixo nível de risco legal nas empresas diante da crescente preocupação com os comportamentos individuais dos empregados, que hoje bastam para denegrir a empresa. Enquanto antes da grande crise financeira a ideia de boa governança, programas efetivos de *Compliance* e progresso tecnologia dominaram a discussão e bastavam para se creditar a conformidade de uma empresa, agora, com a crescente preocupação com comportamentos individuais, os jargões do momento são “*tone at the top*”⁹⁶, “cultura de *Compliance*”, “ética corporativa”, “valores da empresa” e “fazer a coisa certa”⁹⁷.

Verifica-se, portanto, a importância de um encarregado independente pelo programa de *Compliance* da empresa e do suporte dos dirigentes empresariais, em especial do próprio CEO e do conselho de administração, que devem unir esforços no sentido de manter a integridade do dia a dia da empresa, em todos os níveis hierárquicos. É importante, desta forma, um alto grau de independência funcional do setor, que deve se reportar diretamente à presidência ou conselho de administração da empresa⁹⁸. Este ponto, inclusive, será oportunamente abordado com maior profundidade.

⁹⁵ *Ibidem.*, p. 80–82.

⁹⁶ A expressão *tone at the top* descreve a necessidade de o topo da empresa e do conselho estabelecer uma cultura ética a partir de cima e que guie todo o resto da empresa. Trata-se de uma das mais difíceis missões da liderança de uma empresa: fazer uma mensagem chegar à toda a empresa, ouvida e compreendida. Se a liderança de uma companhia for falha em sua integridade, provavelmente toda a organização é corrupta. KURER, *Legal and compliance risk: A strategic response to a rising threat for global business*, p. 231.

Sobre isso, ainda, diz Adán Nieto: “*Los directivos, y no sólo ya los administradores, deben participar en la formación, comunicar directamente las novedades o modificaciones, enviando mensajes claros acerca de la importancia del cumplimiento. En este punto lo decisivo no es tanto conocer qué piensan los directivos, sino cómo es percibida por los empleados su actitud hacia la legalidad*”. NIETO MARTÍN, “Fundamentos y estructura de los programas de cumplimiento normativo.”, p. 133.

Na já citada pesquisa da PwC, apenas 2% dos entrevistados relataram que a liderança da empresa não demonstra um visível comprometimento com *Compliance* e ética. 82% relataram que a direção da empresa comunica formalmente aos empregados sobre a importância do *Compliance* e cultura ética, além de outros tópicos relacionados. PricewaterhouseCoopers, “*State of Compliance study 2016*”, citado.

⁹⁷ KURER, *Legal and compliance risk: A strategic response to a rising threat for global business*, p. 226.

⁹⁸ Na pesquisa da PwC, em 39% das empresas o CCO ou CECO reportam diretamente ao CEO ou ao conselho de administração/comitê de auditoria. 36% reportam ao departamento jurídico. PricewaterhouseCoopers, “*State of Compliance study 2016*”, citado.

2.6. A exaltação da posição de garante do *Compliance officer*

Uma falha de *Compliance* na empresa pode significar uma falha pessoal e profissional para um *Compliance Officer*⁹⁹, e os sujeitos que ostentam este cargo no mundo todo estão cada vez mais preocupados sobre sua exposição a uma responsabilidade pessoal. Essa responsabilidade inicialmente vem de uma ideia de que os profissionais de *Compliance* têm um conhecimento maior sobre os regulamentos e sua aplicação nos negócios da empresa, reconhecendo as violações mais rapidamente e sabendo como agir apropriadamente. Igualmente, estes profissionais têm uma relação periódica com as agências reguladoras e uma eventual falha na comunicação sobre problemas pode sugerir uma retenção de informações¹⁰⁰.

É preciso ter-se em conta que essa discussão acerca de uma responsabilidade penal pessoal do *Compliance Officer* decorre de outra mais abrangente que é a da responsabilidade penal dos dirigentes empresariais, uma vez que o tratamento jurídico-penal dado aos profissionais de *Compliance* está inserido no contexto da responsabilidade penal dos sócios e administradores de uma empresa.

A criminalidade empresarial já suscitou e ainda suscita grandes discussões jurídico-penais. Com esse tema incipiente de *Compliance Criminal* inserido no contexto dos crimes corporativos, ainda mais embates dogmáticos são erigidos no mundo jurídico.

Dentre as inúmeras questões que se impõem neste contexto, está a questão da responsabilidade criminal dos dirigentes empresariais. A ideia até então prevalecente no Direito Penal é a de que o principal responsável pelo delito é o executor material direto do fato, ideia esta que encontra respaldo na delinquência tradicional¹⁰¹ (vulgarmente conhecida como criminalidade de rua), fundamentada na proteção de bens-jurídicos eminentemente individuais garantidos por comandos normativos expressos em classes típico-legais de

⁹⁹ JAEGER, Jaelyn, “The Real State of CCO Legal Liability”, *Compliance Week*, vol. 12, no. 138, 2015, p. 4. Em pesquisa da Thomson Reuters, em 2016, 60% dos profissionais de *Compliance* disseram esperar um aumento em sua responsabilidade pessoal nos 12 meses seguintes.

¹⁰⁰ TABUENA, Jose, “Escalation Processes to Avoid CCO Liability”, *Compliance Week*, vol. 12, no. 138, 2015, p. 12.

¹⁰¹ MUÑOZ CONDE, Francisco José, “La superación del concepto objetivo-formal de autoría y la estructura de las organizaciones empresariales”, *Lusíada*, vol. 3, , 2005, p. 57.

condutas ativas dolosas que deram respaldo à construção da Teoria Geral do Delito Iluminista¹⁰².

Para a criminalidade hodierna centrada no âmbito empresarial esse paradigma se desconstrói. Neste meio, as tomadas de decisões são dissipadas em funções horizontais e verticais dentro de uma complexa estrutura organizacional, impossibilitando, assim, a aplicação da teoria objetiva-formal de autoria¹⁰³.

Em uma organização, uma eventual conduta delitiva não é clara em sua matriz dogmática, sendo essa eclipsada pelo complexo funcionamento hierarquizado e descentralizado. Como bem elucidado por Adán Nieto¹⁰⁴, há uma grande dificuldade em se saber quem é o superior responsável, por quê e com que limites este deve responder pelo delito.

Conforme o autor, o poder e as informações necessárias para exercê-lo é partilhado por um grande número de pessoas, sendo que esta partilha pode se dar de maneira horizontal, em que há uma divisão de funções para cada dirigente com uma determinada parcela de responsabilidades (v.g, contabilidade, vendas, produção, etc) e pode se dar verticalmente, quando um superior delega e reparte sua competência entre diversos subdelegados, que por sua vez podem também fazê-lo em sucessivas cadeias de delegação¹⁰⁵.

Aqui começa a se corporificar a problemática em tela. Dentro deste quadro obscuro de tarefas, a dogmática penal passa a encontrar dificuldades para a imputação da responsabilidade penal aos dirigentes empresariais, tendo-se em conta que são estes que decidem, organizam e controlam a realização de eventuais atos delitivos dentro da empresa, ainda que não sejam responsáveis pela sua execução direta¹⁰⁶.

A necessidade de se responsabilizar os dirigentes empresariais, portanto, é patente, sendo que a doutrina tem procurado encontrar uma solução intermediária entre uma

¹⁰² Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Buenos Aires, B de F, 2014, p. 7. Para o autor, “*el paradigma de la teoría clásica del delito ha sido el delito doloso de acción. Es decir, el comportamiento individual de una persona (o, como máximo, de una limitada pluralidad coyuntural de personas) que con dolo directo de primer grado (intención) ejecuta de modo directo (mediante causación físico-natural inmediata) e incluso de propia mano un delito de resultado*”.

¹⁰³ MUÑOZ CONDE, “La superación del concepto objetivo-formal de autoria y la estructura de las organizaciones empresariales”, p. 58.

¹⁰⁴ NIETO MARTÍN, Adán, “Autoría y participación en el derecho penal económico”, *Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales*, 2002, p. 13.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ MUÑOZ CONDE, “La superación del concepto objetivo-formal de autoria y la estructura de las organizaciones empresariales”, p. 59.

imputação ilimitada de todas as ações da empresa aos seus dirigentes e a negação de qualquer possibilidade de responsabilidade individual¹⁰⁷. Na Alemanha, este tem se traduzido como um dos principais pontos de debate, sob a terminologia “*Geschäftsherrenhaftung*”¹⁰⁸.

A empresa só pode agir de determinada maneira por meio de seus sócios e administradores¹⁰⁹. Estes são os que possuem a capacidade de lesionar ou pôr em perigo bens jurídicos penalmente tutelados, instrumentalizado pela empresa em que atuam. Uma empresa é uma criação legal que opera como uma entidade fictícia, mas que é composta e gerida por pessoas que atuam como agentes da corporação¹¹⁰.

Daí a necessidade da responsabilidade individual neste contexto, a despeito de qualquer discussão acerca da responsabilidade penal da pessoa coletiva, que aqui não cabe abordar¹¹¹.

A pertinência de se discutir a responsabilidade do encarregado pelo setor de *Compliance* ganha relevo pelo fato de que este recebe uma função de monitoramento de atividades ilícitas internas justamente dos sócios e/ou administradores da empresa. Estes delegam determinadas funções àquele.

Há um substrato lógico-formal decorrente dessa delegação funcional e um substrato material do envolvimento do sujeito com uma tarefa ligada ao controle de atividades que podem ser contrárias à ordem jurídica que justificam um questionamento acerca da posição jurídica assumida por este delegado.

¹⁰⁷ Neste sentido se manifestam BACIGALUPO, Enrique, *Compliance y derecho penal*, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, p. 40. SCHÜNEMANN, Bernd, “Responsabilidad penal en el marco de la empresa: dificultades relativas a la individualización de la imputación”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, no. 1, 2002, p. 13.

¹⁰⁸ ROXIN, Imme, “Responsabilidade do administrador de empresa por omissão imprópria”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 112, , 2015, p. 62.

¹⁰⁹ SERRA, Teresa, “Contra-ordenações: responsabilidade de entidades colectivas: a propósito dos critérios de imputação previstos no regime geral do ilícito de mera ordenação social e em diversos regimes especiais: problemas de (in)constitucionalidade”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, vol. 1, no. 9, 1999, p. 209.

¹¹⁰ TODARELLO, Vincent, “Corporations Don’t Kill People - People Do: Exploring the Goals of the United Kingdom’s Corporate Homicide Bill”, *New York Law School Law Review*, vol. 46, , 2003, p. 851–865.

¹¹¹ Neste sentido, ainda, interessante colocação de Braithwaite e Fisse: “*Individual criminal liability, it is claimed, can do the job of corporate criminal liability; if corporate criminal liability is abolished, prosecutors will be forced to proceed against individual officers and employees. Moreover, if corporate liability for crime were abolished, and if guilty corporate personnel were held criminally liable, there would be no need to worry about the problem of non-assurance of internal accountability which now arises where corporations are subjected to monetary sanctions*”. BRAITHWAITE, John e FISSE, Brent, *Corporations, Crime and Accountability*, New York, Cambridge University Press, 1993, p. 17.

O caso alemão citado no tópico anterior acirrou o debate sobre esta questão a nível internacional no meio jurídico e o caso mensalão acendeu a discussão também no Brasil. Nos últimos anos, novos casos de responsabilidade pessoal de funcionários dos setores de *Compliance* surgiram, seja responsabilidade civil, administrativa ou mesmo penal, em especial no âmbito dos países da *common law*¹¹², conforme exemplificado anteriormente. Ainda que incipiente, trata-se de uma tendência suficiente para se impor uma discussão dogmática, em especial, no presente caso, no âmbito penal.

Para essa tarefa de se analisar dogmaticamente a posição jurídico-penal de um *Compliance Officer*, é necessário primeiramente se estabelecer que um eventual comportamento delitivo do agente se manifesta mediante uma ação proibida ou mediante uma omissão, infringindo um dever especial de agir. No primeiro caso, procura-se se estabelecer uma imputação de autoria mediata levando-se em consideração a estrutura hierarquizada das pessoas coletivas. No segundo caso, ou seja, tratando-se de uma omissão, se há uma infração de um dever de garante que contribui para a consumação de um delito por algum funcionário da empresa¹¹³.

Este trabalho centraliza sua problemática nesta segunda categoria, ou seja, se o *Compliance Officer* ostenta uma posição de garante perante a ordem jurídico-penal, deixando-se de lado, desta forma, a questão da responsabilidade penal baseada em um comportamento ativo, diante da relevância de sua discussão na doutrina do Direito Penal econômico e empresarial da atualidade.

¹¹² Inclusive, acerca deste tema e mostrando sua relevância atual, qual seja, a responsabilidade penal de um *Compliance Officer*, em especial quando se tratar de uma omissão, a *Fiscalía General del Estado* da Espanha emitiu a circular 1/2016 em que diz: “*Es preciso realizar, por último, una referencia a la posición del oficial de cumplimiento en relación con su responsabilidad penal y la de la persona jurídica. Por un lado, el oficial de cumplimiento puede con su actuación delictiva transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica a través de la letra a) puesto que, como se ha dicho, está incluido entre las personas que ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. Por otro lado, puede ser una de las personas de la letra a) que al omitir gravemente el control del subordinado permite la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica. En este supuesto, la omisión puede llevarle a ser él mismo penalmente responsable del delito cometido por el subordinado. Finalmente, si el oficial de cumplimiento omite sus obligaciones de control, la persona jurídica en ningún caso quedará exenta de responsabilidad penal (condición 4ª del art. 31 bis 2).* De conformidad con este planteamiento, la exposición personal al riesgo penal del oficial de cumplimiento no es superior a la de otros directivos de la persona jurídica. Comparativamente, su mayor riesgo penal sólo puede tener su origen en que, por su posición y funciones, puede acceder más frecuentemente al conocimiento de la comisión de hechos delictivos, especialmente dada su responsabilidad en relación con la gestión del canal de denuncias y siempre que la denuncia se refiera a hechos que se están cometiendo y que, por tanto, el oficial de cumplimiento pueda impedir con su actuación”. Disponível em: <

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/CIRCULAR%201-2016%20-%20PERSONAS%20JUR%C3%8DDICAS.pdf?idFile=cc42d8fd-09e1-4f5b-b38a-447f4f63a041>.

¹¹³ BACIGALUPO, *Compliance y derecho penal*, p. 41.

3. A OMISSÃO IMPRÓPRIA E A POSIÇÃO DE GARANTE NA DOUTRINA JURÍDICO-PENAL

Para uma análise apropriada do que se pretende neste trabalho, faz-se imprescindível um estudo sistemático da posição de garante fundamentada no contexto dos crimes omissivos impróprios. Este estudo se prende às amarras da realidade limitadora do presente feito, impossibilitado de se estender à total complexidade do tema.

Como bem observado por Hassemer, “na dogmática penal alemã, e também na dogmática penal internacional, quase não há instituto tão controvertido quanto a análise teórica e o manejo prático da omissão”¹¹⁴. Uma abordagem completa deste tema, portanto, mostra-se descabida, porquanto não se trata do objeto principal e integral, *per se*, desta dissertação, mas sim o fragmento que comporta a problemática pela qual se busca compreender.

3.1. Conceitos iniciais dos crimes omissivos

A realização típica que revela ontologicamente uma prática delitiva se consubstancia ou pela prática de uma ação proibida ou pela omissão de um comportamento mandado. Assim, conforme dita Kindhäuser, não apenas pode ser responsável aquele que intervém ativamente, mas também aquele que não impede a realização do tipo¹¹⁵.

O douto penalista leciona que, conquanto todo cidadão seja titular de um próprio âmbito de liberdade, nada pode legitimamente intervir na liberdade do outro por meio de lesões ou exposição em perigo de seus bens jurídicos, de maneira que todo menoscabo ativo de um bem jurídico encontra-se proibido. Igualmente, ao sujeito cabe o controle dos perigos originados de seu próprio âmbito de liberdade para que não seja afetado o âmbito de liberdade alheio. Aquele que não o fizer, responde pelos danos que poderia ter impedido pela redução de perigo. Junto a isso, o Direito Penal também destina suas normas a quem, em

¹¹⁴ Winfried Hassemer, “Prefácio”, in: Juarez Tavares, *Teoria dos crimes omissivos*, São Paulo, Marcial Pons, 2012.

¹¹⁵ KINDHÄUSER, Urs, “La lógica de la construcción del delito”, *Revista de Análisis Especializado de jurisprudencia*, vol. 14, , 2009, p. 508.

virtude de deveres específicos, compete que determinados âmbitos de liberdade alheios não se vejam expostos a ameaças¹¹⁶, e isso será tratado a seguir.

Essas características do Direito Penal estão fundamentadas dentro de uma construção analítica do delito, que tem suas raízes em uma escola hegeliana do direito. Para Hegel, a evolução humana no mundo se opera em três etapas: a do espírito subjetivo, onde o sujeito toma consciência de sua própria existência; a etapa do espírito objetivo, na qual o sujeito toma consciência dos sujeitos que lhe circundam após tomar consciência de si mesmo; e, por fim, a etapa do espírito universal (ou absoluto), onde o sujeito trava contato com coisas mais elevadas¹¹⁷.

O Direito Penal intervém na etapa do espírito objetivo, posto que rege relações interpessoais, exigindo-se, portanto, no mínimo dois sujeitos. Nada pode atuar com relevância jurídica se não houver liberdade pelo sujeito, ou seja, se este não for imputável. Assim, não existe vontade e, logo, conduta, sem liberdade, de tal forma que a liberdade constitui a substância e determinação da vontade do sujeito¹¹⁸.

Ainda que hoje muitas dessas concepções estejam superadas, é com essa ideia que se começa a trabalhar melhor a construção analítica de crime, no século XIX, com Feuerbach, Ihering, Von Liszt, solidificando-se as bases do Direito Penal. Mas foi no século seguinte que Beling introduziu o conceito de tipo penal (*tatbestand*) na construção da teoria do delito, separando, então, o ilícito penal do ilícito civil por meio de um mecanismo selecionador de condutas que interessam ao Direito Penal, que foi se desenvolvendo na doutrina ao longo do tempo juntamente com a análise do crime.

Para a construção de um tipo penal que individualiza as condutas que interessam ao Direito Penal, o legislador, após escolher o bem jurídico a ser tutelado, estabelece um comando de abstenção que se realiza por meio de uma norma proibitiva, ou estabelece um comando de ação que se realiza por uma norma mandamental. Após, procede-se com a inversão normativa que engendra o tipo penal¹¹⁹.

¹¹⁶ *Ibidem.*, p. 508–509.

¹¹⁷ HEGEL, G. W. F., *Principios de la filosofía del derecho o derecho natural y ciencia política*, Barcelona, Edhasa, 1999..

¹¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal: Parte general - Tomo III*, Buenos Aires, Ediar, 1981, p. 21.

¹¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique, *Manual de direito penal brasileiro*, 9ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 397–398.

O Direito Penal possui quatro classes típicas possíveis que compõem o elemento básico da conduta¹²⁰: ativas, omissivas, dolosas e negligentes, sendo que as duas primeiras podem se combinar com as duas últimas. Conforme explica Zaffaroni¹²¹, “*de estas cuatro diferentes estructuras de los tipos penales se desprenden modalidades en la afirmación de la tipicidad. Como la tipicidad es el presupuesto necesario de la antijuridicidad y de la culpabilidad, también en estos casos habrá caracteres peculiares en los niveles analíticos*”.

Assim sendo, tem-se que para a proteção de bens jurídicos o Direito Penal trabalha com duas técnicas distintas, sendo uma por meio de normas que proíbem condutas lesivas (ativas, dolosas ou negligentes), apresentando-se como regra nos ordenamentos jurídicos, e uma por meio de normas que ordenam condutas protetivas (omissivas, dolosas ou negligentes), essa como exceção na ordem jurídica.

A omissão no Direito Penal está muito atrelada à tipicidade, tendo em vista que vai além do simples não fazer¹²². A omissão é não fazer algo¹²³ e, portanto, requer uma referência normativa, ou como expõe Figueiredo Dias, tem uma natureza normativa, tipicamente condicionada¹²⁴. Não por outra razão, Zaffaroni esclarece que não há omissão a nível pré-típico¹²⁵.

¹²⁰ Existem, para a moderna dogmática jurídico-penal com nomes como Roxin e Jescheck, papéis que são atribuídos ao conceito de conduta humana dentro da estratificação analítica do crime: a conduta humana como elemento básico, com função de “*designar algo que se encuentre tanto en los hechos dolosos e imprudentes como en los delitos de omisión y que suponga el elemento común al que se puedan reconducir todas las manifestaciones especiales de conducta punible*”; como elemento de enlace, onde os três juízos de desvalor (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) se reportam à conduta humana, que atravessa toda a teoria do delito qual fosse sua espinha dorsal; como elemento limite (ou negativo), onde para além da conduta o Direito Penal não irá e, por fim, como elemento de garantia, calcada no princípio da culpabilidade, no qual o sujeito só pode ser punido pelo que fez. ROXIN, Claus, *Derecho Penal: Parte General - Tomo I - Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 1997, p. 233–235.

¹²¹ ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal: Parte general - Tomo III*, p. 84.

¹²² Cumpre consignar que, inicialmente na doutrina, a omissão foi caracterizada como um *aliud agere* (outro fazer), exposta primeiramente por Luden, ideia esta que restou logo superada, tomando-se como base que o simples outro fazer não é capaz de dar causa ao resultado. *Ibidem.*, p. 447–448.

¹²³ Franz von Liszt, em 1899, em seu Tratado, já concluiu que “Omissão é, em geral, o não empreendimento de uma acção determinada e esperada. Omittit é verbo transitivo: não significa deixar de fazer de um modo absoluto, mas deixar de fazer alguma coisa, e, na verdade, o que era esperado”. LISZT, Franz von, *Tratado de derecho penal alemán - Tomo I*, Rio de Janeiro, F. Briguiet & C., 1899, p. 208.

Assim que Schünemann arremata que “en lo único que existe acuerdo es en que omitir es un concepto transitivo y consiguientemente no significa un mero no hacer nada, sino ‘omitir algo’. Pero como este ‘algo’ no puede ser más que una acción, la controversia abierta en torno al concepto de acción continúa en el concepto de omisión”. SCHÜNEMANN, Bernd, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 39.

¹²⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito penal: parte geral. Tomo I. (questões fundamentais; a doutrina geral do crime)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 906.

¹²⁵ ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal: Parte general - Tomo III*, p. 90. Cumpre observar, entretanto, que Roxin afirma ser possível a construção de um conceito de omissão pré-típico como uma manifestação da

As normas que ordenam condutas protetivas podem se apresentar explicitamente nos tipos penais, chamados de delitos de omissão própria (*delicta omissiva*) ou implicitamente nos tipos penais de resultado que descrevem a conduta ativa, cumulada com a norma em que prevê a exceção da omissão como penalmente relevante, ou seja, uma cláusula de equivalência entre ação e omissão, chamados de delitos de omissão imprópria (*delicta commissiva per omissionem*).

Essa, inclusive, é uma das formas de se distinguir ambas as modalidades de omissão, ou seja, enquanto que na omissão própria (ou pura) há um tipo penal com a descrição fática que gera o dever jurídico de atuação, na omissão imprópria (ou impura) não há um tipo penal específico, mas cuja tipicidade se extrai da conjugação com a cláusula geral de equiparação da omissão à ação¹²⁶.

Outra forma de distinção muito difundida na doutrina é que na omissão pura o tipo objetivo se esgota na não realização da ação ordenada (tratando-se, portanto, de delitos de mera atividade), e na omissão impura o agente assume uma posição de garante da não produção de um resultado (e, portanto, tratam-se de crimes de resultado)¹²⁷.

Conforme bem elucidado por Figueiredo Dias, para corretamente se distinguir essas modalidades, o que importa considerar é a teleologia político-criminal e o interesse prático-normativo “que devam atribuir-se à distinção; e esses estão seguramente na determinação dos termos em que se constitui o dever de garantia e as posições de garante”¹²⁸.

Tem-se, portanto, que a posição de garante constitui-se no elemento central dos crimes omissivos impróprios sendo, logo, merecedora de estudos aprofundados, mormente por se tratar do objeto dogmático jurídico-penal em estudo da figura do oficial de cumprimento, ou seja, de sua posição perante a ordem jurídica em uma eventual responsabilidade penal por omissão. Todavia, sendo o dever de garante um elemento do tipo

personalidade. Não obstante, à omissão deve concorrer uma expectativa de ação, que pode fundamentar-se social ou individualmente e, nesta linha, a omissão só realiza um tipo se é contrária a uma expectativa de ação jurídico-penal. Tendo em vista essa realidade, e a considerar-se que há casos em que a omissão só se constitui através desta expectativa jurídica, não haveria de se falar, portanto, em uma existência pré-típica. ROXIN, Claus, *Derecho Penal: Parte General - Tomo II - Especiales formas de aparición del delito*, Buenos Aires, Civitas, 2014, p. 754–755.

¹²⁶ FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal: parte geral. Tomo I. (questões fundamentais; a doutrina geral do crime)*, p. 913–914.

¹²⁷ *Ibidem.*, p. 915.

¹²⁸ *Ibidem.*

objetivo de um crime omissivo impróprio¹²⁹, uma breve análise da estrutura típica desta forma delitiva torna-se imprescindível para que se possa, apropriadamente, verificar em um caso concreto se o próprio dever de garante se materializa em um eventual delito de comissão por omissão.

3.2. Os crimes omissivos impróprios: elementos da estrutura típica

Assim sendo, o primeiro elemento é a chamada “situação típica” consubstanciada na ausência da ação esperada. Referida situação típica é composta pelos “pressupostos fácticos que permitem determinar o conteúdo concreto do dever de actuar”¹³⁰, ou seja, trata-se de uma situação em que um bem jurídico encontra-se em perigo e que fundamenta o dever do sujeito de atuar. A situação típica está calcada na ideia já explanada de que o omitir é não fazer algo, exigindo-se, assim, uma ação esperada operacionalizada pelo tipo jurídico-penal (*tatbestand*) de ação, que se transmuta em uma comissão por omissão pela cláusula de equivalência¹³¹.

Essa ação esperada que fundamenta o dever de atuar do sujeito só se materializa se houver uma real possibilidade de agir, elemento essencial para que a omissão em causa seja típica. Como muito bem sintetiza Figueiredo Dias, é “necessária a possibilidade do omitente levar a cabo a acção esperada ou devida”. Arremata o autor que “trata-se aqui de não mais que uma consequência clara do princípio *ad impossibilia nemo tenetur* ou *nemo obligatur*”¹³². A realização do atuar mandado na situação fática deve ser pessoalmente possível, abarcando tanto a possibilidade objetiva no sentido de presença física¹³³, quanto a capacidade individual do agente de praticar a conduta mandada.

¹²⁹ LEITE, André Lamas, *As «posições de garantia» na omissão impura: Em especial, a questão da determinabilidade penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 81.

¹³⁰ FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal: parte geral. Tomo I. (questões fundamentais; a doutrina geral do crime)*, p. 927.

¹³¹ Desta forma, conforme André Leite, “o omitente deverá empreender todos os esforços necessários à salvaguarda da integridade do bem jurídico que, por via de um ‘plano’ do dever de garante, lhe é acometido, cabendo-lhe a escolha do *instrumentum* mais adequado a tal desiderato”. LEITE, *As «posições de garantia» na omissão impura: Em especial, a questão da determinabilidade penal*, p. 85.

¹³² FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal: parte geral. Tomo I. (questões fundamentais; a doutrina geral do crime)*, p. 928.

¹³³ A presença física como possibilidade objetiva do atuar vem de uma construção pautada na tradicional criminalidade “de rua”. Hoje, no contexto da criminalidade empresarial e ambiente altamente tecnológico, tal realidade merece uma relativização em consonância com as contingências fáticas do cotidiano.

Para que se possa subsumir tipicamente o não fazer que se era esperado, a análise da capacidade de agir do agente deve se dar em um estágio *ex ante facto*, isto é, que o omitente tinha, no preciso momento do dever atuar, as capacidades necessárias para levar a cabo os processos de salvaguarda do bem jurídico ameaçado. Dentre essas capacidades necessárias incluem-se os recursos essenciais para a ação de proteção, que deve ser averiguada sob critérios semelhantes ao do “dever objetivo de cuidado”. Nesta perspectiva, deve-se verificar se o agente empregou, de forma séria, os meios de que dispunha para se evitar a lesão, podendo-se dizer, logo, que o que é exigível do garante é uma obrigação de meio, e não uma obrigação de resultado¹³⁴.

Isso adquire uma especial relevância no contexto empresarial, quando se está diante de uma estrutura hierarquizada e de distribuição de funções. É imprescindível a verificação das funções atribuídas a cada gestor dentro do âmbito da empresa, que inclusive pode ser fragmentada em mais de uma pessoa e em níveis diferentes. No caso de um setor de *Compliance* essa questão é ainda mais sensível, pois converge ao ponto de que, muitas vezes, as pessoas responsáveis por este setor não detêm poderes executórios, o que torna ainda mais obscura a verificação de uma possibilidade fática de ação para se evitar a lesão ao bem jurídico. Isso será posteriormente melhor abordado, sendo, por ora, suficiente o panorama da questão.

Seguindo no plano da estrutura típica da omissão, outro elemento integrante - e que, inclusive, também é objeto de muitas discussões e divergências - é a causalidade entre a omissão (ou ausência da ação esperada) e o resultado delitivo. Figueiredo Dias¹³⁵ bem esclarece que, sob uma perspectiva ôntico-fenomenológica, não há de se falar em causalidade (notadamente sob uma óptica finalista), posto que neste caso tratar-se-ia de uma causalidade real, incompatível com os delitos de omissão, em especial diante de um, ao menos aparente, paradoxo de nada causar algo, considerando-se que *ex nihilo, nihil fit*¹³⁶. Em contrapartida, parece haver a compatibilidade de uma conceitualização normativa da causalidade - como conformidade à lei, implicando, assim, em uma força causal hipotética -

¹³⁴ Neste sentido é a lição de LEITE, *As «posições de garantia» na omissão impura: Em especial, a questão da determinabilidade penal*, p. 88-93.

¹³⁵ FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal: parte geral. Tomo I. (questões fundamentais; a doutrina geral do crime)*, p. 929. No mesmo sentido, JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, Granada, Comares, 2002, p. 666.

¹³⁶ LEITE, *As «posições de garantia» na omissão impura: Em especial, a questão da determinabilidade penal*, p. 95.

no sentido de que há uma relação de causalidade entre a omissão e o resultado se a ação esperada e não empreendida pudesse tê-lo evitado.

Parte da doutrina interpreta que a ação esperada deve ter o condão de evitar o resultado com uma “probabilidade que roça a certeza”¹³⁷. Logo, haveria imputação se se verificasse que no caso concreto a ação esperada, se tivesse sido levada a cabo pelo omitente, evitaria a lesão do bem jurídico (ou sua colocação em perigo) com uma probabilidade próxima da certeza.

Outra parte doutrinária, entretanto, considera desproporcional essa exigência de probabilidade próxima da certeza, entre eles Figueiredo Dias, que a considera prejudicial sob um ponto de vista político-criminal¹³⁸. Parece mais acertada, assim, a doutrina que considera a “conexão do risco” como forma de resolução do problema da imputação objetiva nos delitos omissivos, no sentido de que “a acção esperada ou devida deve ser uma tal que *teria diminuído o risco de verificação do resultado típico*”, aplicando-se, em caso de dúvida, *o in dubio pro reo*¹³⁹.

Por fim, como requisito intrínseco ao *tatbestand* dos crimes comissivos por omissão, extraído da lógica do especial dever de agir, está a figura de um autor que se encontra sempre em uma relação *sui generis* com o bem jurídico¹⁴⁰. Trata-se do elemento principal (e exclusivo) da estrutura do tipo dos delitos omissivos impróprios e principal ponto deste trabalho, posto que é sobre este elemento que se busca analisar a aplicabilidade na figura aqui estudada.

Dessa forma que, para que recaia a imputação objetiva do resultado em um crime omissivo impróprio, não basta a causação deste resultado¹⁴¹, mas exige-se que o agente se encontre em uma posição que emana um dever jurídico de garantir a evitação do resultado

¹³⁷ FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal: parte geral. Tomo I. (questões fundamentais; a doutrina geral do crime)*, p. 930. Neste sentido, expõem Jescheck e Weigend, que “*para adaptar lo mejor posible el criterio que aquí sirve de base al examen de la causalidad al empleado con el hacer positivo, la jurisprudencia exige que la acción representada debería haber evitado el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad*”, citando (nota 27) a doutrina concordante com este posicionamento. JESCHECK e WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, p. 667.

¹³⁸ FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal: parte geral. Tomo I. (questões fundamentais; a doutrina geral do crime)*, p. 930–931.

¹³⁹ *Ibidem.*, p. 930. Destaque no original. Com o mesmo entendimento, LEITE, *As «posições de garantia» na omissão impura: Em especial, a questão da determinabilidade penal*, p. 101.

¹⁴⁰ ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal: Parte general - Tomo III*, p. 459.

¹⁴¹ JESCHECK e WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, p. 668.

típico¹⁴². Referida posição jurídica, cujo dever correspondente constitui-se em evitar a lesão e, portanto, garantir a integridade do bem jurídico, é chamada posição de garante (*Garantenstellung*)¹⁴³.

Esta posição de garante ostentada por determinados sujeitos, a que corresponde um dever de evitar lesões a bens jurídicos surge com a necessidade de se equiparar o atuar e o omitir, levando-se em conta um desvalor de resultado jurídico-penalmente relevante. Trata-se, a fundo, de uma política-criminal com considerações teleológicas em que o Estado constrói o real do *omittere*¹⁴⁴ em sua ordem jurídica para a proteção de “bens jurídicos fundamentais à convivência comunitária e ao livre desenvolvimento da pessoa”¹⁴⁵.

É neste sentido que André Leite expõe que a categoria da ilicitude engloba tanto o *facere* apto a produzir uma lesão ou colocação em perigo de bens jurídicos, quanto a não contribuição (consistente no *non facere*) em se evitar, pelo sujeito, e diante de um dever que pessoalmente o obrigava, o resultado lesivo. Assim que a conseqüente violação deste dever constitui a própria ilicitude da comissão por omissão e que, desta forma, trata-se de um instrumento conceitual reverberado na realidade ético-social na regulação da coletividade¹⁴⁶.

Em que pese caiba ao Estado a proteção, vigilância e promoção dos bens jurídicos e não aos “indivíduos considerados *de per se*”, o *non facere* se sustenta na ideia de que existem esferas de domínio em uma comunidade onde não apenas se pode - como se deve - exigir dos indivíduos um atuar sob determinados requisitos¹⁴⁷. E é sobre estes requisitos que é necessário se construir apropriadamente a relação de garante¹⁴⁸, sob pena de se intervir injustificadamente na esfera de liberdade e autonomia do indivíduo¹⁴⁹. Por essa razão, diga-

¹⁴² FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal: parte geral. Tomo I. (questões fundamentais; a doutrina geral do crime)*, p. 933.

¹⁴³ Sobre a questão da denominação e diferenças entre “dever de garante” e “posição de garante”, Cf. LEITE, *As «posições de garantia» na omissão impura: Em especial, a questão da determinabilidade penal*, p. 107–108.

¹⁴⁴ COSTA, José de Faria, “Omissão (reflexões em Redor da Omissão Imprópria)”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1996, p. 392.

¹⁴⁵ LEITE, *As «posições de garantia» na omissão impura: Em especial, a questão da determinabilidade penal*, p. 111–112.

¹⁴⁶ *Ibidem.*, p. 114 e 118.

¹⁴⁷ *Ibidem.*, p. 112 e 117.

¹⁴⁸ COSTA, “Omissão (reflexões em Redor da Omissão Imprópria)”, p. 397. Para o professor catedrático de Coimbra, “a garantia pressupõe, no seu sentido mais profundo e remoto, uma relação de responsabilização primitiva e tem por fundamento as relações locutivas que se expressam relativamente ao cumprimento de uma certa expectativa juridicamente vinculante”, ou seja, “a relação de garante é, sem dúvida alguma, uma relação construída, uma «norma de norma»”.

¹⁴⁹ LEITE, *As «posições de garantia» na omissão impura: Em especial, a questão da determinabilidade penal*, p. 108.

se, Faria Costa enuncia de forma precisa ser necessário “encontrar a base relacional que possa sustentar, justamente, a relação de garantia aqui traduzível em um dever”¹⁵⁰.

Ainda que se extraia uma relevância jurídica de uma situação de perigo em que se sustente uma relação de garantia, deve-se procurar, mais além, identificar os motivos para que a ordem jurídica considere o agente responsável perante determinadas situações de resultado desvalioso e em outras não¹⁵¹.

3.3. A busca pelo fundamento da posição de garante na omissão imprópria

A dissensão sobre a construção de um fundamento de dever de garantia é axiomática na doutrina penal. Mas não poderia ser diferente. Enquanto elemento de uma categoria do Direito Penal, a posição de garante acaba por acompanhar naturalmente a realidade da sociedade dentro de um determinado contexto histórico e geográfico, o que confere especial complexidade na construção dos alicerces - ainda que num plano axiológico (mas longe de nesse plano findar) – que dão azo à uma equiparação teleológica de relevância penal entre a ação e a omissão calcada na relação de dever de um sujeito inserido na coletividade¹⁵².

A situação fática faz nascer o dever a um determinado sujeito sobre o qual recai uma expectativa social de que intervenha em determinadas circunstâncias. Essa expectativa pode variar de acordo com a realidade da sociedade, que determina o que é “comunitariamente suportável”. A violação do dever de garante entalha a ilicitude nos crimes omissivos impróprios, sendo, assim, seu instrumento “dotado de ressonância ético-social”¹⁵³.

Tendo em conta este quadro, começa a ser possível uma melhor compreensão dos motivos de se atribuir este dever especial de garante a um determinado indivíduo no seio de uma sociedade e a outros não¹⁵⁴. Juarez Tavares discorre que já Merkel apontava que em determinadas atividades cotidianas, o exercício de determinadas tarefas, ofícios e profissões

¹⁵⁰ J. de F. Costa, “Omissão (reflexões em Redor da Omissão Imprópria)”, *citado*, p. 397.

¹⁵¹ *Ibidem.*, p. 398.

¹⁵² Em sentido semelhante, *Ibidem.*, p. 399.

¹⁵³ FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal: parte geral. Tomo I. (questões fundamentais; a doutrina geral do crime)*, p. 923.

¹⁵⁴ COSTA, “Omissão (reflexões em Redor da Omissão Imprópria)”, p. 401.

só teriam uma aprovação, ou seriam toleradas socialmente, se seus exercentes cumprissem deveres de proteção. Expõe o penalista brasileiro que a posição de garante reflete um papel social, compreendido por Linton como um conjunto de expectativas normativas relativas ao portador de uma posição¹⁵⁵.

Assim que também se deve fazer uma análise de uma posição de garantia extraídas de papéis e expectativas sociais em uma conjuntura da modernidade globalizada e muito pautada na sociedade de risco, sobretudo a se considerar que neste ambiente se assenta cada vez mais uma política criminal expansiva, consolidada em um caráter preventivo de gestão de riscos, moldando um Direito Penal menos garantista, com flexibilização de regras tradicionais de imputação¹⁵⁶.

A sociedade pós-industrial carrega uma característica de enorme complexidade nas interações individuais, que passam a se estabelecer em divisões funcionais horizontais e verticais. Essas interrelações entre esferas de organizações individuais refletem uma fragmentariedade não apenas de funções, como também de eventuais práticas lesivas, e consequentemente, das respectivas responsabilidades dos indivíduos. A incolumidade dos bens jurídicos de um sujeito, inclusive, depende do controle de riscos por terceiros em uma cadeia de diferentes atribuições. No Direito Penal isso implica em uma inelutável tendência do alargamento dos delitos comissivos por omissão¹⁵⁷.

Em uma nova era do capitalismo de um sistema de livre mercado global, verifica-se uma elevada expansão de grandes poderios econômicos privados além das fronteiras nacionais, com baixa intervenção estatal, fomentando o desenvolvimento econômico mundial e consolidando gigantes corporações multinacionais, que chegam até mesmo a um patamar de sobreposição do poder econômico sobre o político.

Tamanho poder, juntamente com um ambiente de riscos, traz à realidade abusos capazes de gerar ônus imensuráveis para as nações e até mesmo para o globo. Diante disso, passa-se a buscar a responsabilidade dos dirigentes das empresas, que são vistos como sujeitos que ocupam posições que possuem o dever de evitar estes abusos que possam lesar bens jurídicos de terceiros pelas atividades e produtos de suas empresas. Em outras palavras,

¹⁵⁵ TAVARES, Juarez, *Teoria dos crimes omissivos*, São Paulo, Marcial Pons, 2012, p. 315.

¹⁵⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 5º edição, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 77.

¹⁵⁷ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 23.

a sociedade passa a projetar expectativas a essas pessoas poderosas erigindo uma premência de fundamentos normativos na ordem jurídica de deveres de garante¹⁵⁸.

Mas não é só. Conforme explanado no capítulo anterior, a modernidade passou a trabalhar com os chamados sistemas peritos, onde pessoas altamente especializadas empregam conhecimentos técnico-profissionais em produtos e serviços diariamente consumidos por toda a população, dispensando que cada cidadão conheça as especificidades de cada categoria de consumo, firmando uma relação de confiança entre homem e objeto, sob o qual converge os mais diversos conhecimentos técnicos empregados pelo *expert*.

Diante dessa relação de confiança e do ambiente de riscos da modernidade, o Direito Penal é chamado para o controle social da operação deste sistema, impondo maiores cuidados objetivos por estes profissionais, colocando-os na condição de garantes quanto a resultados lesivos de suas atividades operacionais¹⁵⁹. Novas necessidades de fundamentos de deveres de garante.

É assim que a instituição da comissão por omissão começa a justificar e fundamentar a responsabilidade de um órgão diretivo e superiores hierárquicos dentro da organização empresarial que não evitam a execução de um fato delitivo dentro de sua organização¹⁶⁰. Susana Aires de Sousa, com propriedade, deixa claro tratar-se este de um problema complexo, posto que conjuga a própria verificação da existência da posição de garantia pelos diretores, administradores e gerentes empresariais em virtude de suas funções, com a determinação dos fundamentos desta posição¹⁶¹.

Com este panorama, importante salientar que - conforme mais à frente será pormenorizado – desta lógica de responsabilidade penal por delitos comissivos por omissão dos dirigentes empresariais, decorre a novel discussão desta responsabilidade pelos *Compliance Officers*. Ainda que já seja possível vislumbrar na doutrina alguma

¹⁵⁸ Nesta toada, cf. as breves linhas de Silva Sánchez, *Ibidem.*, p. 84.

¹⁵⁹ GUARAGNI, “A Função do Direito Penal e os ‘Sistemas Peritos’”, p. 79–81.

¹⁶⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, p. 296.

¹⁶¹ SOUSA, Susana Aires de, “A responsabilidade criminal do dirigente: Algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial”, in ANDRADE, Manuel da Costa, ANTUNES, Maria João e SOUSA, Susana Aires de, orgs., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 98 V. 2*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 1030–1031. Completa a Autora: “O tema das omissões impuras e das fontes do dever de garante é um problema clássico da doutrina penal que convoca, por si só, complexas questões – as quais se alargam consideravelmente quando se transladam para o domínio da criminalidade de empresa. O grande desafio consiste pois em definir, perante a ausência de uma norma legal expressa, o fundamento jurídico do dever de garante das pessoas que dirigem a actividade empresarial e, encontrado esse fundamento, o alcance desse dever”.

consistência¹⁶² na construção desta dogmática da responsabilidade dos dirigentes, diante dos efusivos embates das consequências jurídicas dos setores de *Compliance*, ainda é necessária uma análise dogmática mais aprofundada neste âmbito. Ou seja, a complexidade ganha contornos ainda mais salientes.

É preciso, assim, analisar os fundamentos que a doutrina traz à baila no âmbito dogmático da posição e deveres de garante. Essa determinação é cogente para se respeitar os princípios basilares do Direito Penal como a legalidade e a proporcionalidade.

Infindáveis são as circunstâncias que podem originar um dever de garante pela não produção de um resultado lesivo, razão pela qual inexistente uma dogmática de um dever geral de garante¹⁶³. Por isso, é preciso esmiuçar a dogmática sob um enfoque. No caso, sob o enfoque empresarial. E mais: em consonância com o objeto do presente trabalho, agora é preciso fazê-lo sob o enfoque dos setores de *Compliance* e seus representantes.

A doutrina, nessa construção dos alicerces que justificam juridicamente um dever de garante, é dividida entre as teorias clássicas (ou formais) e as teorias modernas (ou materiais). Nelas, há um consenso: o dever de garante emana de um plano jurídico, tão somente, deixando-se de lado fundamentos morais, religiosos ou éticos. Para aquelas, o que determina tal dever é uma fonte formal que revela a posição de garante, independente do conteúdo. Para essas, o diferencial é identificar as características estruturais que em uma determinada situação se possa equiparar o desvalor da ação à omissão¹⁶⁴.

Ocorre que, conforme bem elucidada Susana Aires, ditas teorias formais se encontram ultrapassadas na doutrina jurídico-penal, mas as modernas teorias igualmente encontram dificuldades em afirmar, de maneira imediata e segura, o dever de garante no contexto empresarial¹⁶⁵.

Não por outra razão torna-se cogente uma análise sistematizada e estratificada - ainda que não pormenorizada - das teorias, para a posterior análise no contexto empresarial e, seguidamente, nos setores internos de *Compliance*.

¹⁶² *Ibidem.*, p. 1031.

¹⁶³ LEITE, As «posições de garantia» na omissão impura: Em especial, a questão da determinabilidade penal, p. 145–146.

¹⁶⁴ *Ibidem.*, p. 146.

¹⁶⁵ SOUSA, “A responsabilidade criminal do dirigente: Algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial”, p. 1031.

3.4. As tradicionais fontes formais do dever de garante

Ao abrigo de concepções precipuamente positivistas, os teóricos das fontes formais de deveres de garante procuravam estabelecer uma maior observância ao princípio da legalidade, em especial em sua função estrita (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*), visando evitar o aumento desenfreado de situações que constituísse o sujeito como garante de outrem. Desta forma, somente fontes formais pré-determinadas poderiam dar azo a deveres¹⁶⁶.

Foi Feuerbach um dos grandes precursores da equiparação entre ação e omissão e na constituição de uma teoria sobre a posição de garantidor¹⁶⁷, ainda sob uma perspectiva iluminista pautada na liberdade do sujeito¹⁶⁸.

Parte o penalista da ideia de que a sociedade civil como Estado se organiza mediante uma vontade comum, e visando a garantia de liberdade recíproca para a formação de uma condição jurídica consistente em uma existência conjunta de sujeitos conforme as leis do direito, de maneira que este Estado passa a ter o direito e dever de estabelecer instituições coercitivas (físicas e psicológicas, e de forma prévia ou posterior) que impeçam lesões jurídicas que contradizem seus objetivos¹⁶⁹.

Por isso, a pena passa a ser necessária para garantir a liberdade por meio da intimidação da lei, cominada previamente¹⁷⁰, que expressa deveres que tem geralmente como conteúdo uma omissão e, portanto, somente podem ser violados por meio de um atuar. O crime omissivo existe sempre que uma pessoa tem um direito a exteriorização efetiva da atividade por um indivíduo, tendo em vista que a omissão (não lesionar) é a obrigação originária do cidadão. Portanto, o crime omissivo pressupõe um especial fundamento jurídico (lei ou contrato) que dá base à obrigatoriedade da comissão¹⁷¹.

¹⁶⁶ LEITE, As «posições de garantia» na omissão impura: Em especial, a questão da determinabilidade penal, p. 148.

¹⁶⁷ JESCHECK e WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, p. 647.

¹⁶⁸ TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 314.

¹⁶⁹ FEUERBACH, Anselm v., *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007, p. 50–51.

¹⁷⁰ Aduz o autor, *in verbis*: “toda pena jurídica dentro del Estado es la consecuencia jurídica, fundada en la necesidad de preservar los derechos externos, de una lesión jurídica y de una ley que conmine un mal sensible”. *Ibidem.*, p. 54–55.

¹⁷¹ *Ibidem.*, p. 57.

Para Feuerbach, existem delitos ativos e omissivos, sendo que nos ativos o fundamento jurídico da pena se apoia na lesão de um dever imposto pelo Estado que tem como conteúdo um omitir; e nos omissivos, o fundamento jurídico deve ser visto na lesão de deveres derivados da lei ou do contrato que tem como conteúdo um atuar¹⁷².

Finalmente, Stübel adiciona o atuar prévio perigoso como fonte de dever de evitar o resultado¹⁷³. Para o autor, há deveres jurídicos originados de comportamentos precedentes que colocam alguém em um estado de perigo, servindo este entendimento como a base para o desenvolvimento da ingerência no campo da punibilidade da omissão¹⁷⁴. Assim, Feuerbach, Spangenberg e Stübel sistematizaram doutrinariamente os deveres de garante em critérios formais: lei, contrato, o atuar precedente e estreitas relações pessoais¹⁷⁵.

Brevíssimas considerações sobre referidas fontes são necessárias, ainda que já sob concepções desenvolvidas hodiernamente.

Lei, neste aspecto, deve ser considerada em sentido amplo, abrangendo não apenas as normas jurídico-penais, como também as de outros ramos, como por exemplo as de natureza civil, administrativa, tributária e mesmo leis que regulam exercícios profissionais. Este entendimento se extrai da realidade lógico-sistemática de um ordenamento jurídico. O direito é uno, sendo apropriada, portanto, uma hermenêutica sistemática dentro da ideia da indivisibilidade. Sem embargo, para isso, é necessário que se trate de leis derivadas de um processo legislativo emanado da vontade do legislador, respeitando-se, assim, os pressupostos de legalidade estrita¹⁷⁶.

No que diz respeito ao contrato, este vai além de seu sentido formal jurídico-civilista, sendo pressuposto, pois, uma especial aceitação em assumir a obrigação ou de

¹⁷² PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 22.

Sucessivamente à Feuerbach, Spangenberg e Henke reconheceram, também, a existência de estreitas relações pessoais como fonte de dever, posto que a lei constitui fundamento de dever demasiado limitado. Referidos autores consideraram, então, como deveres jurídicos derivados de estreitas relações, os preceitos legais que estabelecem entre determinadas pessoas vínculos estreitos pelos quais devem ter um maior afeto e estão obrigadas reciprocamente à proteção e ajuda. Tal critério foi considerado como fonte jurídica de posição de garante pelo Supremo Tribunal do Reich Alemão em decisão de 10 de outubro de 1935. Assim, H.-H. Jescheck, T. Weigend, *citado*, p. 647; PERDOMO TORRES, *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, p. 23–24.

¹⁷³ JESCHECK e WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, p. 647.

¹⁷⁴ PERDOMO TORRES, *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, p. 24.

¹⁷⁵ *Ibidem.*, p. 25.

¹⁷⁶ Assim, cf, LEITE, *As «posições de garantia» na omissão impura: Em especial, a questão da determinabilidade penal*, p. 152–153 ; TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 319–320.

evitar um resultado lesivo, ou colocação em perigo de bem jurídico ou, ainda, de transferência para terceiro um dever de garante pré-existente¹⁷⁷. Essa assunção implicará em uma posição de garante se houver um dever de cuidado, vigilância ou proteção derivado de uma relação de confiança entre omitente e lesado¹⁷⁸.

Por último, a valer considerações sobre fontes formais, no que se refere ao atuar precedente ou, ainda, a situação de ingerência, esta, ao contrário da lei e do contrato, surge do vetusto cânone jurídico-romano “*alterum non laedere*”, ou, “não prejudicar ninguém”. Logo, a ingerência se manifesta por uma conduta procedente do próprio omitente que cria ou aumenta um risco ao bem jurídico de terceiro, recaindo a ele, conseqüentemente, o dever de remover este risco¹⁷⁹.

A questão da ingerência se apresenta como um dos maiores problemas na construção da omissão imprópria ainda hoje, que ganha ainda mais divergências e complicações no Direito Penal econômico sob a égide de uma sociedade de risco, o que torna uma tarefa homérica seu destrinche para uma exposição apropriada dentro das diversas teorias de garantidor¹⁸⁰. O conceito, desde a idealização de Stübel, evoluiu a partir do pós-guerra como limitação da discussão para a criação de novas fontes de perigo¹⁸¹ e atualmente encontra muitas discussões, inclusive com parte da doutrina rechaçando o atuar precedente como fonte de posição de garante¹⁸².

A ingerência ganha maior relevo na conjuntura da responsabilidade penal pelo produto, em especial diante da controvertida sentença do BGH no caso *Lederspray*, que inclusive abarca bem a discussão sobre os deveres de garantia em ambientes empresariais¹⁸³.

¹⁷⁷ LEITE, As «posições de garantia» na omissão impura: Em especial, a questão da determinabilidade penal, p. 157.

¹⁷⁸ ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal: Parte general - Tomo III*, p. 468.

¹⁷⁹ LEITE, As «posições de garantia» na omissão impura: Em especial, a questão da determinabilidade penal, p. 161–162.

¹⁸⁰ E assim muito bem se manifesta Demetrio Crespo, ao dizer que “*ya sólo el alcance de la posibilidad de construir una posición de garante sobre la base de la injerencia presenta multitud de problemas, como se ha puesto especialmente de relieve en los casos de responsabilidad penal por el producto*”. DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados.”, *Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico*, 2010, p. 18.

¹⁸¹ ROXIN, *Derecho Penal: Parte General - Tomo II - Especiales formas de aparición del delito*, p. 900.

¹⁸² *Ibidem.*, p. 901. Doutrina esta denominada de teoria da anti-ingerência, cujo líder e porta-voz é Bernd Schünemann.

¹⁸³ Sobre este problema, recomenda-se SOUSA, Susana Aires de, *A responsabilidade criminal pelo produto e o topos causal em direito penal: contributo para uma protecção penal de interesses do consumidor*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

A doutrina majoritária aceita que a posição de garante possa resultar de um comportamento anterior contrário ao dever que coloca em perigo um bem jurídico, sendo necessário um injusto comportamento e não apenas uma desaprovação jurídica do resultado de colocação em perigo. A posição de garante por ingerência, logo, não pode derivar em nenhum caso de mera causalidade, mas sim em todo caso da imputação objetiva do atuar prévio. O autor deve criar um risco não permitido¹⁸⁴.

Juarez Tavares¹⁸⁵ situa a ingerência no âmbito das fontes produtoras de perigo, sendo que, assim, a verdadeira ingerência pertence às fontes dinâmicas (e não estáticas, portanto), já que tem por base um comportamento positivo anterior e não um simples estado de coisas, pelo qual o sujeito se faz responsável. No comportamento comissivo pode haver uma ingerência por transformação dinâmica ou uma omissão por comissão, caso da *omissio libera in causa*¹⁸⁶.

Como dito, o sujeito deve criar um risco não permitido para a concretização de um dever de garante por ingerência. Roxin, embora opine ser em princípio possível uma posição de garante derivada de um atuar precedente, compatível com o critério do domínio de controle, esclarece que a ação prévia deve ser objetivamente imputável ao causador e que não há dita posição se a ação prévia se mantém dentro do risco permitido¹⁸⁷.

¹⁸⁴ DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas”, *Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico*, 2010, p. 4.

¹⁸⁵ TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 332.

¹⁸⁶ Para esclarecimento, Claus Roxin ensina que “*como omissio libera in causa se califica al supuesto en el que un garante obligado a evitar un resultado excluye, a través de un comportamiento activo, su capacidad de acción. El guardagujas se coloca, por ejemplo, en una embriaguez letárgica, para hacerse imposible un posterior cambio de agujas, y en el posterior choque de trenes producido por ello mueren muchas personas. Según la opinión mayoritaria existe un delito de homicidio por omisión, aunque la imputación jurídico penal analizada ontológicamente no se enlaza a una omisión, sino a una acción (el emborracharse). En el desarrollo de los acontecimientos no existe en absoluto una omisión, ya que el emborracharse es un comportamiento activo y la posterior ausencia u olvido de cambio de agujas tampoco es una omisión, porque en ese momento al autor le falta la capacidad de acción, que es un presupuesto de la omisión (cfr. nm. 8 ss). Así que nos queda una omisión por hacer*”. ROXIN, *Derecho Penal: Parte General - Tomo II - Especiales formas de aparición del delito*, p. 790.

¹⁸⁷ *Ibidem.*, p. 903 e ss. Conforme exposto, a ingerência abarca uma elevada gama de discussões. Roxin, apenas nesse aspecto das restrições da posição de garantia por ingerência, lista várias situações restritivas, que aqui não são pertinentes abordar. Dentro deste teor doutrinário, a imputação objetiva se mostra como basilar à ingerência, e seu afastamento pelo atuar dentro de um âmbito de risco permitido acaba por ser atinente ao cenário empresarial.

Inserido neste quadro, relevante abordar uma discussão sobre uma posição de garante do empresário por um comportamento prévio – permitido – que aumenta ou qualifica o risco. Roxin, utilizando a fundamentação de Freund, explica que quem pratica atividades qualificadamente arriscadas que são exercidas com alguma reserva expressa ou tácita de em caso de necessidade atuar para evitar um perigo, deve fazê-lo, se se quer praticar esta atividade, em virtude de uma responsabilidade especial. É um ônus correspondente ao bônus da atividade, em

Fontes formais de deveres de garante mostraram-se insuficientes na evolução da dogmática penal, porquanto carecem de fundamentação de conteúdo do dever, ou seja, desconhecem a verdadeira constituição do injusto da omissão e provocam uma valoração errada no momento de determinar o merecimento de pena. Se por um lado ditas fontes consubstanciam-se em soluções demasiadamente estreitas e rigorosas no dever de zelar pela proteção de bens jurídicos alheios, outras mostram-se demasiado amplas, como é o caso das situações de ingerência, capaz mesmo de exceder os limites da responsabilidade¹⁸⁸.

A teoria formal é expressão da ideia naturalista positivista que norteou a dogmática penal até o início do século XX, o que motivou o catálogo estrito e rigoroso para que se cumprisse com “mandamentos de certeza e segurança do direito, de garantia dos cidadãos e de paz jurídica comunitária ínsitos no ‘*nullum crimen sine lege*’”¹⁸⁹.

3.5. As fontes materiais dos deveres de garante

Posteriormente, sob a égide do neokantismo, as fontes formais se mostraram insuficientes, carecendo os deveres de garante de um fundamento material de ilicitude. Diante desta perspectiva, Armin Kaufmann desenvolveu a “teoria das funções” que determina os deveres de garante de acordo com pontos de vista materiais¹⁹⁰.

especial no caso de fabricante de produtos. Roxin expõe que essa solução suscita objeções, posto que infringe a ideia básica da ingerência, segundo a qual a ação prévia, na medida em que se trata da imputação típica, tem que haver criado uma fonte de perigo de maneira que *ex ante* suponha uma infração de dever. Além disso, a distinção entre risco permitido “normal” e “incrementado” mostra-se inútil em razão de sua indeterminação. “Cada aumento del riesgo se mueve en una escala continua sin que haya una cesura, en la que se pudiera fijar un incremento relevante en las consecuencias jurídicas” aduz o Autor. Ou seja, mostra-se difícil se definir um risco incrementado quando se observa todos os padrões de segurança. Poucas vezes se conhecem os efeitos lesivos de produtos fabricados dentro das normas jurídicas e técnicas. Ademais, um mero critério quantitativo no elevado número de afetados também não serve, uma vez que se se quer adotar uma posição de garante do produtor, esta deveria emergir assim que aparecessem os primeiros danos, ainda que com um número pequeno de afetados. Soma-se à realidade dessa fundamentação a impossibilidade de se atribuir uma posição e garante a quem tenha ingressado posteriormente ao comportamento prévio na empresa. *Ibidem.*, p. 922–923.

¹⁸⁸ Neste sentido, JESCHECK e WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, p. 669 ; FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal: parte geral. Tomo I. (questões fundamentais; a doutrina geral do crime)*, p. 934–936 ; LEITE, *As «posições de garantia» na omissão impura: Em especial, a questão da determinabilidade penal*, p. 165–168 ; PERDOMO TORRES, *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, p. 26–27.

¹⁸⁹ FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal: parte geral. Tomo I. (questões fundamentais; a doutrina geral do crime)*, p. 935.

¹⁹⁰ JESCHECK e WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, p. 669.

Para Kaufmann, os delitos de comissão por omissão representam uma forma autônoma de delito que deve ser entendida como infração ou violação de um mandato. Para que se configure esta modalidade delitiva, é necessário um mandamento de se evitar o resultado de lesão - ou colocação em perigo de bens jurídicos -, além de uma relação especial e estreita entre o sujeito obrigado e o bem jurídico. Esse sujeito deve ocupar, assim, uma posição que, por conteúdo de injusto e de culpabilidade, justifica a equiparação do omitir com o agir¹⁹¹.

Assim, Kaufmann evidencia que, sendo o impedimento de lesão de bens jurídicos o objeto dos mandatos da omissão imprópria, a posição de garante consiste, pois, em uma posição de proteção destes bens. E essa tarefa de proteção pelo sujeito obrigado (garante) pode se dar em duas direções: I) em deveres de proteção, pelo sujeito obrigado, de determinado bem jurídico contra todos os ataques; II) na supervisão de determinadas fontes de perigos, não importando a quais bens jurídicos se ameaçam, tendo como missão a contenção destas concretas fontes¹⁹².

A primeira via, também chamada de deveres de proteção, assistência ou guarda de determinados bens jurídicos – *Obhutsgarantestellungen* – consiste em uma função de “defesa de todos os flancos” de concretos bens jurídicos carentes de guarda contra todos os perigos compreendidos no âmbito de proteção¹⁹³. O sujeito obrigado pelo mandato, neste caso, encontra-se em uma determinada posição para o cumprimento de uma tarefa específica que consiste na proteção da vítima e seus bens jurídicos¹⁹⁴. Há uma relação de dependência entre o titular do bem e o omitente, ou mesmo uma relação de confiança projetada da vítima para o omitente. Por essa razão, essa via pode se expressar em I) deveres de solidariedade natural com o titular do bem jurídico, II) estreitas relações de comunidade e III) assunção de custódia¹⁹⁵.

¹⁹¹ PERDOMO TORRES, *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, p. 35–36.

¹⁹² KAUFMANN, Armin, *Dogmática de los delitos de omisión*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 289–290.

¹⁹³ *Ibidem.*, p. 290.

¹⁹⁴ PERDOMO TORRES, *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, p. 37.

¹⁹⁵ André Leite bem sintetizou em sua obra ao dizer que, “quanto à *solidariedade natural*, estamos perante aquelas situações em que, *ex vi legis*, o omitente assume o encargo de obviar à produção de um resultado. No que concerne às *estreitas relações de comunidade*, KAUFMANN refere-se, aqui, à comunidade de riscos, à convivência análoga à dos cônjuges e às relações de assistência. A *assunção voluntária de custódia* corresponde ao «contrato» na formulação tradicional, com a vantagem de isolar os efeitos criminais dos civis”. LEITE, *As «posições de garantia» na omissão impura: Em especial, a questão da determinabilidade penal*,

A segunda via, também chamada de deveres de controle ou supervisão de certas fontes de perigos – *Überwachungsgarantestellungen* – consiste na função de pôr fim a uma concreta fonte de perigos contra qualquer bem jurídico e sujeitos ameaçados. Também aqui cabem subdivisões. No caso, três: I) deveres de garante derivados de um atuar precedente perigoso (ingerência); II) deveres para a vigilância de fontes de perigo e III) deveres fundados na responsabilidade do agente face a terceiros¹⁹⁶.

Depreende-se da teoria das funções que há uma limitação à função de proteção de um bem jurídico ou controle de uma fonte de perigo que deve ser cumprida, deixando de esclarecer os motivos da posição de garante, ou seja, as condições segundo as quais alguém está obrigado a cumprir essas ditas funções. Ademais, há situações da vida real em que esta teoria não se mostra possível conduzir a uma solução satisfatória, posto que nem todos os deveres de proteção de determinados bens jurídicos podem se referir a perigos emanados de qualquer direção, bem como nem todos os deveres de controle de determinadas fontes de perigos podem referirem-se a todos os bens jurídicos ou sujeitos¹⁹⁷. De igual forma, existem concretas situações em que é difícil distinguir se se trata de um dever de proteção ou um dever de controle¹⁹⁸.

p. 169–170. Sobre isso, ainda, JESCHECK e WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, p. 670–672.

¹⁹⁶ LEITE, *As «posições de garantia» na omissão impura: Em especial, a questão da determinabilidade penal*, p. 170. Sobre os três subgrupos, JESCHECK e WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, p. 673–677., que bem esclarece que no que se refere à ingerência, que se repousa na proibição de lesionar a outro (*neminem laede*), esta deve ser restringida por três vias: primeiro, que a atuação precedente deve provocar o perigo próximo e adequado à causação do dano; que a atuação prévia deve ter sido contrária ao dever sob um ponto de vista objetivo e, por fim, que a contrariedade ao dever deve consistir na infração da norma que serve para a proteção do bem jurídico afetado. No que se refere à deveres de vigilância de fontes de perigo, estes devem estar situados dentro do próprio âmbito de domínio, de maneira que a comunidade pode confiar que, quem exerce o poder de disposição sobre um determinado âmbito de domínio ou sobre um espaço delimitado que está aberto aos demais, domina os perigos que neste âmbito podem derivar-se de estados ou situações perigosas, animais, dispositivos ou instalações. Por fim, quanto à deveres fundados na responsabilidade como garante da atuação de terceiros, parte-se da ideia de que a coletividade, considerando posições de autoridade ou vigilância existentes, confia que o obrigado controla os riscos procedentes da pessoa que ele supervisiona.

¹⁹⁷ PERDOMO TORRES, *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, p. 38–39.

¹⁹⁸ LEITE, *As «posições de garantia» na omissão impura: Em especial, a questão da determinabilidade penal*, p. 170–171. Sobre as críticas à teoria das funções de Kaufmann, Silva Sánchez com propriedade sintetiza que esta teoria mantém-se na mesma lógica de que o decisivo para a configuração do delito comissivo por omissão reside na infração de um dever especial de atuar. Dentro da teoria das funções, estes deveres, entretanto, não se extraem nem de referências formais, nem de referências materiais, tendo em vista que se limita a descrever um conjunto de situações (vagas) das quais emanam o dever de garante. Além disso, diante dessa perspectiva, Silva Sánchez esclarece que, por não superar o plano descritivo-classificatório, sequer se expõe qual é a *ratio* que faz nascer o dever especial que possa viabilizar a distinção entre as situações que faz surgir a posição de garantia e aquelas nas quais não. Por fim, alude o penalista espanhol que não esclarece por qual razão tais deveres dão lugar, em caso de descumprimento, a uma comissão por omissão do delito correspondente

Embora a doutrina de Armin Kaufmann encontre-se superada em muitos pontos, é inegável sua importância por se constituir em uma divisão na busca de uma construção dogmática dos delitos omissivos impróprios com fundamentos além daqueles clássicos formais, servindo de alicerce para o desenvolvimento de diversas outras variantes na doutrina (inclusive dominante), muitas nas quais as teses de Kaufmann ainda se encontram presentes¹⁹⁹.

Desde Kaufmann e sua teoria de funções de proteção a sustentar a posição de garante, a doutrina contemporânea vem superando as teorias formais de sustentação aos deveres que ensejem a responsabilidade por crimes comissivos por omissão²⁰⁰. A partir daí diversas propostas de soluções para a problemática dos deveres de garante foram apresentadas, mas com uma grande disparidade argumentativa, longe de ter-se firmado um consenso na solução²⁰¹.

Assim que surgiram teorias que buscaram construir fontes de garante baseadas em uma relação de proximidade social ou de estreita relação social com o bem jurídico em perigo, caso de autores como Vogt e Androulakis²⁰². Outras teorias buscaram fundamentar deveres em critérios ético-sociais ou de direito costumeiro, caso de Schaffstein²⁰³; ou, em Rudolphi, que buscou fundamentar os deveres em uma função de proteção na vida social, utilizando-se de critérios fáticos e normativos²⁰⁴. Para Wolff, os deveres de garante decorrem de uma relação de confiança. Assim, o omitir só produziria efeitos jurídico-penais quando a vítima se encontrasse em uma dependência originária ou em uma simples relação de dependência com o autor, onde o agir por parte do responsável para evitar um resultado pertencesse a uma orientação normal da vida²⁰⁵.

equiparável à comissão ativa. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Artículo 11”, in COBO DEL ROSAL, Miguel, org., *Comentarios al código penal. Tomo I. Artículos 1 a 18.*, Madrid, Edersa, 1999, p. 470–471.

¹⁹⁹ Assim, manifestam-se FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal: parte geral. Tomo I. (questões fundamentais; a doutrina geral do crime)*, p. 937; JESCHECK e WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, p. 669; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios sobre el delito de omisión*, 2ª edição, Madrid, B de F, 2013, p. 305; LEITE, *As «posições de garantia» na omissão impura: Em especial, a questão da determinabilidade penal*, p. 169; TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 138.

²⁰⁰ *Ibidem.*, p. 137.

²⁰¹ Neste aspecto se manifesta PERDOMO TORRES, *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, p. 40.

²⁰² LEITE, *As «posições de garantia» na omissão impura: Em especial, a questão da determinabilidade penal*, p. 171–172.

²⁰³ TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 138.

²⁰⁴ SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, p. 199–200.

²⁰⁵ PERDOMO TORRES, *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, p. 57–58.

Outros autores, como Figueiredo Dias e André Leite, defendem uma teoria material-formal para sustentar as fontes de deveres de garante. Conforme Figueiredo Dias, para se amparar os deveres de garantia, deve-se conjugar, em certa direção e com determinado sentido, as teorias materiais e formais²⁰⁶. Nestes casos, os fundamentos materiais muito se baseiam, igualmente, na teoria das funções²⁰⁷.

Outras teorias, mesmo sob a perspectiva do substrato material, vêm sendo mais discutidas na doutrina hodierna tendo, inclusive, uma maior capacidade de se adequar à realidade empresarial, o que se torna importante no contexto deste trabalho e que, portanto, será mais profundamente examinado no próximo tópico. Por ora, importante abordar brevemente a concepção de Günther Jakobs, que desenvolve uma teoria sistêmico-funcionalista consistente na expectativa de uma resposta adequada pelo Direito Penal em garantir a estabilização do sistema social²⁰⁸.

3.6. A teoria “sistêmico-funcionalista” de Jakobs

Todo ordenamento que regula a coexistência de pessoas (ordem social) contém como dever mínimo que se impõe a toda pessoa o de não causar dano a outra (configurado como uma relação negativa). Mas não só. É necessário ainda que o ordenamento contenha o dever de proporcionar ajuda a outra pessoa, corporificado em uma relação positiva. Em todos

²⁰⁶ FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal: parte geral. Tomo I. (questões fundamentais; a doutrina geral do crime)*, p. 938–953 ; LEITE, *As «posições de garantia» na omissão impura: Em especial, a questão da determinabilidade penal*, p. 192 e ss.

²⁰⁷ A própria concepção de Figueiredo Dias parte dos dois elementos da teoria de Kaufmann para fundamentar deveres e posições de garantia em uma equiparação da comissão por omissão à ação por força de exigências de solidariedade do homem para com os outros homens dentro da comunidade: “Só que, por outro lado, o ser assim não pode significar a substituição, a nível do tipo de ilícito, de deveres que têm de surgir como especificamente jurídicos (e, na verdade, reduzidos ao estritamente necessário e, deste modo, a deveres primários e essenciais de actuação), por um qualquer quadro de *concepções morais* que valeriam mediatemente como deveres jurídicos: *toda a manifestação imposta de solidarismo tem de se apoiar em um claro vínculo jurídico*. Isto significa que toda a consideração deve ser perspectivada a partir de um sentido de ilicitude material, como se verifica com a ‘teoria das funções’; a essa luz se repensando o catálogo (agora alargado, relativamente ao tradicional) e a classificação dos deveres jurídicos de garante. Isto implica a utilização de um método não casuístico, mas tipológico”. FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal: parte geral. Tomo I. (questões fundamentais; a doutrina geral do crime)*, p. 938.

²⁰⁸ LEITE, *As «posições de garantia» na omissão impura: Em especial, a questão da determinabilidade penal*, p. 177.

estes casos, existe um dever de garante (no caso de um delito comissivo, o dever de garante de se abster de uma prática lesiva)²⁰⁹.

Nada que estenda o próprio âmbito de organização do indivíduo, ou mesmo o âmbito de organização que ele governa, pode desrespeitar o âmbito de organização alheio, e tal extensão pode se dar tanto mediante uma ação, quanto mediante uma omissão, a depender das variáveis situadas dentro da organização de um âmbito, independentemente de como é contemplada desde fora. Nos delitos de omissão equiparados ao de comissão há deveres que representam custos na liberdade de atuar. Assim, o fundamento da responsabilidade de ambos é o mesmo: ter consideração pelos outros no estabelecimento do próprio âmbito de organização²¹⁰.

Para Jakobs, a distinção entre ação e omissão se opera tão somente em uma delimitação de natureza técnica, posto que no plano material ambas as formas são equivalentes, fungíveis, plano este em que se assenta o verdadeiro conteúdo destas formas, consubstanciado em deveres positivos e deveres negativos²¹¹. Nesta linha, o importante para Jakobs é, portanto, definir o fundamento de responsabilidade, separando-a em “deveres em virtude de competência por organização” e em “deveres em virtude de competência institucional”²¹².

No primeiro grupo, a expectativa normativa se dirige à evitação de consequências lesivas a bens jurídicos alheias ao próprio âmbito de organização do agente. Neste grupo, ademais, encontram-se os chamados deveres de asseguramento no tráfego, onde o garante é competente pela organização interna que administra, de maneira que dela não se

²⁰⁹ JAKOBS, Günther, “La omisión: Estado de la cuestión”, in *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*, Madrid, Civitas, 2000, p. 131–132.

²¹⁰ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edição, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 948–949.

²¹¹ JAKOBS, “La omisión: Estado de la cuestión”, p. 151.

²¹² JAKOBS, *Derecho penal. Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación*, p. 971. Embora a versão espanhola do livro de Direito Penal - Parte geral de Jakobs utilize os termos “*responsabilidad por organización*” e “*responsabilidad institucional*”, opta-se, neste trabalho, por utilizar o termo “competência”. No original em alemão, “*Organisationzuständigkeit*” e “*institutioneller Zuständigkeit*”, sendo o termo “*zuständigkeit*” compreendido como sinônimo de competência, jurisdição e responsabilidade (em consulta ao sítio <http://de.thefreedictionary.com/>). No livro JAKOBS, Günther, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996., a tradução espanhola utilizou o termo “*competencia*”.

exteriorizem consequências lesivas²¹³. Os delitos empresariais se encaixariam justamente neste grupo, por infringir a competência de organização, lesando esferas alheias.

Esses deveres de asseguramento explicitado por Jakobs podem surgir em razão da ingerência (um comportamento anterior), mas derivadas da própria competência por organização (no sentido de responder pela consequência da liberdade de comportamento) e não de uma ajuda solidária. Quando há uma configuração do mundo socialmente inadequada derivada de um comportamento precedente, o responsável deve restabelecer uma configuração adequada²¹⁴.

No que diz respeito à qualidade do comportamento precedente, Jakobs propugna por um dever de salvamento em uma situação em que a pessoa reivindica para si riscos especiais, mesmo dentro de uma esfera de risco permitido, desde que este risco permitido seja um comportamento com maior grau de risco que um comportamento cotidiano inevitável, e que a pessoa posta em perigo tenha adotado todas as medidas de asseguramento dentro da sua incumbência²¹⁵.

Por fim, dentro do grupo de deveres em virtude de competência por organização, o autor alemão menciona o dever procedente da assunção, que se origina quando se diminui ou desmonta proteções já existentes em uma organização alheia, de maneira que o sujeito que assume a organização deve compensar a menor proteção²¹⁶.

Quanto ao segundo grupo de responsabilidades, ou seja, os deveres em virtude de competência institucional, tratam-se de deveres relacionados a determinadas instituições de formação de um mundo comum total ou parcial com um beneficiário, e que estabelece deveres em virtude de solidariedade por uma conexão positiva entre âmbitos vitais²¹⁷.

Resta evidente que abordar todas as teorias não se mostra possível. E nem tem razão para assim se proceder como já foi previamente explicado. As contribuições nesta seara da dogmática penal são muitas, mas ainda carentes de se estabelecerem em um patamar de resolução dos problemas que se apresentam nas imensuráveis situações da concreta vida cotidiana.

²¹³ PERDOMO TORRES, *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, p. 83–84.

²¹⁴ *Ibidem.*, p. 85.

²¹⁵ *Ibidem.*

²¹⁶ *Ibidem.*, p. 86.

²¹⁷ *Ibidem.*

3.7. Aproximação ao fundamento da posição de garante na empresa: a teoria do domínio

Edificar um fundamento normativo na equiparação juridicamente valorada do *non facere* com o *facere* apresenta uma dificuldade de enorme esforço, uma vez que na norma preceptiva há uma interferência na autonomia do sujeito muito mais invasiva que aquela procedida com a norma de abstenção. A norma proibitiva anteposta a um tipo comissivo tem um alcance de redução da esfera de autonomia do indivíduo muito menor que a norma preceptiva anteposta a um tipo omissivo²¹⁸. Naquela, o sujeito deve se abster de praticar uma conduta dentre infinitas ontologicamente possíveis. Nessa, o sujeito deve praticar uma conduta e se abster de infinitas outras. Uma imposição generalizada de deveres supõe um custo relevante para o nível global de autonomia²¹⁹.

A realidade ontológica da vida abarca as mais diferentes contingências de aspectos diametralmente variantes. Para justificar um dever de atuação pelo indivíduo, limitando sua autonomia, são necessários fundamentos bem definidos que abrangem as concretudes da vida e que igualmente consiga respeitar as particularidades das situações, em atenção à segurança jurídica e à reserva legal.

Por um lado, tem-se situações que se busca a fundamentação de deveres, *v.g.*, de um indivíduo que encontra uma criança, com quem não possui qualquer estreita relação, sozinha se afogando. Por outro, tem-se situações que se busca a fundamentação de deveres de um dirigente empresarial que não impede a colocação de um produto nocivo no mercado, causando danos à integridade física e até à vida dos consumidores ou, ainda, deveres de um responsável pelo setor de *Compliance* que, tendo recebido notícia da prática de corrupção por um funcionário da empresa, nada faz para impedir a continuidade delitiva.

Como foi oportunamente exposto, o ambiente empresarial é um ambiente complexo e, inserido no contexto atual, tem sido cenário de diversas práticas ilícitas. Atribuir

²¹⁸ Sobre isso, cf. ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal: Parte general - Tomo III*, p. 448–449.

²¹⁹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Madrid, Civitas, 2002, p. 67.

responsabilidade penal nessa conjuntura é tarefa árdua²²⁰. Relativamente a crimes comissivos por omissão isso se agrava. Para se assentar uma posição de garante pelo empresário e demais sujeitos de cargos elevados é necessário cautela diante da complexa estrutura empresarial, seu *modus operandi* e, ainda, diante dos reflexos de sua atuação perante a própria sociedade.

A questão se agrava diante das novas perspectivas de *Compliance*, de organização empresarial, do fortalecimento da regulação e mesmo da autorregulação regulada. A tendência à criminalização e atribuição de responsabilidades penais pessoais – além da responsabilidade da pessoa jurídica - é o que se tem verificado no cenário global. Diante do que se tem observado das doutrinas que procuram estabelecer os deveres de garante, tem havido uma tendência à ampliação da punibilidade por falta de fontes mais delimitadoras²²¹. Essa tendência em um ambiente empresarial pode culminar em uma responsabilidade indiscriminada dos dirigentes e até de funcionários com algum tipo de cargo de gerência.

Não por outra razão é preciso considerar este determinado cenário para se construir os fundamentos de uma posição e deveres de garantia, levando-se em conta a realidade contextual, com suas inerentes especificidades e complexidades. Neste aspecto, Klaus Tiedemann afirma que parte da doutrina alemã considera empresa como uma fonte de perigos para terceiros, razão pela qual se deriva uma posição de garante do poder de direção empresarial por parte dos proprietários e gerentes para que mantenham sob controle de segurança essa fonte de perigos empresarial²²².

Sobre isso, Susana Aires²²³, com propriedade, arremata que “esta argumentação, considerada isoladamente, aparenta ser insuficiente para fundamentar a existência de uma posição de garante”. Esclarece, a penalista, ser difícil conceber toda a atividade empresarial como fonte potencial de perigos penalmente relevantes, devendo, portanto, verificar-se se há uma posição de garantia genérica do empresário em relação a fatos ilícitos praticados por

²²⁰ Neste sentido, SOUSA, Susana Aires de, “Algumas considerações sobre a responsabilidade criminal do dirigente empresarial”, *Revista Systemas*, vol. 2, no. 1, 2010, p. 5. Nas palavras da autora, “o cenário empresarial, assente, por um lado, numa estrutura complexa e hierárquica, e por outro, na divisão do trabalho, potencia a separação entre a origem da decisão criminosa e aqueles que a executam. Deste modo, torna-se cada vez mais problemático imputar individualmente os factos desvaliosos e criminalmente relevantes”.

²²¹ Assim, TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos*, p. 139.

²²² TIEDEMANN, Klaus, *Lecciones de derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*, Barcelona, PPU, 1993, p. 166.

²²³ SOUSA, “A responsabilidade criminal do dirigente: Algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial”, p. 1031.

seus subordinados, em uma relação supra-infra ordenação ou, pelo contrário, se a imputação deve se sujeitar à análise da concreta estrutura empresarial, delimitada aos reais âmbitos pessoais de competências.

Pressupor genericamente e em abstrato que uma empresa que exerce uma atividade lícita no mercado é uma fonte potencial de perigos penalmente relevantes para se estabelecer deveres de garante pode implicar em um alargamento de responsabilidades, sob pena, inclusive, de desprezar a segurança jurídica, o princípio da reserva legal e do Direito Penal mínimo pela consequente ausência de limites aos deveres.

Não se ignora a relevância contextualizada da chamada sociedade de risco, onde o alto desenvolvimento tecnológico marcou uma ruptura das estruturas da sociedade, acarretando em riscos de ordens globais. Riscos estes que, além de derivados da tecnologia, não são - ou dificilmente são - seguráveis, produzidos pelo próprio homem, presentes nos mais diversos setores da sociedade, capazes de afetar a todos globalmente.

Mas este preciso contexto reforça a ideia da impossibilidade de se presumir *a priori* toda e qualquer empresa, que exerça qualquer atividade ou produza qualquer produto, como fonte de perigo. A uma, tendo-se em conta que, assim como uma empresa, qualquer pessoa física hoje igualmente pode, sob essa perspectiva, ser uma potencial fonte de riscos para bens jurídicos alheios²²⁴. Essa ideia culmina em uma perigosa tendência em alargar sem freios os deveres de garantia, gerando um aumento na responsabilidade penal por crimes comissivos por omissão, fazendo emergir um Direito Penal de *prima ratio*.

A duas, que considerar uma empresa que atua legalmente no mercado em um estado de direito como fonte de perigo a bens jurídicos pode soar até mesmo como um contrassenso. A atividade empresarial encontra respaldo na ordem jurídica, sendo que uma eventual responsabilidade por omissão pelo empresário não pode derivar da mera abertura do

²²⁴ Sobre este contexto, relevante considerar que “*la necesidad de progreso y normal desenvolvimiento de la vida social impone ciertos márgenes de riesgo permitido, pero también la estricta observancia de sus límites. Me estoy refiriendo a tráfico rodado, la salud pública, el medio ambiente, la manipulación o transporte de sustancias peligrosas, la seguridad en el trabajo ... En todos estos casos estamos ante conductas peligrosas en sí mismas, pero permitidas siempre que se respeten ciertos límites de riesgo. Y es precisamente la superación de tales límites lo que determina la antijuricidad de la conducta.*” MONTAÑÉS, Teresa Rodríguez, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni, 2004, p. 23.

estabelecimento, da conseguinte contratação de empregados e seu simples atuar, já que tudo isso decorre de fatos conforme o direito²²⁵.

Isso não significa dizer, entretanto, que da empresa não possa emergir riscos que devam ser contidos. Significa dizer, sim, que eles não advêm de uma decorrência lógica natural e em abstrato do próprio nascer e existir de uma atividade empresarial, de maneira que deve ser sempre verificado em concreto quais os riscos em potencial que possam derivar de determinados setores da empresa, e quem são os responsáveis por sua vigilância e contenção²²⁶, sempre se levando em consideração a estrutura da empresa na distribuição e delegação de funções²²⁷.

Diante deste quadro, Susana Aires afirma que a complexidade reside em determinar o fundamento, âmbito e alcance do eventual dever de garante do dirigente empresarial e, assim, decidir sua esfera de responsabilidade penal²²⁸.

Para Pedro Soares de Albergaria, o Direito Penal é um direito da realidade, importando, assim, quem de fato assume e desempenha as determinadas funções na empresa, “sob pena de, escudados em subtis mecanismos de representação do direito civil, os ‘verdadeiros responsáveis’ frustrarem sistematicamente as finalidades político criminais que se querem alcançar com tais incriminações”²²⁹.

²²⁵ Em sentido semelhante, DEMETRIO CRESPO, “Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados.”, p. 7.

²²⁶ Ainda, como leciona Terradillos Basoco, “*cualquiera que sea la respuesta que se adopte, y parece claro que no se puede afirmar con carácter general que la empresa sea fuente de riesgo, habrá que acudir en todo caso al examen del supuesto concreto*”. TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Derecho penal de la empresa*, Madrid, Trotta, 1995, p. 40.

²²⁷ Nesta linha, interessante a consideração de ROBLES PLANAS, Ricardo, “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito: (El ejemplo de la intervención por omisión)”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, no. 2, 2012, p. 12. Para o autor, “*es también en el ámbito de control de peligros en relación con conductas de terceros que los derivan hacia lo delictivo donde deben incluirse los supuestos de realización de actividades en el marco de la empresa que implican riesgos para los demás. Respecto a tales actividades puede legitimarse sin problemas el deber de evitar que otros las conecten con eventuales cursos lesivos. Así, por ejemplo, forma parte del círculo de deberes de un encargado de controlar la calidad de los residuos de una empresa el evitar también, en el marco de la actividad empresarial que le compete, las conductas deliberadas contra el medio ambiente de otros (incluyendo a los subordinados) de las que tenga conocimiento. O del círculo de deberes del jefe de seguridad e higiene de la empresa el disponer las medidas necesarias para evitar que las conductas imprudentes de trabajadores causen daños a otros trabajadores. Del mismo modo, el riesgo de que un inferior jerárquico cometa un delito (doloso o imprudente) no es ajeno al superior, si por alguna razón estaba ya inserto en la constitución de la relación de subordinación o delegación (p. ej., selección inadecuada del inferior o no dotación de medios necesarios para el correcto desempeño de las funciones)*”.

²²⁸ SOUSA, “A responsabilidade criminal do dirigente: Algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial”.

²²⁹ SOARES DE ALBERGARIA, Pedro, “A posição de garante dos dirigentes no âmbito da criminalidade de empresa”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, vol. 9, no. 4, 1999, p. 619.

Tanto as fontes clássicas da lei e do contrato de garantia quanto suas categorias de vinculação natural e de aceitação não possuem elementos suficientes para a dedução de uma equivalência entre a ação e omissão fundamentada no dever de impedir o resultado na hierarquia da empresa. Da mesma forma, a divisão materialmente fundamentada dos deveres de defesa de determinado bem jurídico e de controle de determinadas fontes de perigo ainda se mostram insuficientes para extrair o conteúdo de particulares posições de garante, conforme Schünemann explicita²³⁰.

O autor alemão desenvolve uma concepção do delito de omissão imprópria a partir de uma equiparação da omissão com o comportamento ativo assentada no domínio do garante sobre a causa do resultado²³¹, de modo a romper com as tradicionais teorias de garantia muito intuitivas e assentadas na discricionariedade subjetiva, alcançando, assim, uma origem sistemática que permite conhecer os fundamentos e limites dos delitos de omissão imprópria²³². Trata-se da denominada teoria do domínio (*Herrschaftstheorien*).

Para Schünemann, só é possível equiparar o desvalor do *facere* e do *omittere* por meio de um procedimento analógico entre o delito comissivo por ação e por omissão, obtendo, logo, uma diretriz material com suficiente conteúdo que possa servir de modelo a processos de concretização e que seja, igualmente, aberta a análises de distintos grupos de caso, respeitando suas particularidades. Desta forma, é possível se preservar a certeza e segurança jurídica, tornando mais clara a valoração penal que justifica a imputação²³³.

A equivalência deve partir não da punibilidade (valoração) como sói ocorrer nas tradicionais teorias, mas sim da causa da punibilidade, em um plano pré-jurídico²³⁴, ou seja, a partir da natureza das coisas, posto que não se castiga qualquer omissão antijurídica ou

²³⁰ SCHÜNEMANN, Bernd, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 41, no. 2, 1988, p. 535.

²³¹ *Ibidem.*, p. 536. Essa teoria foi inicialmente e essencialmente explorada pelo Autor em sua tese de doutoramento, traduzida para espanhol “*Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*”, já aqui citada. Posteriormente também abarcada de maneira mais sucinta e voltada ao ambiente empresarial em SCHÜNEMANN, Bernd, *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmaticas y de política criminal*, Buenos Aires, Fabián J. Di Plácido, 2004..

²³² SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, p. 275.

²³³ LEITE, As «posições de garantia» na omissão impura: Em especial, a questão da determinabilidade penal, p. 175.

²³⁴ PERDOMO TORRES, *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, p. 63.

merecedora de pena, mas sim somente aquela igual à comissão²³⁵. É necessário encontrar um caráter comum pré-jurídico-penal na omissão imprópria e na ação²³⁶.

O problema é que, lançando-se um olhar geral ao comportamento, na natureza das coisas não há qualquer igualdade entre ação e omissão de uma outra ação que possa servir de fundamento lógico-objetivo da punibilidade. A igualdade não pode se desenvolver em um conceito geral de alta abstração, sendo imprescindível, portanto, ressaltar os tipos ou categorias de ação e suas peculiaridades que fundamentam sua punibilidade. Assim que se torna possível concretizar a decisão valorativa legal geral de castigar como delitos de omissão imprópria somente as omissões iguais à comissão²³⁷.

A categoria principal com que o Direito Penal trabalha e que está em primeiro plano na problemática da omissão são os delitos de resultado, conforme exposto neste trabalho nos pontos 3.1 e 3.2. Nessa categoria, o tipo penal será realizado se o autor agir e assim produzir um resultado no mundo exterior, imputando-se ao agente o resultado fundamentado pela ação. Há a imputação do resultado porque a ação o causou no sentido das ciências naturais, mas na omissão, entretanto, não existe essa causalidade mecânica²³⁸.

A causalidade mecânica como fundamento da imputação do resultado neste sentido, portanto, é limitada, pois não se baseia na natureza das coisas, dando a impressão de um fator diferenciador e não de algo em comum entre a omissão e ação. É necessário olhar um plano que vai além do plano da causalidade mecânica consubstanciada na ação: a imputação à pessoa²³⁹.

A causalidade mecânica abrange retrospectivamente somente do resultado até o movimento corporal (ação), mas não abarca o curso da ação como movimento corporal ao centro de ação pessoal, compreendido na pessoa como espírito e vontade (centros pessoais de controle). O fundamento de imputação deve ser justamente a relação entre o centro de direção pessoal e o movimento corporal. Dessa forma, para a equiparação adequada, essa relação deve ser igual na omissão à comissão nos delitos de resultado²⁴⁰.

²³⁵ Nas precisas palavras de Schünemann, “*lo que significa que sólo son esenciales para la punibilidad aquellos elementos de la omisión que la caracterizan como igual a la comisión*”. SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, p. 278.

²³⁶ *Ibidem.*, p. 279.

²³⁷ *Ibidem.*, p. 279–280.

²³⁸ *Ibidem.*, p. 280.

²³⁹ *Ibidem.*, p. 281.

²⁴⁰ *Ibidem.*

A essência da relação entre pessoa e movimento corporal consiste no domínio absoluto da pessoa sobre o corpo. Uma pessoa psicofisicamente intacta domina seus movimentos corporais capazes de minimizar e mediatizar quaisquer outras influências, sendo que estes movimentos corporais penalmente relevantes encontram seu fundamento determinante para a imputação no domínio do centro pessoal²⁴¹.

A imputação de um resultado a uma pessoa em virtude de ação, portanto, dá-se em razão do domínio sobre o fundamento do resultado que o sujeito exerce. Tendo o legislador estabelecido tacitamente a punibilidade da omissão igual à comissão, entende-se que seu elemento supremo de imputação não é o movimento corporal, mas outro mais geral, em que na ação aparece sempre e na omissão às vezes²⁴².

A imputação do movimento corporal se produz pelo domínio sobre o próprio corpo e, portanto, se configura por um conceito que vai muito além do simples ato de vontade²⁴³. O âmbito de domínio (*Herrschaftsbereich*) constitui-se como a diretriz material que se sobrepõe às duas modalidades de comportamento - ativo e omissivo - e que pode, assim, servir como guia para a determinação das condutas omissivas impróprias²⁴⁴.

Este domínio tem de ser real, efetivo e atual²⁴⁵, ou seja, só haverá uma imputação ao omitente quando este dominar a causa do resultado global da mesma maneira que aos dos delitos de comissão²⁴⁶, e pode se concretizar, estabelecendo uma posição de garante, de duas maneiras: pelo domínio sobre o fundamento essencial do resultado e pelo domínio sobre o desamparo (ou desproteção) da vítima²⁴⁷.

No primeiro caso, isto é, no domínio sobre o fundamento essencial do resultado, este se concretizará em quem domina coisas ou ocupações perigosas ou, ainda, incapazes. Não há, nestes casos, deveres de salvamento, mas sim deveres de asseguração. O dever de salvamento só é capaz de produzir uma relação potencial do omitente com o resultado, já

²⁴¹ Assim, dado que o movimento corporal é o fundamento imediato do resultado, o domínio imediato desse fundamento imediato do resultado é o fundamento mediato do resultado que permite a imputação. *Ibidem.*, p. 282.

²⁴² *Ibidem.*, p. 282–284.

²⁴³ *Ibidem.*, p. 285.

²⁴⁴ LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, p. 36.

²⁴⁵ LEITE, *As «posições de garantia» na omissão impura: Em especial, a questão da determinabilidade penal*, p. 175.

²⁴⁶ PERDOMO TORRES, *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, p. 64.

²⁴⁷ SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, p. 288.

que o autor da conduta precedente carece nestes casos de um domínio atual sobre a causa do resultado²⁴⁸. Há, ainda, uma dominabilidade nas relações de autoridade entre pessoas, onde o sujeito obrigado por deveres de asseguramento no tráfego é aquele que se encontra imediatamente próximo da coisa geradora de perigo, excetuando-se, entretanto, as relações nas quais um sujeito se encontra submetido à vigilância e mando de outra pessoa, pois nestes casos o comportamento defeituoso se mostra como emanção da esfera de domínio atribuída à pessoa em escala superior²⁴⁹.

No caso de domínio sobre desproteção da vítima, deve-se considerar que este desamparo pode ser conatural ou parcial, posto que pode resultar de uma incapacidade natural de autoprotoger-se de todas as classes de perigos, ou essa incapacidade pode se dar em relação com determinados perigos. Havendo desamparo conatural, o domínio pode derivar de um poder dado existencialmente, fundamentado por uma assunção ou gerado por um ato de confiança alheio. Em sendo parcial, o domínio se fundamentará por assunção própria ou por ato de confiança alheio²⁵⁰.

A teoria do domínio de Schünemann é a consagração do conteúdo material das posições de garantia da teoria das funções de Kaufmann, pois que estabelece a responsabilidade por determinadas fontes de perigo e especiais deveres de proteção de bens jurídicos²⁵¹.

Claus Roxin, ao abordar essa teoria, preleciona que esse domínio pressupõe um controle atual sobre o fato, que pode se dar ou pelo desamparo do bem jurídico ou pelo domínio de uma causa essencial do resultado, e arremata explanando que o critério do domínio de controle, assim como o domínio do fato, proporciona apenas um princípio superior reitor que deve ser desenvolvido constantemente de maneira concreta juntamente com as múltiplas diferentes formas de manifestação da vida real e que também necessita de delimitações normativas. Através da semelhança com o domínio do fato, tem-se uma base

²⁴⁸ *Ibidem.*, p. 338–339.

²⁴⁹ PERDOMO TORRES, *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, p. 65–66.

²⁵⁰ SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, p. 391, 392 e 398.

²⁵¹ LEITE, *As «posições de garantia» na omissão impura: Em especial, a questão da determinabilidade penal*, p. 176.

para a equivalência legal e um núcleo descritivo-gráfico que garante resultados ou conclusões revisáveis empiricamente²⁵².

Roxin, ao levantar a questão de deveres de garante pelos donos de negócio e dirigentes de empresa, aduz que a opinião preponderante na doutrina é de aceitar a responsabilidade penal por omissão imprópria, enquanto que uma forte minoria nega tal responsabilidade. Para os que advogam pela admissão de uma posição de garante, fundamentam essencialmente no poder de mando ou de dar ordens dos dirigentes, pensamento este assumido justamente por Schünemann, que entende que a posição de garante se deduz estrita e logicamente de sua concepção de domínio sob a condição de uma omissão de impedir a infração de um subordinado, como lhe era possível com os meios disciplinares da corporação, pelo órgão de direção. Isso se extrai do domínio sobre o fundamento do resultado decorrente do poder de mando do órgão de direção, justificando, por conseguinte, uma posição de garante de vigilância²⁵³.

É justamente diante da dificuldade de se responsabilizar penalmente as pessoas que detém o poder de mando nas empresas que a doutrina tem se recorrido, como via de solução, à estrutura da comissão por omissão, viabilizando a punição do “homem de trás” que, sob o exercício de uma concreta situação de competência específica, deve evitar a realização dos delitos por seus subordinados em uma cadeia hierárquica empresarial. Atribui-se a Schünemann o mérito de se lançar a esta via e, assim, desenvolver ideias básicas na doutrina da omissão imprópria capazes de ser transplantadas a essa realidade empresarial. Não por outra razão a construção doutrinária deste penalista tem sido compartilhada por considerável setor da Alemanha e agora também na doutrina espanhola²⁵⁴.

É Schünemann que, como bem deslinda Pedro Soares de Albergaria, chama a atenção para a constatação sociológica de que nas empresas existe, geralmente, ao lado da estrutura formal, uma homóloga estrutura informal onde reside de fato o poder. Portanto, em uma situação delitativa empresarial, é necessário primeiramente estudar a estrutura

²⁵² ROXIN, *Derecho Penal: Parte General - Tomo II - Especiales formas de aparición del delito*, p. 853. Assim que Roxin considera que “*el criterio interpretativo elegido por Schünemann es el más plausible*”. p. 852.

²⁵³ *Ibidem.*, p. 896.

²⁵⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, p. 512–513. Assim, como exemplo, Martínez-Buján Pérez cita autores como Achenbach, Bottke e Frisch na Alemanha, e Arroyo, Lascuraín, Paredes, Terradillos, Peñaranda, Feijoó, Montaner, Dopico, Demetrio, Robles e outros na Espanha.

organizacional formal da empresa e, após, verificar em concreto se esta estrutura foi devidamente respeitada e em que medida não foi²⁵⁵.

A par dessas realidades empresariais e do que se tem de mais relevante na doutrina jurídico-penal dos crimes omissivos impróprios e, mais importante, dos fundamentos e construções acerca das posições de garante, é possível, e necessário, adentrar-se um pouco mais no contexto intraempresarial para a verificação da operacionalidade dos deveres de garantia nos setores de *Compliance*.

²⁵⁵ SOARES DE ALBERGARIA, “A posição de garante dos dirigentes no âmbito da criminalidade de empresa”, p. 619.

4. A POSIÇÃO DE GARANTIA DO *COMPLIANCE OFFICER*

Para se verificar uma eventual posição de garantia do *Compliance Officer*, é necessário analisar melhor os deveres de garante no âmbito empresarial, como já se pode perceber. A pessoa do *Compliance Officer*, encarregado na empresa pelo setor de *Compliance* ocupa uma importante posição na empresa, alocado, regra geral, em um escalão abaixo da cúpula da organização²⁵⁶.

As empresas, conforme já exposto neste trabalho, cada vez mais vem estabelecendo departamentos internos de controle e gerenciamento de riscos que implicam em quebras normativas e lesões a bens jurídicos tanto da própria empresa quanto de terceiros, alocando especialistas responsáveis vinculados a esforços proativos para assegurar que toda a empresa está cumprindo com as regras aplicáveis, dando suporte aos dirigentes, administradores e donos do negócio nesta tarefa²⁵⁷.

A responsabilidade inicial pelos riscos legais e de *Compliance* se limita aos dirigentes, donos do negócio. Com a complexidade inerente à própria empresa e do sistema regulatório e de mercado que ela se insere, os dirigentes estão transferindo essas responsabilidades e funções para outros subordinados e outros departamentos com seu próprio âmbito de domínio. Ainda assim, mantém-se a necessidade do estabelecimento de uma cultura ética a partir da cúpula que guie toda a empresa. Este, inclusive, é o conceito do termo “*Tone at the top*”: Se a liderança da companhia for falha em sua integridade, provavelmente toda a organização é corrupta²⁵⁸.

Diante disso, há uma cada vez maior consolidação dos *Compliance Officers*, e os conselhos de administração e CEOs têm tido um interesse cada vez mais ativo e estão mais diretamente envolvidos na questão de *Compliance*. Os dirigentes devem alocar, organizar, instruir e supervisionar os profissionais de *Compliance*. Estes devem dar suporte àqueles e

²⁵⁶ LEITE, Alaor, “Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros: sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 1, no. 106, 2014, p. 72.

²⁵⁷ KURER, *Legal and compliance risk: A strategic response to a rising threat for global business*, p. 95, 103 e 141.

²⁵⁸ *Ibidem.*, p. 226, 227 e 231. Vide nota 96.

agir como controladores para o devido cumprimento das regras com o fito de evitar a materialização de riscos em lesões à própria empresa e a terceiros²⁵⁹.

Observa-se, assim, que a posição do oficial de cumprimento deriva diretamente dos dirigentes. E os próprios responsáveis pelas funções de *Compliance* muitas vezes ostentam um cargo de alto escalão na empresa (muitas vezes de diretoria executiva, estatutária e até mesmo de vice-presidência), o que torna ainda mais relevante analisar suas responsabilidades neste contexto²⁶⁰.

A doutrina é assente ao afirmar que uma eventual posição de garantia do *Compliance Officer* deriva diretamente da posição dos sócios e administradores, tratando-se, portanto, de um garante por delegação. Neste sentido, Silva Sánchez expõe que “no puede hablarse de deber de garante del *Compliance Officer* sin afirmar previamente la existencia de dicho deber de garante en los administradores de la empresa, de los que deriva la posición jurídica delegada del responsable de cumplimiento”²⁶¹. Isso será mais à frente deslindado.

4.1. A posição de garante dos empresários

Como já exaustivamente exposto, os delitos praticados na empresa produzem problemas de imputação em razão da excisão entre responsabilidade e ação, dado que a verdadeira lesão é levada a cabo por um sujeito que não é o verdadeiro responsável ou ao menos não tem exclusiva responsabilidade pelo ato²⁶².

Essa irresponsabilidade ou responsabilidade mitigada é expressão da divisão de funções, do caráter fragmentário das tarefas imediatas e processos de canalização das informações, que inclusive diminui a força de resistência a uma atitude delituosa de grupo,

²⁵⁹ *Ibidem.*, p. 105 e 187.

²⁶⁰ Na pesquisa da PwC, um quarto dos entrevistados responsáveis pelas funções de *Compliance* reportaram que sua titulação de cargo é *Chief Compliance Officer* e *Chief Ethics and Compliance Officer*, um quarto disseram ser *Chief Audit Executive*, 10% Diretor de *Compliance* e 7% *Chief Legal Officer*. Assim, verifica-se que a tendência é que os responsáveis por setores de *Compliance* ocupem altos cargos de diretoria (*C-level*). Os cargos *C-level* representam os mais altos graus na corporação, com elevado poder decisório. PRICEWATERHOUSECOOPERS, “State of compliance study 2016”. O *status* do cargo do *Compliance Officer* será também melhor abordado à frente.

²⁶¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Deberes de vigilancia y compliance empresarial”, in KUHLEN, Lothar, MONTIEL, Juan Pablo e GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina, orgs., *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 99.

²⁶² SCHÜNEMANN, *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal*, p. 19.

muito em razão da fungibilidade dos subordinados na estrutura empresarial. Assim, a punição por crime comissivo não contribui para uma eficaz prevenção e repressão da criminalidade econômica, já que não alcança todos os responsáveis pelo fato²⁶³. O déficit de sanção nessa conjuntura é patente e, por essa razão, cresce a necessidade de se verificar até que ponto – e, neste sentido, quais os fundamentos e limites – pode incidir uma responsabilidade por omissão neste cenário, em especial diante da ameaça de se abandonar princípios constitucionais e penais irrenunciáveis²⁶⁴.

4.1.1. A teoria do domínio aplicada no âmbito empresarial

Para Schünemann, a tríade clássica de garantia da lei, contrato e categorias de vinculação natural e aceitação não contém elementos suficientes para a equivalência entre a ação e omissão fundamentada no dever de impedir o resultado na hierarquia empresarial, bem como a moderna divisão material da teoria das funções também é pouco específica para deduzir as exigências do conteúdo das posições de garante, não sendo razoável, *v.g.*, considerar o trabalhador como fonte de perigo. Muito embora a doutrina majoritária aceite a responsabilidade penal dos dirigentes por crimes comissivos por omissão, este campo permanece nebuloso²⁶⁵.

Deste modo que Schünemann vem a aplicar sua teoria do domínio do garante sobre a causa do resultado na empresa que já foi aqui explicada anteriormente. Para o autor, a equiparação da omissão com a comissão, fundamentada no domínio do dirigente da empresa, pode resultar tanto do seu domínio fático sobre os elementos perigosos da instituição, como também de seu poder de mando sobre os subordinados fundamentado legalmente²⁶⁶.

Diante da complexidade das instituições empresariais - e, ademais, diante das diversas frentes de atuação da empresa que refletem, de uma maneira ou outra, tanto nas próprias esferas de organização quanto nas esferas de organização de terceiros - a eliminação de perigos só se mostra viável pela divisão de trabalho na estrutura empresarial, cuja

²⁶³ SOARES DE ALBERGARIA, “A posição de garante dos dirigentes no âmbito da criminalidade de empresa”, p. 620.

²⁶⁴ SCHÜNEMANN, *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmaticas y de politica criminal*, p. 20.

²⁶⁵ *Ibidem.*, p. 28 e 30.

²⁶⁶ *Ibidem.*, p. 30–31.

institucionalização em um cargo superior atribuí ao titular deste cargo o correspondente domínio. É na cúpula da estrutura da empresa que se concentra o maior grau de conhecimento e, aqui, este conhecimento se converte em poder e o poder em dever de garante²⁶⁷.

Do domínio fático sobre elementos perigosos emanam dois tipos diversos de deveres de garante: deveres primários de garante, assentado em um domínio material; e deveres secundários de garante, assentado em um domínio pessoal.

Em primeiro lugar, recai-se um dever sobre o titular de custódia do elemento perigoso, isto é, aquele que está mais próximo da coisa tem que executar as atividades materiais relativas à sua competência no estabelecimento que estão indicadas para o controle da fonte de perigo (chamados estes de “deveres primários de garante” – domínio material).

Do princípio de hierarquia e de divisão funcional do trabalho na empresa deriva a distribuição interna de tarefas com a conseqüente criação e delimitação de âmbito de competência que consubstancia o domínio material de garante escalonado - suposto em um âmbito espacial de influência - onde cada cotitular de custódia, mais próximo da fonte de perigos, é responsável por refrená-los com suas próprias atribuições, na razão de sua quota-parte do domínio e espaço de influência, domínio este que se extingue com a saída da coisa de seu âmbito²⁶⁸.

Em segundo lugar, recai-se o dever de garante aos superiores hierárquicos, como cotitulares da custódia, que estão obrigados à coordenação e ao controle das funções e tarefas (chamados estes de “deveres secundários de garante” – domínio pessoal)²⁶⁹. O controle de perigo, neste cenário, só pode ser eficazmente assegurado pela coordenação de múltiplas ações particulares, o que faz subsistir um domínio pessoal de garante pelo cotitular de custódia em que, pelo cargo hierarquicamente superior, institucionaliza o poder e dever de coordenar essas ações, de maneira que a ele recairá a responsabilidade pelo uso inapropriado da coisa ou procedimento dos subordinados, em razão do não exercício de seu domínio com os deveres de cuidado²⁷⁰.

²⁶⁷ Assim, *Ibidem.*, p. 32.

²⁶⁸ SOARES DE ALBERGARIA, “A posição de garante dos dirigentes no âmbito da criminalidade de empresa”, p. 624.

²⁶⁹ SCHÜNEMANN, *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmaticas y de politica criminal*, p. 31–32.

²⁷⁰ SOARES DE ALBERGARIA, “A posição de garante dos dirigentes no âmbito da criminalidade de empresa”, p. 624.

O dever de garante fundado no domínio material não é excluído se a perda do domínio se der pela violação de normas de cuidado impostas no âmbito de atividade do agente. No domínio pessoal, igualmente não se exclui o dever de garante se o subordinado escapar ao controle por deficiente emprego do poder de mando e/ou por não agir adequadamente com o acervo de informações atribuído pela posição hierárquica. Por outro lado, se a “fuga” do subordinado se dá por uma atuação deste por interesses exclusivamente próprios, e de tal forma que escape à lógica da empresa, ou seja, que os meios empregados fogem completamente da lógica da atividade da empresa, conforme Schünemann, o dever de garante resta excluído²⁷¹.

Há, ainda, a equiparação da omissão com a comissão fundamentada no domínio do dirigente da empresa resultante de seu poder de mando sobre os subordinados. Neste caso, o dever decorre do domínio do superior pela organização hierárquica da empresa, a despeito da responsabilidade penal dos próprios subordinados. Este domínio se baseia tanto no poder legal de mando do empregador, quanto do maior acervo de informações que ele detém, que viabiliza um conhecimento do domínio justamente pela compactação desta informação – que é apenas parcialmente reproduzível nos subníveis da estrutura hierárquica. Com este conhecimento, o superior hierárquico, juntamente com seu poder de mando, pode utiliza-los em conexão com a fungibilidade do subordinado para direcionar as condutas necessárias. Em paralelo, esse domínio pessoal sobre um indivíduo supõe que o subordinado também se deixe motivar realmente pelas medidas de autoridade empresarial, isto é, pelas instruções e diretivas, de modo que o dever de garante do superior nunca pode implicar em medidas de direção diversas das específicas da empresa²⁷².

Diante das relações de poder e competências empresariais, ambas as formas de responsabilidade de garante representam uma divisão elástica e facilmente aplicável na prática. Cada forma, assim, possui suas peculiaridades e alcance, de maneira que o domínio material é permanente ante o excesso, dado que a perda da custódia da coisa em função de quebra de cuidado mantém a imputação pelas suas consequências. Por outro lado, este domínio material não é permanente diante da descentralização, porque a simples posição

²⁷¹ *Ibidem.*, p. 625.

²⁷² SCHÜNEMANN, *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmaticas y de politica criminal*, p. 35.

mais alta na hierarquia da empresa não gera uma responsabilidade de garantia sem o devido domínio sobre a coisa²⁷³.

No caso do domínio pessoal, sucede-se o contrário. Este não é permanente ante ao excesso, posto que os fatos praticados pelos subordinados em seu próprio interesse fogem à lógica do domínio do grupo, mas é permanente ante à descentralização, diante do poder de mando e dos diferentes canais de informações presentes na alta cúpula da empresa que determinam a forma mais intensa de domínio²⁷⁴.

Schünemann, posteriormente²⁷⁵, frisa que enquanto a teoria formal de dever jurídico cai em um grave atoleiro na questão da responsabilidade penal dos dirigentes empresariais, a restrição pelo domínio sobre a causa do resultado pode adequar sem grandes dificuldades essa responsabilidade, que se concretiza em forma de domínio em virtude da vigilância exercida com os meios de poder de agrupação (direção e informação) sobre os subordinados ou em virtude de custódia sobre os objetos e procedimentos perigosos da empresa.

O princípio do domínio tem um fundamento lógico-material que atribui a posição de garante aos órgãos particulares da empresa em função da esfera que dominam, de modo que, com a assunção de competências determinadas, também se transmite *eo ipso* a posição de garante correspondente. Desta vinculação de garantia ao âmbito de domínio segue-se, também, que os deveres de garante de um membro do Conselho de Administração igualmente se limitam ao âmbito por ele dirigido, estabelecido na diretiva organizada segundo o princípio da divisão de competências em departamentos (*Ressortprinzip*), e só haverá uma maior amplitude no que diz respeito às questões fundamentais que competem à toda a direção²⁷⁶.

A teoria do domínio de Schünemann inspirou a cláusula do artigo 15 da proposta de Eurodelitos²⁷⁷. Baseando-se na teoria do domínio sobre o fundamento do resultado, ela

²⁷³ *Ibidem.*, p. 36.

²⁷⁴ *Ibidem.*

²⁷⁵ Em adição, em 2002, ao *Delincuencia empresarial: Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, páginas 63 e seguintes.

²⁷⁶ *Ibidem.*, p. 69–70.

²⁷⁷ Art. 15 – 1. “Será también sancionado como autor, en los supuestos a que se refiere el apartado segundo, quien debido a su dominio sobre otra persona está obligado legalmente a evitar que actúe ilícitamente, siempre que tenga conocimiento del hecho y hubiera podido impedir o dificultar esencialmente su realización mediante una supervisión adecuada. La pena se atenuará en un cuarto de su extensión si el autor únicamente hubiese podido dificultar la realización del hecho. 2. De acuerdo con el apartado primero resultan responsables: a)

fixa o dever de garantia do proprietário ou chefe da empresa, estabelecendo a responsabilidade dos sujeitos que detêm a direção pelos comportamentos defeituosos dos subordinados nos casos em que estes tenham atuado em benefício da empresa e tivessem seguido uma ordem expressa²⁷⁸.

A posição de garantia que permite a responsabilidade penal por uma comissão por omissão depende de uma relação material entre o sujeito e o bem jurídico, que está fundamentada em um compromisso concreto assumido pelo sujeito e que atua como barreira de contenção de determinados riscos. Ao assumir este compromisso, o sujeito ostenta o domínio organizativo ou o controle sobre determinados riscos capazes de ameaçar o bem jurídico. É o domínio organizativo que outorga à omissão a equivalência à comissão ativa²⁷⁹.

Portanto, não basta para a responsabilidade penal por delitos cometidos no seio da empresa a simples e genérica condição formal de dirigente na empresa. É preciso mais. O fundamento da imputação dos dirigentes provém do nascimento dos âmbitos específicos de competência individual, como corolário da divisão funcional do trabalho e da estrutura hierárquica inerentes à organização empresarial, de forma que à cada âmbito corresponderá uma pessoa detentora de sua própria esfera de domínio interno com uma respectiva parcela de atividade²⁸⁰.

Diante desta perspectiva estrutural da empresa, Silva Sánchez estabelece alguns critérios que permite a verificação de um delito de omissão pelos “homens de trás”, superiores hierárquicos, que não atuam para impedir que um determinado fato lesivo se produza²⁸¹. São eles: a) que o fato – compreendido como a situação de perigo – se dê no âmbito de sua competência; b) que puderam e deveriam atuar em tal sentido, sempre em consonância com os termos do compromisso adquirido de controlar os correspondentes

*Los miembros del Gobierno, los funcionarios y los militares por hechos cometidos por sus subordinados, si tales hechos formasen parte de los negocios o actividades que deban ser supervisados. b) Los propietarios o directores de un establecimiento o empresa, así como a las personas con poder de decisión o control por hechos realizados por subordinados pertenecientes al tráfico del establecimiento o de la empresa. 3. Los Estados miembros resultan competentes para establecer supuestos distintos a los enumerados en el apartado segundo, considerando autor (por omisión) a quien esté obligado jurídicamente a impedir la realización de un resultado procedente de un hecho antijurídico debido al dominio que ejerza sobre un tercero o sobre la protección de la víctima. En estos supuestos la pena podrá aminorarse hasta una cuarta parte”. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, p. 527.*

²⁷⁸ *Ibidem.*, p. 528.

²⁷⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, p. 81–82.

²⁸⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, p. 528.

²⁸¹ SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, p. 84–85.

fatores de risco; c) que, com o atuar, tivesse sido possível evitar a produção do fato lesivo; d) que se deram as bases da correspondente imputação subjetiva (como dolo e, excepcionalmente, a imprudência).

Observa-se que tais requisitos nada mais são do que a concretização dos elementos que integram a estrutura típica dos crimes omissivos, com a devida aplicação da teoria do domínio que consubstancia, *per se*, a posição que emana um dever jurídico de garantir a evitação do resultado típico, ou seja, a posição de garantia. Em outras palavras, a situação fática deve se dar no âmbito de domínio assumido pelo agente (que já se encontra como garante) e que este possa agir para sustar o evento lesivo de acordo com suas capacidades determinadas pelas próprias funções assumidas dentro do seu domínio. Este agir deve se dar de tal forma que teria tido o condão de diminuir o risco de verificação do resultado típico, conforme já oportunamente explicado acerca da causalidade nos crimes omissivos impróprios.

A posição de garantia surge como um compromisso de contenção de riscos determinados para a proteção de bens jurídicos determinados. E são as regras de atribuição e distribuição de competências que delimitam os riscos concretos a serem controlados e as medidas que devem ser tomadas para este desiderato. O compromisso individual que se adquire com a aceitação do cargo e o emprego das atividades implicam no domínio de organização e, assim, na responsabilidade sobre a referida atividade²⁸².

Assim, o que se apresenta como importante para a concretização da posição de garantia é o exercício material das funções próprias do sujeito inseridas em uma determinada esfera de competência²⁸³. Como diz Schünemann, o domínio do sujeito sobre o fundamento do resultado nos delitos de omissão recai não sobre o movimento corporal, mas sim sobre uma fonte de perigo, ou sobre uma situação de desamparo do bem jurídico²⁸⁴.

O órgão diretivo assume um compromisso individual de controle ou contenção de riscos determinados para bens jurídicos que possam surgir dos objetos ou pessoas sujeitas à sua supervisão, sempre com relação estrita às atividades da própria empresa e a fatos que ele

²⁸² *Ibidem.*, p. 86.

²⁸³ *Ibidem.*, p. 87.

²⁸⁴ SCHÜNEMANN, Bernd, “El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. 25, no. 75, 2004, p. 21.

esteja em condições de evitar nos limites do seu próprio âmbito de competência extraído do estatuto e do organograma da empresa²⁸⁵.

A equiparação do omitir com o agir não consiste na infração de um dever especial extrapenal, mas sim na categoria de assunção de custódia, consistente no domínio sobre o desamparo do bem jurídico ou sobre uma fonte de perigo. Logo, dado que o fundamento da omissão não consiste no movimento corporal, não há de se falar em uma responsabilidade penal por mera causalidade²⁸⁶.

Embora, como dito, a empresa não possa ser considerada uma fonte de perigo *per se*, em uma presunção *ex ante* e de afirmação genérica, não há que se negar que dela possa decorrer uma atividade ou a liberação de um produto lesivo a bens jurídicos alheios. O risco pode se materializar na atividade empresarial em um caso concreto²⁸⁷. Importante frisar, novamente, que disso não deriva um dever de garante, como já ficou claro com o exposto até aqui. O dever de garante passa a existir a partir da divisão de competências e o respectivo âmbito de domínio na empresa.

Germano Marques da Silva bem esclarece que a omissão, no meio empresarial, só será punível quando o dever de agir recaí primeiramente sobre a empresa, mas que, em razão da distribuição de funções em sua estrutura, serão seus administradores que terão a competência para cumprir este dever²⁸⁸.

O início da atividade empresarial requer uma definição prévia do que virá a ser sua estrutura organizativa e dos parâmetros de gestão que irão orientar a atuação de seus membros e colaboradores. É com o desenho da organização empresarial que se define a sua constituição, sendo que essa pode desagregar a empresa em unidades organizativas como os

²⁸⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, p. 528.

²⁸⁶ DEMETRIO CRESPO, “Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas”, p. 23.

²⁸⁷ Sobre isso, cf. ROBLES PLANAS, “El responsable de cumplimiento («Compliance Officer») ante el derecho penal”, p. 322.

²⁸⁸ SILVA, Germano Marques da, *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, Lisboa, Editorial Verbo, 2009, p. 377. Completa o autor que “as questões que a responsabilidade por omissão suscita no domínio da actividade empresarial respeitam ao dever de agir em nome da empresa, ou seja, sobre a existência do dever por parte da empresa/sociedade, sobre quem recaí esse dever no âmbito da sociedade e de modo particular da responsabilidade nos casos de órgãos de composição plural e em caso de delegação de poderes de administração ou de representação”.

departamentos, divisões, etc. E é a partir da estrutura operativa que se definem os critérios que guiam o funcionamento de cada unidade básica em que a empresa se organiza²⁸⁹.

A gestão empresarial está diretamente ligada à essência de sua organização, e pode se manifestar de várias formas, constituindo-se como aquela função que compreende a organização, coordenação e controle dos fatores pessoais, materiais e financeiros presentes na atividade da instituição. Dentre as diversas tarefas de gestão, podem incluir as funções de fixação da política geral da empresa; programação ou fixação de objetivos; gestão diária; etc. Como, no geral, não há leis que determinam essas tarefas, sua concretização se dá nos estatutos da sociedade, diretivas, entre outros documentos formalizados pelas próprias instituições²⁹⁰.

Formalmente, os encarregados de gerir a sociedade são os administradores da empresa, que detêm o direito e dever de acesso incondicionado aos locais, coisas, documentos e empregados da sociedade. Diante disso, são os administradores que possuem a maior capacidade de informação sobre todo o andamento da empresa, ainda que haja descentralização e fragmentação das atividades, inclusas a de gestão em determinados setores, nos limites dos respectivos âmbitos de competências²⁹¹.

O empresário é quem ocupa o topo da estrutura pessoal da empresa e nele converge a expressão não apenas de sua própria atividade, como também a de todos os seus colaboradores. Portanto, e sem prejuízo das possíveis delegações, é ele que detém o maior poder de decisão e coordenação; que assume os riscos e destinação do negócio e que aplica seu patrimônio nas possíveis consequências adversas da atividade²⁹².

É da administração que emanam as decisões estratégicas ou fundamentais sobre os objetivos da empresa a longo prazo, a organização dos meios produtivos, a dimensão e localização da instituição, as políticas empresariais que recaem sobre a produção, distribuição, pessoal, financiamentos, os postos de trabalho de direção, o sistema e canais de informações e a consequente execução da própria “alta direção”²⁹³. Esses são deveres que

²⁸⁹ Neste sentido, MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal: A propósito de la gestión medioambiental*, Barcelona, Atelier, 2008, p. 44 e ss.

²⁹⁰ *Ibidem.*, p. 54.

²⁹¹ *Ibidem.*, p. 54–55.

²⁹² *Ibidem.*, p. 55–56.

²⁹³ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Governança das sociedades comerciais*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 40.

pressupõe o início de uma atividade empresarial, sendo que decorrem - além da lógica da própria empreitada - de muitos dispositivos legais (portanto, deveres jurídicos)²⁹⁴.

Estes deveres jurídicos extrapenais, decorrentes da liberdade de organização empresarial, recaem sobre o empresário, responsável máximo pela empresa, mas estão em um plano diverso de um dever de garante. Este exige mais que deveres formais de natureza jurídico civil²⁹⁵. Embora haja a necessidade de uma política-criminal que alcance uma responsabilidade penal dos sujeitos do alto escalão que não executam diretamente as

²⁹⁴ Neste sentido, a título exemplificativo, é possível citar algumas normas de exigência na legislação brasileira (em especial o Código Civil), entre outras: Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo. Art. 46. O registro declarará: I - a denominação, os fins, a sede, o tempo de duração e o fundo social, quando houver; II - o nome e a individualização dos fundadores ou instituidores, e dos diretores; III - o modo por que se administra e representa, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente; IV - se o ato constitutivo é reformável no tocante à administração, e de que modo; V - se os membros respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais; VI - as condições de extinção da pessoa jurídica e o destino do seu patrimônio, nesse caso. Art. 966. *Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*. Art. 967. É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade. Art. 1.011. *O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios*. Art. 1.015. *No silêncio do contrato, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade; não constituindo objeto social, a oneração ou a venda de bens imóveis depende do que a maioria dos sócios decidir*.

Em Portugal, também a título exemplificativo, algumas normas no Código das Sociedades Comerciais: Artigo 9.º (Elementos do contrato) 1 - Do contrato de qualquer tipo de sociedade devem constar: a) Os nomes ou firmas de todos os sócios fundadores e os outros dados de identificação destes; b) O tipo de sociedade; c) A firma da sociedade; d) O objecto da sociedade; e) A sede da sociedade; j) O capital social, salvo nas sociedades em nome colectivo em que todos os sócios contribuam apenas com a sua indústria; g) A quota de capital e a natureza da entrada de cada sócio, bem como os pagamentos efectuados por conta de cada quota; h) Consistindo a entrada em bens diferentes de dinheiro, a descrição destes e a especificação dos respectivos valores. i) Quando o exercício anual for diferente do ano civil, a data do respectivo encerramento, a qual deve coincidir com o último dia de um mês de calendário, sem prejuízo do previsto no artigo 7.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas. Artigo 259.º (Competência da gerência) Os gerentes devem praticar os actos que forem necessários ou convenientes para a realização do objecto social, com respeito pelas deliberações dos sócios. Artigo 405.º Competência do conselho de administração 1 - *Compete ao conselho de administração gerir as actividades da sociedade, devendo subordinar-se às deliberações dos accionistas ou às intervenções do conselho fiscal ou da comissão de auditoria apenas nos casos em que a lei ou o contrato de sociedade o determinarem*. 2 - *O conselho de administração tem exclusivos e plenos poderes de representação da sociedade*. Artigo 431.º Competência do conselho de administração executivo 1 - *Compete ao conselho de administração executivo gerir as actividades da sociedade, sem prejuízo do disposto no n.º 1 do artigo 442.º* 2 - *O conselho de administração executivo tem plenos poderes de representação da sociedade perante terceiros, sem prejuízo do disposto na alínea c) do artigo 441.º* 3 - Aos poderes de gestão e de representação dos administradores é aplicável o disposto nos artigos 406.º, 408.º e 409.º, com as modificações determinadas pela competência atribuída na lei ao conselho geral e de supervisão. (Destaque nosso).

²⁹⁵ Como bem ressalta Demetrio-Crespo, “*de la misma manera que no es posible fundamentar una infracción objetiva del deber de la mera causalidad, tampoco es posible hacerlo de una previa infracción legal*”. DEMETRIO CRESPO, “Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas”, p. 3.

atividades ilícitas, mas que permanecem – no mínimo – na mesma esfera de desígnios delitivos, essa não pode subsistir sem uma dogmática sustentável²⁹⁶.

A posição de garante não pode derivar da infração desses deveres, uma vez que deles não se extrai qualquer “injusto de comportamento” de argumentação material ou valorativa²⁹⁷. Não obstante, é com a formalização destes deveres que se viabiliza as divisões de competência e o âmbito de domínio do empresário. Para que se estabeleça uma posição de garantia, conforme estudado, é necessário encontrar elementos que permita a equiparação entre a omissão e a ação. Essa equiparação deve residir justamente no domínio do agente sobre a causa do resultado, sendo, logo, o fundamento da posição de garante.

Com a materialização dos âmbitos de competência do empresário, torna-se possível a verificação de seu domínio em virtude da vigilância exercida pelo poder de mando e informação sobre seus subordinados ou em virtude de custódia sobre os objetos e procedimentos perigosos da empresa, que podem eventualmente vir a se materializar no decorrer da atividade.

O empresário é a expressão primeira da empresa como espírito e vontade, como centro pessoal de controle, convergindo nele o plano a partir do centro de direção pessoal que estabelece o domínio sobre seus subordinados e eventuais perigos que possa decorrer da atividade de sua empreitada. É assim que se institui a posição de garantia do dirigente empresarial.

Essa verificação, porém, não cinge a problemática, posto que a realidade da conjuntura empresarial e da própria dogmática faz emergir questionamentos sobre os limites dos deveres de garante e mesmo sobre sua validade. Neste sentido, relevantes a realidade da delegação de competências, o princípio da autorresponsabilidade e mesmo o dolo e negligência, autoria e participação²⁹⁸. É preciso tecer algumas considerações sobre a delegação de competências, ponto mais afeto à questão do *Compliance Officer* e, também, sobre a questão da autorresponsabilidade²⁹⁹.

²⁹⁶ DEMETRIO CRESPO, “Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados.”, p. 2.

²⁹⁷ *Ibidem.*, p. 17.

²⁹⁸ Assim, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, p. 535 ; DEMETRIO CRESPO, “Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados.”, p. 22.

²⁹⁹ Com o cuidado de não se dispersar do objeto e da proposta do trabalho, os pontos acerca dos elementos subjetivos do fato (dolo e negligência) e autoria e participação não serão abordados com qualquer profundidade.

4.1.2. *Quais delitos no cenário da criminalidade empresarial?*

Antes, porém, é preciso analisar quais classes de delito estão inseridas no contexto da criminalidade empresarial e que estejam presentes no contexto dos deveres de garantia dos dirigentes empresariais.

A doutrina alemã tem feito uma distinção entre duas modalidades presentes na criminalidade empresarial: a *Betriebskriminalität* – criminalidade na empresa - e a *Unternehmenskriminalität* – criminalidade da (ou através da) empresa. A primeira também chamada de criminalidade *ad intra*, trata-se de comportamentos delitivos dirigidos contra bens jurídicos da própria empresa, e a segunda, também chamada de criminalidade *ad extra*, abarca os delitos contra bens jurídicos de terceiros³⁰⁰.

A criminalidade na empresa³⁰¹ trata-se dos delitos praticados no interior da empresa, levados a cabo pelos trabalhadores contra os interesses da própria organização (ou contra os interesses de seus sócios, administradores, ou dos próprios trabalhadores). A criminalidade de empresa, por outro lado, é aquela em que os delitos são cometidos por meio de uma empresa, ou seja, delitos que se perpetram pela atuação que se desenvolve em interesse da empresa³⁰².

Na primeira modalidade, os delitos se submetem às regras do Direito Penal clássico, sem dificuldades e entorses na dogmática jurídico-penal tradicional³⁰³, embora também essa tenha se tornado uma preocupação no cenário empresarial por representar igualmente grandes perdas econômicas, além de perdas no prestígio da empresa e colocação em perigo

³⁰⁰ SANLLEHÍ, José R. Agustina, “Fenomenología del employee crime: Bases para definir estrategias de prevención del delito intraempresarial”, *Política criminal*, vol. 5, , 2010, p. 355. Distinção proposta por Schünemann. Cf. SCHÜNEMANN, *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmaticas y de politica criminal*, p. 17–18.

³⁰¹ Sobre a questão semântica e a tradução dos vocábulos do alemão para o espanhol, Cf. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, p. 133. “[...] conviene aclarar que aunque los susodichos vocablos (*Unternehmen* y *Betrieb*) se traducen usualmente al idioma español con la misma palabra (“empresa”), en realidad habría que matizar que, en ocasiones, la doctrina alemana otorga a ambos términos un significado diferente, en consonancia con el uso que de ellos hace el legislador en algunos preceptos. De ahí que algunos traductores empleen la palabra “empresa” para reflejar el término alemán “*Unternehmen*”, en el sentido de designar la actividad orientada a un fin mercantil determinado, mientras que reservan la palabra “establecimiento” como equivalente del vocablo “*Betrieb*”, con el fin de aludir al conjunto de instrumentos, materiales y humanos, utilizados por el empresario para llevar a cabo la referida actividad”.

³⁰² *Ibidem.*, p. 133–134.

³⁰³ SCHÜNEMANN, *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmaticas y de politica criminal*, p. 18.

das relações econômicas da entidade³⁰⁴. Além disso, conforme bem pondera José Augustina Sanllehí, poderia se estabelecer nexos de união entre ambas as modalidades, sendo possível talvez se verificar que uma criminalidade *ad intra* é capaz de refletir posteriormente em uma criminalidade *ad extra*. Ademais, se se verificasse que a comissão de delitos *ad intra* fosse facilitada pela ausência de controles internos na empresa, isso poderia ter um efeito criminógeno na criminalidade *ad extra*³⁰⁵.

A segunda modalidade (criminalidade da empresa) acaba por provocar novas questões dogmáticas, político-criminais e criminológicas específicas, tencionando as regras e princípios jurídicos da criminalidade clássica. São delitos praticados geralmente de forma fragmentária por meio da divisão de tarefas na estrutura de uma empresa, que tem o condão de dificultar a identificação dos responsáveis pelo fato ilícito³⁰⁶.

Parece ser determinante, sob a ótica de um domínio sobre a causa do resultado que dá o fundamento material da equiparação da ação à omissão, que o fato delitivo emane da empresa como organização estruturada na divisão de funções e atinja a esfera de terceiros alheios à esta organização *per se*. Ademais, os elementos e procedimentos perigosos que podem derivar da atividade empresarial devem ser entendidos como todos aqueles empreendidos para – e/ou consubstanciados na – atividade fim da empresa³⁰⁷. É essa concepção que se deve levar em consideração para se verificar qual tipo de criminalidade poderia implicar em deveres de garante, embora passível, ainda, de muitos questionamentos.

4.1.3. O princípio da autorresponsabilidade

Quando se fala em responsabilidade penal por um crime comissivo por omissão na empresa, uma primeira barreira parece galgar à frente: o fato delitivo é cometido por um sujeito plenamente responsável. Portanto, trata-se da questão sobre a possibilidade de se

³⁰⁴ MUÑOZ, Nuria Pastor, “La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, no. 4, 2006, p. 3.

³⁰⁵ SANLLEHÍ, “Fenomenología del employee crime: Bases para definir estrategias de prevención del delito intraempresarial”, p. 356.

³⁰⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, p. 133–134 ; SCHÜNEMANN, *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal*, p. 17–19.

³⁰⁷ Em sentido diverso, cf. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “La delegación como mecanismo de prevención y de generación de deberes penales”, in NIETO MARTÍN, Adán, org., *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 175–176.

atribuir responsabilidade penal por um fato antijurídico de um terceiro. Não há dúvidas acerca dessa possibilidade para casos prototípicos como o dos pais em relação aos filhos ou dos professores pelas infrações cometidas por menores durante o horário escolar³⁰⁸. O fundamento primeiro dos deveres de garantia surgiu no contexto da responsabilidade por fatos ilícitos clássicos cometidos por inimputáveis. Caso diverso dos delitos cometidos no âmbito da empresa.

A autorresponsabilidade de um terceiro opera como asseguração do próprio âmbito de liberdade e, para que se possa afirmar uma intervenção por omissão, é necessário que o próprio âmbito se configure de tal forma que implique em uma conexão com a comissão de um delito de terceiros autorresponsáveis. Ou seja, a intervenção por omissão deve se inserir no desenrolar de um fato levado a cabo por outro sujeito, de maneira a formar parte de um todo³⁰⁹.

No contexto do Direito Penal empresarial, contata-se a redução do alcance do princípio da autorresponsabilidade diante da posição de garante do empresário por comportamentos imprudentes dos trabalhadores³¹⁰. O fundamento para tanto se baseia na ideia de que o trabalhador se encontra em uma situação de necessidade, intrínseca à relação laboral. Silva Sánchez também traz uma fundamentação alternativa, que considera a existência de vieses cognitivos nos trabalhadores, derivados pela habituação ao risco e sua consequente tendência a subestimá-los. Estes vieses teriam o condão de afetar a racionalidade que levaria a uma diminuição da autorresponsabilidade que requer racionalidade plena. Caberia, pois, ao empresário neutralizar tais vieses com as devidas técnicas de formação e informação³¹¹.

Como esclarece Demetrio Crespo, é opinião dominante que o princípio da responsabilidade por fato próprio não se contrapõe com o dever do empresário de impedir fatos delitivos pelos subordinados na empresa que trabalham com fontes de perigo sob o poder de domínio do garante³¹².

³⁰⁸ DEMETRIO CRESPO, “Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados.”, p. 11–12.

³⁰⁹ ROBLES PLANAS, “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito: (El ejemplo de la intervención por omisión)”, p. 10.

³¹⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, p. 534.

³¹¹ SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, p. 46.

³¹² DEMETRIO CRESPO, “Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados.”, p. 12.

4.1.4. A delegação de funções

A característica principal que se extrai deste quadro de criminalidade econômica em ambientes empresariais é a dificuldade de se verificar responsabilidades diante do elevado grau de descentralização com a delegação de funções e poderes. Se, por um lado, somente com a coordenação de ações particulares seria possível a eliminação de perigos, dado que os objetos e procedimentos perigosos surgem como consequência da divisão de trabalho verificada na estrutura empresarial, por outro tem-se que a consolidação de fragmentos de diversas esferas de liberdade de atuação pode resultar em uma “organizada irresponsabilidade”, fulminando, logo, em uma não responsabilidade do dirigente³¹³.

Neste cotejo, importante lembrar que Schünemann menciona haver responsabilidade de garantia dos superiores pelas ações de seus subordinados, assentada na hierarquia da empresa e poder de mando, o que é compatível com a delegação de poderes, posto que o domínio pessoal é permanente ante à descentralização³¹⁴.

A delegação, pois, é um mecanismo legítimo e de relevante importância para o devido funcionamento da empresa³¹⁵, consistente na cessão ou transferência do âmbito de competência ou parte dele por um sujeito (delegante) a outro (delegado). Este procedimento, além de estar relacionado com a divisão de trabalho por supor uma repartição de tarefas, acarreta a transformação das esferas de responsabilidade dos sujeitos nele envolvidos, o que implica em uma relevância jurídico-penal³¹⁶.

Cumprido destacar que este mecanismo pode possuir diversas facetas e abrange diversos objetos, classes e efeitos, que serão abordados de forma direcionada e objetiva neste trabalho no tocante à figura do *Compliance Officer*. Por ora, algumas considerações básicas e conceituais são necessárias.

Importante, assim, tecer algumas observações sobre o entendimento de Montaner Fernández, para a qual o empresário não é apto a realizar uma delegação de funções aos demais dirigentes, ao menos não ao âmbito funcional ou material sobre o qual estes últimos

³¹³ SCHÜNEMANN, *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmaticas y de politica criminal*, p. 25 e 32.

³¹⁴ *Ibidem.*, p. 35 e ss.

³¹⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, p. 536.

³¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, p. 93.

possuem competência. Isso porque, para a autora, do próprio conceito de delegação deriva a necessidade de que o delegante disponha da competência sobre o que se constitui como o objeto da cessão³¹⁷. Assim sendo, o que ocorre é que neste nível de organização da empresa não há de se falar em delegação de funções, mas sim em uma mera atribuição de âmbitos de competência (divisão de trabalho em sentido formal)³¹⁸.

Entretanto, parece mais acertada a concepção de Silva Sánchez, que diz que o termo “delegação” se emprega em sentido material, amplo, diverso do sentido estrito extraído do direito das sociedades. Deste modo, a delegação é possível desde o nível dos órgãos da administração, posto que estes são materialmente delegados da empresa. A competência originária é do empresário, tendo em vista que este cria uma organização para a produção e distribuição de bens ou para a realização de serviços, o que acarreta na assunção do compromisso de que da mesma não resulte fatos lesivos – do mesmo modo que toda pessoa física assume o compromisso de que, de sua esfera de organização não surjam lesões a bens jurídicos alheios. Essa competência, logo, é delegável. A empresa delega no administrador, e o órgão colegiado de administração pode delegar a gestão imediata da sociedade, o que permite que se produza, assim, sucessivos atos de delegação aos empregados nos diversos níveis hierárquicos. Configura-se, desta forma, um organograma de competências que afeta significativamente o modo de atribuição de responsabilidade penal³¹⁹.

É preciso levar em conta que o empresário detém o domínio de sua empreitada e precisa levar a cabo a atividade fim de seu negócio. Tendo o domínio desta atividade fim, pode o empresário, portanto, delegar as tarefas fragmentárias necessárias para se atingir sua finalidade. Com o início da atividade empresarial já se estabelece os primeiros âmbitos de domínio do empresário que, com os poderes de mando, organização e coordenação, também implica na assunção, bem explicada por Silva Sánchez, do compromisso de que dessa esfera de organização não surjam lesões de bens jurídicos a terceiros.

³¹⁷ *Ibidem.*, p. 94. Silva Sánchez dá o exemplo do empresário que não pode ser delegante do responsável do departamento de produção, pois não tem conhecimentos nem capacidade técnica ou profissional para este cargo.

³¹⁸ MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal: A propósito de la gestión medioambiental*, p. 87.

³¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas”, in BACIGALUPO, Enrique, org., *Empresa y delito en el nuevo código penal*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997, p. 14.

Com o exercício de seus poderes, por meio da organização empresarial que pode se dar pela delegação, há uma transformação nas suas próprias competências, ou seja, no âmbito de seu domínio e, conseqüentemente, dos deveres de garantia dele resultante, conforme profusamente explicado anteriormente. Disso se extrai que, se a delegação vem acompanhada de dotação do necessário domínio, pode isso fazer surgir uma nova posição de garantia, já que, desde o momento em que o sujeito assume o âmbito de competência, assume também uma responsabilidade especial³²⁰.

Isso não implica, entretanto, em uma isenção de responsabilidade do delegante no caso de assunção de posição de garantia pelo delegado. A delegação modifica ou transforma o conteúdo do dever primário de garantia, ou seja, o delegante retém competências consigo e seu dever originário não desaparece totalmente³²¹.

Neste panorama, Schünemann fala em cotitularidade de custódia, onde tanto delegante quanto delegado passa a ser responsável conforme sua parcela de domínio³²². O fato de possuir o dever de garantia originária resulta na manutenção de uma série de deveres ou competências, posto que pela obrigação primária de delegar a pessoas idôneas para assumir a atividade objeto da delegação, o delegante mantém uma competência residual, consistente basicamente no dever de vigilância e supervisão sobre o delegado, assegurando que este cumpra com os deveres por ele assumidos³²³.

Em síntese, o delegante transmite as funções e uma parte de seu âmbito de domínio. Com isso, se estabelece um novo âmbito de domínio para o delegado, que passa a exercer tal domínio nos limites de sua particular “quota-parte”³²⁴ e, assim, faz surgir, em sendo o caso, a respectiva posição de garantia. Para o delegante, por sua vez, se estabelece um novo âmbito de competências.

Como acima explicado, o empresário tem o dever de garantir que não se produza lesões a bens jurídicos fora de sua esfera de organização, diante de seu domínio inicial sobre as coisas perigosas da empresa que podem gerar *outputs* lesivos com o desenvolver da atividade, e pelo domínio resultante de seu poder de mando sobre os subordinados que emana

³²⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, p. 536.

³²¹ *Ibidem*.

³²² SCHÜNEMANN, *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal*, p. 31.

³²³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, p. 536.

³²⁴ Como nota 268.

um dever de vigilância que o empresário retém – posto se tratar de um domínio permanente ante à descentralização – mesmo após os mecanismos de delegação.

Com a origem da empresa, levando-se em consideração o estatuto da instituição e a titularidade primária dos âmbitos de domínio dos dirigentes com a consequente empregabilidade dos demais colaboradores da empresa, aqueles mantêm seus deveres de garante sobre a conduta de seus subordinados, de maneira que os superiores hierárquicos se encontram em uma posição de garantia que integra um dever de vigilância³²⁵.

Diante deste dever de vigilância, ligado ao controle do foco de perigo, e com as novas demandas normativas de implementação de sistemas de controle e vigilância dentro da empresa, a alta cúpula da organização pouco tem condições de exercer apropriadamente tais deveres, sendo necessária a implementação de setores internos responsáveis por esta função³²⁶.

Diante disso, torna-se oportuna a delegação da função do próprio dever de vigilância, sendo possível, diga-se, referida delegação³²⁷, que tem sido, cada vez mais nas empresas, dirigida aos responsáveis pelos setores de *Compliance*.

4.2. A posição de garante nos setores de *Compliance*

Sendo possível, portanto, essa delegação dos deveres de vigilância, um novo âmbito de competências e domínio se estabelece nos setores responsáveis pelo programa de *Compliance* e, com ele, surge uma nova posição de garantia. Assim, torna-se imprescindível

³²⁵ Assim, SILVA SÁNCHEZ, “Deberes de vigilancia y compliance empresarial”, p. 79. “[...] *los superiores jerárquicos tienen deberes de garante sobre la conducta de sus subordinados. Ello vale para cualesquiera organizaciones pero, de modo particular, para la empresa. Así, se considera que los superiores jerárquicos de la estructura empresarial (por ejemplo, el administrador o los integrantes del consejo de administración de una sociedad mercantil) se encuentran en una posición de garantía, que integra un deber de vigilancia*”.

³²⁶ Embora essas normativas (em sentido amplo) de exigência de implementação de programas de cumprimento não sejam capazes, em regra, por si só, de estabelecer um dever jurídico-penal, elas reforçam a ideia da pré-existência dos deveres de garantia pelos dirigentes empresariais. Em sentido contrário, ou seja, de que a implementação de um *Compliance program* constitui um dever jurídico-penal, ver *Ibidem.*, p. 101.

³²⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, p. 536. Também, SILVA SÁNCHEZ, “Deberes de vigilancia y compliance empresarial”, p. 103. Para este, “*el deber de vigilancia propio de los órganos superiores de la empresa es delegable en terceros internos o externos a la empresa. Una forma de delegación especialmente relevante parece ser aquella en cuya virtud los órganos de administración de la empresa transfieren la gestión del programa de cumplimiento a un Compliance officer o a un departamento de cumplimiento integrado por varias personas bajo la dirección de un chief Compliance officer (CCO). Dentro de este departamento tendrían lugar, en principio, nuevas delegaciones*”.

a verificação apropriada de como se dá essa delegação, seus efeitos, limites, quais os domínios e competências assumidos pelos delegados, suas consequentes funções e como elas devem ser estabelecidas da maneira adequada e, em caso de fatos ilícitos praticados dentro do domínio dos encarregados pelo setor, como se daria a responsabilidade penal por eventual omissão, em atenção à toda a estrutura típica dos crimes comissivos por omissão.

4.2.1. A delegação dos deveres de vigilância

A delegação dos deveres de vigilância é possível e a análise de como esse mecanismo deve se estabelecer é essencial, tanto para se verificar os fundamentos e limites da posição de garantia do delegado, quanto para se verificar os deveres de garantia secundários retidos, posto que não há a liberação completa do delegante destes deveres. Neste caso, há uma reconfiguração do âmbito de domínio do delegante em contrapartida à criação da nova posição de garantia do delegado³²⁸.

Assim, a questão que se coloca é em que consiste o novo âmbito de competência e domínio do delegante após a delegação dos deveres de vigilância. Embora o responsável primário passe a ser o delegado, ao delegante ainda pode ser-lhe atribuído uma responsabilidade em caso de um fato penalmente relevante pela falha das funções que retém: a competência pela seleção do delegado; a vigilância e supervisão de sua atuação; a de informação e formação; a de dotação de meios econômicos e materiais; a de organização e coordenação da atuação harmônica dos delegados³²⁹.

O delegante deve escolher bem o delegado e deve delegar apropriadamente as funções, já que detém um cargo de vigilância e controle sobre o delegado, cabendo-lhe cuidar para que essas funções delegadas sejam devidamente cumpridas³³⁰. Há dois grupos, assim,

³²⁸ Neste sentido, de maneira bem elucidativa, SILVA SÁNCHEZ, “Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas”, p. 15. “*La realización (y aceptación) de un acto de delegación de competencias o funciones en el seno de la empresa tiene como efecto inmediato modificar las situaciones de competencia de partida. En lo que aquí interesa, ello conlleva, asimismo, una transferencia de responsabilidad. La delegación crea una nueva ‘posición de garantía’: la del delegado. Esto es, proyecta sobre este sujeto un nuevo ámbito de organización y de responsabilidad, al producirse una ampliación de su esfera de competencia en virtud de la asunción de funciones de control de riesgos*”.

³²⁹ *Ibidem.*, p. 17 ; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, p. 537.

³³⁰ LASCURAÍN SÁNCHEZ, “La delegación como mecanismo de prevención y de generación de deberes penales”, p. 177 e ss.

dos deveres do delegante: a) deveres relacionados à seleção, instrução e coordenação; b) deveres de vigilância, controle e supervisão³³¹, de maneira que se o empresário não transmitir a função e informações apropriadamente, e não vigiar da maneira correta a atuação do delegado, poderá recair a ele a responsabilidade.

A delegação deve cumprir requisitos para que possa ser considerada válida ou até mesmo lícita. Da delegação exige-se o exercício coordenado de duas esferas de autonomia, de um delegante livre e um que assume livremente as funções, e a cessão deve ser realizada com a entrega do necessário domínio para o cumprimento do dever, para uma pessoa que é capaz de desenvolvê-lo.

Desta forma, a delegação deve ser livre, com assunção livre, procedida com uma seleção adequada e dotação de domínio, bem como a respectiva função deve ser delegável. O delegante deve proceder com uma escolha adequada do delegado, dado que não pode eleger as consequências jurídicas decorrentes de sua escolha³³².

A delegação somente será idônea se for procedida com a devida dotação de domínio pelo delegado para que possa desenvolver corretamente sua nova competência e cumprir com seus deveres. Portanto, a ele deve incidir o apropriado poder de influência material e de direção pessoal, viabilizado pelo fornecimento dos instrumentos e meios necessários, bem como as informações precisas para seu devido desempenho³³³.

Estes são requisitos básicos para que se possa estabelecer um novo âmbito de domínio dentro da estrutura da empresa, e que disso possa emanar deveres de garante, tanto para o delegado quanto para o delegante, que por sua vez tem seu âmbito de domínio reconfigurado.

Na reconfiguração dos deveres de garante do empresário, o que antes eram deveres de controle e evitação de fatos lesivos passam a ser deveres de supervisão e vigilância do exercício das tarefas e funções do delegado. Em razão disso, é possível formular uma bipartição dos deveres residuais de vigilância, havendo, assim, deveres de supervisão ativa e deveres de supervisão passiva³³⁴.

³³¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, p. 537.

³³² LASCURAÍN SÁNCHEZ, “La delegación como mecanismo de prevención y de generación de deberes penales”, p. 172.

³³³ *Ibidem.*, p. 173.

³³⁴ DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, “Posición de garante del compliance officer por infracción del ‘ deber de control ’: una aproximación tópica”, in MIR PUIG, Santiago, BIDASOLO, Mirentxu Corcoy e MARTÍN,

No primeiro caso, exige-se do delegante a prática de tarefas ativas de supervisão, como investigação, inspeção, entre outras, de modo ordinário e periódico. No segundo caso, só se exige do delegante uma reação diante de indícios de que esteja ocorrendo uma situação na qual o obriga a reagir. Em geral, estão ligados ao dever de receber relatórios periodicamente.

A posição de garante do empresário, em regra, integra deveres de ambas as classes e, quanto mais próximo do foco de risco, maior o peso de supervisão ativa, tendendo a uma supervisão passiva à medida que se afasta do perigo na estrutura empresarial. A prática de um fato delitivo não prevenido ou detectado pelo responsável em estabelecer deveres de controle exige uma distinção entre o caso do sujeito que devia ter ativamente investigado e o caso do sujeito que estava apenas obrigado a atuar diante de certos indícios³³⁵.

Os responsáveis na empresa pela prevenção e detecção de delitos ostentam deveres na medida em que os assumem do empresário, podendo ser, assim, deveres de controle constituídos pela ação coordenada dos empregados, já que os responsáveis pelo *Compliance* assumem deveres inerentes ao poder de mando – como a formação dos trabalhadores e comunicação e relatórios a quem deve contar com a informação necessária para a tomada de decisões. O papel fundamental do responsável pelo *Compliance*, entretanto, está ligado aos deveres de supervisão e vigilância ostentado primeiramente pelo empresário, com o respectivo controle das tarefas e supervisão das pessoas sobre às quais o empresário já tenha delegado funções executivas³³⁶.

A dinâmica deste cenário é muito bem elucidada por Gómez-Aller³³⁷: O empresário delega a função de coordenação e execução para determinados sujeitos responsáveis por setores específicos da empresa como, v.g., setor financeiro, de produção, de *marketing*, recursos humanos, etc. Logo, o delegado passa a ter o domínio sobre seu respectivo setor, com o devido dever fundamentado neste domínio. O empresário, por sua vez, tem seu âmbito de domínio modificado, passando a deter um dever de vigilância e controle das atividades dos delegados. Após este primeiro mecanismo de delegação pelo empresário, este novamente volta a delegar seus deveres de vigilância e supervisão, agora para o responsável

Victor Gómez, orgs., *Responsabilidad de la Empresa y Compliance: Programas de prevención, detección y reacción penal*, Madrid, B de f, 2014, p. 344.

³³⁵ *Ibidem.*, p. 345.

³³⁶ *Ibidem.*, p. 346.

³³⁷ *Ibidem.*

pela função de *Compliance*. Tem-se, assim, uma nova modificação de âmbitos de domínio, onde o empresário passa de um dever de supervisão ativo (que o vinculava a atividades de vigilância e controle sobre os delegados) para ostentar um dever de supervisão passivo (consistente em manter certo grau de comunicação com quem agora executa materialmente as tarefas de vigilância e controle, com a conseqüente reação nos casos em que lhe é comunicado uma situação de perigo em que tem que atuar).

Em síntese, e recapitulando: o empresário ostenta uma posição de garantia diante do seu domínio sobre a causa do resultado, pelo domínio sobre as coisas e procedimentos perigosos que podem decorrer do desenvolvimento da atividade da empresa, e pelo seu poder de mando sobre os subordinados. Para viabilizar a atividade fim de seu empreendimento, o empresário não apenas pode, como deve delegar funções internamente para outros sujeitos, e assim o faz, delegando a coordenação e execução de tarefas em diferentes ramos intraempresariais, reconfigurando seu âmbito de domínio e deveres dele derivados para o de vigilância e controle dos delegados. Após, ainda pode delegar este mesmo dever de vigilância e controle “residual” para o responsável pelo *Compliance*.

À vista disso, torna-se imprescindível verificar quais as competências, funções, tarefas, e âmbito de domínio que o responsável pelo departamento assume na estrutura empresarial para melhor analisar sua posição de garantia.

4.2.2. *O que assume o Compliance Officer?*

Embora já perfilado em breves linhas a posição dos programas de *Compliance* na estrutura empresarial e suas funções e atividades, é necessário um aprofundamento maior e direcionado agora para uma análise mais apropriada da posição de garantia neste setor.

Oras, conforme visto, a equiparação da omissão com a ação se dá pelo domínio sobre a causa do resultado. O domínio, por sua vez, fundamenta o dever de garantia. No cenário empresarial, o âmbito de domínio vai se verificar juntamente com as competências e funções do sujeito que ostenta um cargo na estrutura da organização, pois é a partir disso que se verifica o verdadeiro fundamento material dos deveres de garantia.

Em regra, e tradicionalmente, riscos legais e *Compliance* são geridos pelo conselho de administração, ou pelo sócio administrador, juntamente com uma equipe de apoio do

departamento jurídico ou mesmo por advogados externos. No entanto, cada vez mais os conselhos procuram atribuir essas matérias para *experts* da área, envolvendo-se apenas reativamente nas situações de perigo que lhe são comunicadas e que devem atuar. Fazer uma empresa cumprir com todos os deveres jurídicos é uma tarefa árdua, diante dos possíveis milhares de processos e transações diárias realizados por milhares de empregados. Uma quebra no processo ou uma falha de um empregado pode levar a uma queda. A questão, portanto, é reduzir a probabilidade de erro ao mínimo aceitável, mantendo a atividade dentro do risco permitido³³⁸.

Há uma grande dificuldade em desenvolver diretrizes padronizadas que possam valer para toda empresa, uma vez que cada uma carrega especificidades que fazem com que os requisitos de *Compliance* variem de acordo com o ramo da atividade e suas regulações, mas é possível estabelecer vetores gerais para o estabelecimento das bases de um programa sólido. Há um consenso cada vez maior de que é necessária uma organização de *Compliance* em um setor separado e independente, sendo, inclusive, o que tem sido exigido pelas legislações de diversos países. Estes departamentos, como visto, devem ser liderados por trabalhadores sujeitos do mecanismo de delegação pelo empresário acima explicado, em regra recebendo a denominação de *Compliance officers*, que se reportam a um dirigente superior (geralmente seu delegante) com maior poder de mando e veto³³⁹. O CO, como alto responsável em matéria de cumprimento, é um sujeito hierarquicamente inferior ao administrador ou à alta direção, ocupando uma posição de um alto dirigente³⁴⁰.

Embora haja uma tendência a um aumento de legislações que requerem a implementação de um programa de *Compliance*, estabelecendo, inclusive, diretrizes gerais de como deve se dar tal programa, ainda há uma grande variação de seu funcionamento no cenário empresarial³⁴¹. Essa realidade reforça a necessidade de se formalizar todo o mecanismo de delegação do empresário para o responsável de *Compliance*, devendo documentar a qualificação do delegado, os recursos que o delegado terá para o exercício de suas funções, todas as competências, funções, atividades a serem exercidas, a quem e como

³³⁸ KURER, *Legal and compliance risk: A strategic response to a rising threat for global business*, p. 100.

³³⁹ *Ibidem.*, p. 105, 113, 114 e 143.

³⁴⁰ MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, “El criminal compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 2015, p. 748.

³⁴¹ Como por exemplo, o status do responsável pelo setor pode variar, a fragmentação do próprio setor, a quem o setor se reporta, podendo ser diretamente ao Conselho de Administração, ao CEO, ou até mesmo para outro dirigente executivo de alto cargo na empresa, entre outras variações.

irá reportar as atividades e situações de riscos, como será realizada a supervisão do delegado pelo delegante e o consentimento do delegado assumindo seu novo âmbito de domínio³⁴².

Não se trata de buscar o fundamento da posição de garantia em uma fonte formal, mas é essa formalização que pode servir de norte para a devida verificação do fundamento material do dever de garantia. É com a normativa, estatuto, contratos, entre outros documentos da própria empresa que se pode fazer uma análise do âmbito de domínio de cada colaborador, sempre com a ciência de que o mais importante é a verificação da materialidade do domínio exercido no caso concreto.

Os programas de *Compliance* vão além da adoção de medidas de vigilância, integrando também medidas de formação, com vistas à neutralização de fatores culturais ou dinâmicas de grupo que podem favorecer fatos ilícitos, como também incentivar culturas de grupo de fidelidade ao direito. Silva Sánchez, neste sentido, diz que a relação entre *Compliance* e dever de vigilância jurídico-penal é uma relação de gênero e espécie, por três motivos: porque as medidas de *Compliance* têm um objetivo mais amplo que evitar delitos; porque tratam de obter o objetivo mediante medidas que vão além da imposição e deveres de vigilância; porque da mera implantação formal do programa não se pode inferir automaticamente o cumprimento cuidadoso do dever jurídico de vigilância pelos empresários³⁴³.

Compliance tem uma função, portanto, que está muito ligada à política de integridade e ética empresarial que vai além da observância à ordem jurídica aplicável à empresa³⁴⁴. E, no estrito ponto de atenção às fontes de perigo que podem emanar da atividade empresarial, uma importante tarefa do setor de *Compliance* é justamente a correta avaliação dos riscos em que a empresa está sujeita, que deve ser realizada em atenção às principais normas aplicáveis ao setor³⁴⁵.

Como bem observado por Frisch, uma das questões primordiais é determinar quais os cursos causais lesivos que, pelo dever de garantia do empresário – delegável ao setor de

³⁴² Com exemplo dessa formalização, ver LASCURAÍN SÁNCHEZ, “La delegación como mecanismo de prevención y de generación de deberes penales”, p. 177 e ss.

³⁴³ SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, p. 193–194.

³⁴⁴ Como nota 83.

³⁴⁵ Casos, por exemplo, das legislações anticorrupção, legislações antitruste, leis de prevenção à lavagem de dinheiro, as de proteção ao consumidor, as de fraudes corporativas, tributárias, trabalhistas e de proteção ambiental, além das demais legislações que tipificam condutas que podem emanar da atividade empresarial e lesionar terceiros. Assim, vide notas 75 e 76.

Compliance – devem ser impedidos e que, “*exigir el control o la vigilancia activa de todas las posibles fuentes de peligro sería exigirle a la empresa en exceso*”³⁴⁶.

Um programa de *Compliance* tem um âmbito de atuação abrangente, conforme visto, atrelado não somente ao devido cumprimento de regras jurídicas, como também de regras éticas. Na vertente de vigilância das regras jurídicas, estas podem ter natureza civil, administrativa, trabalhista, ambiental e penal. Por lógica, a posição de garante em análise está atrelada à observância das normas jurídico-penais, na função de evitar cursos lesivos, ou potencialmente lesivos, a bens jurídicos.

Mas isso não é ainda suficiente para a devida verificação dos limites dos deveres de garante. É preciso lembrar que a criminalidade empresarial engloba delitos decorrentes da criminalidade na empresa (*Betriebskriminalität*) e a criminalidade da empresa (*Unternehmenskriminalität*). O *Compliance Officer*, como bem destaca Prittwitz, embora assuma uma função preventiva e, com isso, uma proteção de bens jurídicos de terceiros, age primeiramente no interesse da própria empresa³⁴⁷. A missão primeira, que vem já desde o empresário delegante, é a defesa do empreendimento das ameaças que possam vir a prejudicar o negócio. Apenas em um segundo momento vem a preocupação de evitar delitos que correspondam à lesão de bens jurídicos alheios³⁴⁸.

A se considerar a abrangência de observância por parte do *Compliance officer* quanto às regras éticas e jurídicas, bem como a posição de garante ostentada pelo empresário e os mecanismos de delegação legítimos de vigilância e controle para os responsáveis pelo *Compliance*, conforme exposto até aqui, é de se concluir pela concretização das duas vertentes de proteção por parte deste setor: a dos interesses da própria empresa e dos bens jurídicos de terceiros.

Entretanto, importante se atentar que deveres jurídico-penais são limitados e não emanam de qualquer situação. É preciso lembrar que a posição de garante do empresário está ligada ao seu âmbito de domínio sobre as coisas e procedimentos perigosos derivados

³⁴⁶ FRISCH, Wolfgang, “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo”, in MIR PUIG, Santiago e LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, orgs., *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, José Maria Bosch Editor, 1996, p. 116 e 118.

³⁴⁷ PRITTWITZ, Cornelius, “La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los compliance officers”, in KUHLEN, Lothar, MONTIEL, Juan Pablo e GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina, orgs., *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 214.

³⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, “Deberes de vigilancia y compliance empresarial”, p. 177.

da atividade de sua empresa e sobre seu poder de mando, de maneira que deve evitar resultados lesivos para bens jurídicos alheios. Isso já foi devidamente explanado. O que deve ser levado em consideração é que, embora se exija uma proteção dos interesses da própria empresa, trata-se isso, a princípio, de uma questão *interna corporis*. O dever de garantia está atrelado a resultados lesivos a terceiros resultantes da própria atividade da empresa.

Neste ponto, o princípio da autorresponsabilidade funciona como um importante limitador. Como bem elucidou Schünemann³⁴⁹, o excesso praticado no interesse privado de um subordinado não gera um dever de evitar o resultado por parte do empresário, ou de seu delegado. Mas tudo vai depender do caso concreto. Pegue-se o exemplo de um gerente de uma instituição financeira que, por interesse próprio, utilizando-se de sua função e dos meios e procedimentos a que tem acesso em razão dela, passa a desviar valores de contas de clientes para outra conta. Trata-se, a princípio, do excesso de um subordinado, mas utilizando-se da atividade da empresa para praticar um delito. Os limites do que seria uma criminalidade da empresa que gera lesões a terceiros e que possam “ativar” um dever penal de evitar o resultado não são de fácil averiguação e é objeto de muita divergência³⁵⁰.

Em que pese este difícil ponto, uma devida análise concreta, levando-se em conta o fundamento da equiparação da omissão com a ação no domínio (material e pessoal) sobre a causa do resultado, pautado no compromisso de que da esfera de organização da atividade empresarial não resulte fatos lesivos a terceiros, é possível se concluir se havia um dever pelo empresário (ou pelo responsável do setor de *Compliance*) de evitar o resultado³⁵¹.

Valiosa, assim, a preleção de Robles Planas, para o qual a organização da empresa nos diversos níveis hierárquicos não exonera o empresário da obrigação de evitar que em ditos níveis surjam perigos para o demais, e que é de suma relevância verificar quais concretos perigos derivados da atuação dos empregados são os que se integram na posição de garantia dos órgãos diretivos. Neste sentido, para o autor, o empregado é um sujeito autorresponsável, de maneira que se este atua, na comissão de fatos delitivos, inteiramente

³⁴⁹ SCHÜNEMANN, *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal*, p. 35 e ss.

³⁵⁰ Neste sentido, Montaner Fernández bem expõe, citando demais autores, as posições divergentes. Para a autora, inclusive, o *Compliance officer* é um mero órgão auxiliar que não assume uma obrigação geral de impedir delitos. MONTANER FERNÁNDEZ, “El criminal compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones”, p. 751 e ss.

³⁵¹ Sobre esta questão, ainda, cf. SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, p. 153 e ss. Também sobre esta questão, e com uma visão mais restritiva, cf. LASCURAÍN SÁNCHEZ, “La delegación como mecanismo de prevención y de generación de deberes penales”, p. 175–176.

como particular, ainda que no contexto fático da empresa, deverá responder ele exclusivamente. Entretanto, se o empregado comete o delito utilizando o específico potencial de atuação – seja material, seja jurídico – que lhe é conferido como membro da empresa, a ser conhecidas as intenções delitivas do subordinado, a cúpula da empresa não pode recorrer à autorresponsabilidade do empregado e nem ao âmbito do risco permitido³⁵².

Levando-se em conta este cenário, é importante verificar quais as competências, funções e atividades que devem ser desenvolvidas pelo responsável por *Compliance* na empresa para levar a cabo estes deveres de proteção e vigilância.

4.2.3. As funções, atividades e competências do Compliance Officer

Como já devidamente exposto neste trabalho, embora não haja um programa padronizado de *Compliance*, que está sempre sujeito às peculiaridades da empresa e do ramo da atividade por ela desenvolvida, alguns prospectos e objetivos principais servem como vetores para a implementação do programa³⁵³. Assim, por exemplo, primordial que o programa contenha: uma devida avaliação dos riscos da atividade; a emissão de políticas internas de condutas e códigos éticos; a formação dos empregados de acordo com essas diretrizes da empresa; a delimitação dos âmbitos de competência na estrutura da organização; criação de mecanismos de comunicação interna; sistemas de investigação interno; avaliação periódica do sistema e a devida documentação das atividades de *Compliance*.

Essas atividades devem ser implementadas e lideradas pelo responsável do setor, o *Chief Compliance Officer* que, como também já exposto, deve preencher alguns requisitos, os quais, primeiramente, coincidem com os requisitos do mecanismo da delegação, já que o delegado – e, no caso, delegado responsável pelo *Compliance* – deve tratar-se de uma pessoa com capacidade, com conhecimentos, formação e acesso a recursos materiais e financeiros suficientes para o exercício de sua função³⁵⁴.

³⁵² ROBLES PLANAS, “El responsable de cumplimiento («Compliance Officer») ante el derecho penal”, p. 323.

³⁵³ Ver notas 86 e 87.

³⁵⁴ Ver notas 94 e 95.

A tipologia do responsável de cumprimento pode variar, podendo ser aquele que desempenha fundamentalmente funções executivas ou de coordenação, como parte ou às ordens de um comitê ou órgão de vigilância; aquele responsável que pertence à alta direção e que dirige o departamento de *Compliance*, ou o responsável de cumprimento que atua como representante de interesses coletivos, com um grau de autonomia relevante frente ao Conselho e cuja função persegue um interesse próprio diverso do interesse da empresa³⁵⁵.

Neste momento, assim, cabe uma leitura mais pormenorizada dessa figura que, em regra, não encontra definição e tampouco diretrizes funcionais e de competência nas legislações. Entretanto, como ensina Adán Nieto, a lei chilena exige que o encarregado de prevenção seja nomeado pelo Conselho de Administração, que conjuntamente com ele determine os elementos do sistema de cumprimento, inclusive a forma de supervisão, e que o encarregado detenha os meios suficientes para sua função, e que tenha acesso direto ao Conselho. As *Sentencing Guidelines* norte-americanas, por sua vez, exigem que o responsável pertença ao pessoal de alta administração, com independência e com estreita relação com o Conselho de Administração³⁵⁶.

Portanto, assim como as atividades do setor e do programa em si, as competências e funções do responsável pelo *Compliance* não encontram um padrão estabelecido, o que dificulta a análise de seus perfis e, em concreto, sua possível responsabilidade penal por não evitar delitos em uma empresa. Como bem esclarece Dopico Gómez-Aller, levando-se essa realidade em consideração, dificilmente pode-se fazer afirmações gerais como “o *Compliance Officer* tem dever de garante” ou “o *Compliance Officer* não tem dever de garante”, nem é possível, igualmente, tomada de posições muito gerais sobre como valorar sua omissão³⁵⁷. O que é possível, entretanto, é estabelecer algumas orientações funcionais gerais que norteiam o exercício deste cargo, cuja atuação poderá variar em determinados graus³⁵⁸ e, assim, verificar em abstrato uma possível configuração de uma omissão imprópria.

³⁵⁵ NIETO MARTÍN, Adán, “La institucionalización del sistema de cumplimiento”, in NIETO MARTÍN, Adán, org., *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 200.

³⁵⁶ *Ibidem.*, p. 193–194.

³⁵⁷ DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Posición de garante del compliance officer por infracción del ‘deber de control’: una aproximación tópica”, p. 340.

³⁵⁸ BERMEJO, Mateo G. e PALERMO, Omar, “La intervención delictiva del compliance officer”, in KUHLEN, Lothar, MONTIEL, Juan Pablo e GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina, orgs., *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 181–182.

As competências do *Compliance Officer* estão assentadas em três pilares fundamentais: prevenção, detecção e informação, que vão alicerçar a atuação do *Compliance Officer* ao longo das três etapas do programa de cumprimento: o desenho do programa; a implementação do programa; o controle interno³⁵⁹.

O desenho do programa por parte do Oficial de Cumprimento deve, via de regra, ser aprovado pela Administração da empresa e deve satisfazer os padrões de qualidade impostos pela legislação do setor e pelas normas técnicas respectivas³⁶⁰. As duas tarefas principais nessa etapa é a avaliação dos riscos que estão ligados à atividade da empresa e o consequente estabelecimento das políticas e procedimentos internos, os códigos de conduta, códigos éticos, controles organizativos entre outros³⁶¹. Para um apropriado desenho do programa, é imprescindível a atenção ao ordenamento jurídico, tanto com eventuais legislações que ditam a necessidade de se implementar o programa com suas respectivas diretrizes, quanto com as chamadas “*big nine*” – principais legislações de interesse empresarial³⁶².

Nesta etapa a responsabilidade jurídica recai na qualidade do desenho e sua adequação com as exigências normativas. Haverá uma eventual responsabilidade do *Compliance Officer* que propor à administração da empresa um programa inidôneo para os fins de *Compliance* e este programa for aprovado com base no princípio da confiança. Entretanto, esta etapa é mais sensível para a responsabilidade do próprio empresário pelos deveres de garante residuais da delegação por uma eventual má escolha do delegado³⁶³.

A implementação do programa pelo responsável, por sua vez, consiste na realização do programa desenhado, assegurando sua aplicação na organização para proporcionar o devido cumprimento por todos os colaboradores da empresa. O *Compliance Officer* deve liderar os processos e atividades desta etapa³⁶⁴, geralmente consistentes na difusão das

³⁵⁹ *Ibidem.*, p. 182–183.

³⁶⁰ *Ibidem.*, p. 182.

³⁶¹ Assim, o CO deve estabelecer o contexto da empresa - como, *v.g.*, a atividade da instituição, as partes interessadas, relação com a administração pública, processos operativos, estrutura da organização, conhecer o entorno regulatório, entre outros) - deve identificar os riscos relacionados com a atividade, com os produtos e serviços, com os canais de distribuição, com as áreas geográficas e de normas de conduta. Após, fazer uma análise de impacto e probabilidade de ocorrência, definindo os mecanismos de controle e o tratamento aos riscos. Cf. ENSEÑAT DE CARLOS, Sylvia, *Manual del compliance officer: Guía práctica para los responsables de compliance de habla hispana*, Madrid, Aranzadi-Thomson Reuters, 2016, p. 65 e ss.

³⁶² Como nota 75.

³⁶³ Assim, BERMEJO e PALERMO, “La intervención delictiva del compliance officer”, p. 182.

³⁶⁴ *Ibidem.*

políticas internas da empresa, códigos de conduta e ética, entre outros, juntamente com a formação e capacitação dos empregados da instituição, de maneira a inculcar os valores da empresa, as normas que são de aplicação à organização, o conhecimento dos riscos e como lidar com eles por parte de todos³⁶⁵.

Neste contexto, a responsabilidade jurídica do *Compliance Officer* será derivada da implementação inadequada dos processos de identificação, controle, relatório e evitação dos riscos implicados na produção, bem como pela inadequada capacitação dos empregados ou deficiente implementação de sistemas de detecção e análise de riscos³⁶⁶.

Por fim, o controle interno, consistente na função de exercer o controle por parte do *Compliance Officer* do cumprimento na empresa, por todos os colaboradores, das normas desenhadas e implementadas, identificando as infrações com a finalidade de evitá-las ou reportá-las³⁶⁷.

Esta etapa consiste em diversas atividades que são exercidas justamente para o devido monitoramento e fiscalização do dia-a-dia da empresa com o fito de detectar e impedir fatos ilícitos, como por exemplo inspeções periódicas nos departamentos internos da empresa, canais de denúncia interna (*whistleblowing*), canais com o consumidor, entre outros. Ainda, de suma importância os devidos processos de investigação e sanção interna e relatório aos superiores com o plano anual do programa de *Compliance*, informes periódicos e informes específicos e de emergência³⁶⁸.

A responsabilidade jurídica nesta conjuntura é mais sensível ao *Compliance Officer*, pois, embora exista um adequado desenho e implementação do programa de maneira geral, uma falha nas atividades de controle pode implicar na infração dos deveres de controle e vigilância do *Compliance Officer* em casos particulares. Essa responsabilidade consiste em não evitar a comissão de um fato ilícito concreto levado a cabo pelos órgãos e empregados sujeitos a controle. Como bem anotado por Bermejo e Palermo, a intervenção do Oficial de Cumprimento neste cenário pode se dar por duas vias, dependendo das competências a ele delegadas. Assim, o *Compliance Officer* pode ter a competência e o dever de deter ou evitar

³⁶⁵ Cf. ENSEÑAT DE CARLOS, *Manual del compliance officer: Guía práctica para los responsables de compliance de habla hispana*, p. 97 e ss.

³⁶⁶ BERMEJO e PALERMO, “La intervención delictiva del compliance officer”, p. 182.

³⁶⁷ *Ibidem*.

³⁶⁸ Cf. ENSEÑAT DE CARLOS, *Manual del compliance officer: Guía práctica para los responsables de compliance de habla hispana*, p. 109 e ss.

fatos delitivos, com a posterior consulta à direção da empresa; ou, não tendo tal dever, com a identificação de tais fatos deve reporta-los imediatamente aos superiores para que estes tomem as medidas cabíveis para sustar o feito³⁶⁹.

Ocorre que, geralmente, o responsável pelo setor de *Compliance* tem uma atuação mais engessada e, por não ser dono do negócio ou membro da alta cúpula da empresa, geralmente não tem poder de mando ou de veto capazes de sustar imediatamente um fato ilícito que esteja ocorrendo na organização. Do próprio mecanismo de delegação, que advém seu âmbito de competência, domínio e deveres, extrai-se essa lógica, posto que nem tudo é delegado. Dessa relação entre delegante e delegado cinge uma limitada esfera de atuação deste último³⁷⁰.

Como esclarece Robles Planas, o responsável pelo cumprimento não assume todo o âmbito de domínio originário do empresário, ou seja, não assume a completa posição e garantia de controle ou vigilância pela delegação do órgão competente e tampouco se gera uma nova posição de garantia com o mesmo conteúdo. Assume, assim, uma parte: o dever de investigar e transmitir as informações necessária para o superior, que é o autêntico competente primário da evitação de delitos na empresa³⁷¹.

Com razão, ressalva o autor que, embora se trate de uma assunção parcial, mediante delegação, da função de vigilância e controle, não se deve subestimar sua importância para o correto desempenho da competência de vigilância e controle do garante primário, posto que o *Compliance Officer* dispõe da informação relevante para o cumprimento da função do delegante, fato este que o situa em uma posição privilegiada na empresa e condiciona a atuação da administração ao delegado, que por sua vez deve fazer chegar as informações necessárias para viabilizar as medidas oportunas³⁷².

³⁶⁹ BERMEJO e PALERMO, “La intervención delictiva del compliance officer”, p. 182–183.

³⁷⁰ MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal: A propósito de la gestión medioambiental*, p. 162.

³⁷¹ ROBLES PLANAS, “El responsable de cumplimiento («Compliance Officer») ante el derecho penal”, p. 324–325. Também neste sentido, Cornelius Prittwitz alerta que, regra geral, tanto o dever como a capacidade de atuar do CO estão orientados a informar sobre o delito e não tomar as medidas cabíveis para findá-lo ou evita-lo. PRITTWITZ, “La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los compliance officers”, p. 216.

³⁷² ROBLES PLANAS, “El responsable de cumplimiento («Compliance Officer») ante el derecho penal”, p. 325.

Como dito, e aqui toma-se novamente as palavras de Dopico Gómez-Aller, Dopico Gómez-Aller³⁷³, dificilmente pode-se afirmar de maneira geral de que há um dever de garante pelo *Compliance Officer*. Mas, diante do que foi até então exposto, verifica-se que é possível se falar em posição e deveres de garante por essa figura. Não se descarta a responsabilidade jurídico-penal por crimes comissivos por omissão pelo *Compliance Officer*, embora seja muito específico e deveras dependente do caso concreto, seja pelas especificidades de cada empresa, seja pelas especificidades das competências e funções assumidas pelo sujeito, ou, ainda, pelas particularidades de cada fato delitivo. É preciso, assim, uma análise um pouco mais aprofundada sobre estes deveres sob o prisma das atividades que, geralmente, o *Compliance Officer* pode assumir.

4.2.4. A responsabilidade por omissão do Compliance Officer por deveres de proteção e vigilância

Uma análise mais detalhada sobre a responsabilidade por omissão imprópria do *Compliance Officer* sob a ótica de algumas de suas funções - que, no geral, são concretizadas no cenário dos setores de *Compliance* estabelecidos na estrutura empresarial -, em conjunto com o que já fora exposto até aqui, permite uma expansão da compreensão da problemática e sobre quais caminhos devem ser tomados para sua resolução. Retoma-se, assim, as etapas do programa de *Compliance* a serem desenvolvidas pelo CO explanadas anteriormente: desenho e implementação do programa, e o controle interno a ser exercido no decorrer das atividades da empresa.

Como já mencionado, no que se refere ao desenho e à implementação do programa, uma eventual responsabilidade jurídica do responsável pelo *Compliance* recairia na qualidade do programa em si, seja por ele ser inadequado, seja pela sua implementação deficiente. Imagine-se, assim, o caso de uma empresa que designa uma ou mais pessoas para desenhar e implementar o sistema de prevenção - com o apropriado mecanismo de delegação -, e este responsável vem ou a omitir toda a conduta esperada, ou projetado o programa de forma incompreensível, ou o implementado de maneira defeituosa. Posteriormente, tem-se

³⁷³ Como nota 357.

que um delito vem a ser cometido no âmbito da empresa, e que este teria sido evitado se um programa adequado tivesse sido desenhado e implementado³⁷⁴.

A responsabilidade penal por omissão do *Compliance Officer* neste caso, a princípio, é possível, mas é de difícil constatação. A problemática principal, neste caso, recairia sobre os elementos subjetivos do tipo penal. Na prática, o que seria mais natural ocorrer é uma implementação inadequada do programa de maneira negligente. Como bem explicita Dopico Gómez-Aller, uma não implementação do programa com o dolo de favorecer fatos delituosos, após um mandato, pela empresa, a um delegado para cumprir tal desiderato, se restringe mais a casos de “laboratório”. O que é mais plausível ocorrer, entretanto, seria o caso de a empresa ordenar a implementação de um programa para uma específica modalidade de delito doloso a um diretor da empresa e este decide retardar sua implementação para não interferir no delito que esteja ocorrendo naquele momento³⁷⁵.

Ocorre que, para se imputar a comissão de um delito por omissão imprópria negligente, o delito, por certo, deve prever esta modalidade. Entretanto, na realidade empresarial, poucos são os delitos que preveem a modalidade negligente, cuja competência de prevenção seja do setor de *Compliance*³⁷⁶. Neste caso, é de se lembrar que a chamada “criminalidade na empresa” não geraria deveres de garante pelo responsável de *Compliance* – contexto em que mais se poderia encontrar tipos negligentes, como homicídio, lesões corporais, entre outros.

Embora a questão da imputação subjetiva esteja ainda mais afeta a este cenário do desenho e implementação do programa de *Compliance*, trata-se de um limite sensível à responsabilidade penal do Oficial de Cumprimento por crimes comissivos por omissão em qualquer fase de sua atuação, diante do fato de que a imensa maioria dos delitos que podem gerar a responsabilidade penal do *Compliance Officer* são delitos em que só está prevista a modalidade dolosa, o que torna atípica qualquer forma de participação pelo sujeito por mera infração de deveres de cuidado nestes casos³⁷⁷.

³⁷⁴ DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Posición de garante del compliance officer por infracción del ‘deber de control’: una aproximación tópica”, p. 349.

³⁷⁵ *Ibidem.*, p. 350.

³⁷⁶ *Ibidem.*, p. 350–351.

³⁷⁷ ROBLES PLANAS, “El responsable de cumplimiento («Compliance Officer») ante el derecho penal”, p. 329.

A etapa de controle interno do programa de *Compliance* representa uma maior possibilidade de responsabilidade pelo *Compliance Officer*, já que se refere às efetivas atividades empregadas para a detecção de fatos ilícitos no cotidiano da empresa. É por meio destas atividades que o *Compliance Officer* poderá ter conhecimento de um delito e, conseqüentemente, agir de maneira a impedi-lo ou sustá-lo na medida de suas funções.

Os principais instrumentos de detecção de delitos são os canais de denúncia e investigações internas, sendo o *Compliance Officer* o principal responsável pela recepção das denúncias e sua posterior gestão³⁷⁸. Assim, diante de indícios da prática de delitos, ou de irregularidades, cabe ao *Compliance Officer* ou iniciar uma devida investigação, ou imediatamente instar o ato ilícito, ou comunicar os órgãos superiores com poder para tal, a depender do caso concreto e das competências do próprio encarregado.

Este cenário geral, levando-se em conta tais atividades que integram algumas das principais funções e modo de atuação do encarregado pelo *Compliance*, permite uma análise mais pragmática de como se daria a responsabilidade penal por omissão de sua parte. Algumas circunstâncias dentro deste contexto podem ensejar dita responsabilidade, sempre devendo observar alguns requisitos para tal, que são verdadeiros limites sistemáticos da própria dogmática penal.

Assim sendo, importante verificar que a omissão do *Compliance Officer*, para que se possa falar em responsabilidade, deve se dar ante um delito que lhe seja possível impedir³⁷⁹. A omissão do *Compliance Officer* deve se referir a um delito ainda não consumado. Caso o delito já tenha sido consumado, haveria tão somente uma mera omissão de denúncia, não castigada, em regra, nos ordenamentos jurídico-penais de *civil law*³⁸⁰.

Por conseguinte, só haveria uma responsabilidade penal se a omissão consistisse em tolerar, possibilitar ou favorecer a comissão de um presente, ou de um futuro delito. Neste caso, poderia se tratar de um delito que ainda vai ocorrer, ou que estivesse em fase de execução, situação na qual o responsável pelo *Compliance* poderia sustar, de modo direto ou indireto, sua consumação. É de se considerar, ainda, a situação de um delito que já foi

³⁷⁸ ENSEÑAT DE CARLOS, *Manual del compliance officer: Guía práctica para los responsables de compliance de habla hispana*, p. 129 e ss.

³⁷⁹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Posición de garante del compliance officer por infracción del ‘ deber de control ’: una aproximación tópica”, p. 351.

³⁸⁰ ROBLES PLANAS, “El responsable de cumplimiento («Compliance Officer») ante el derecho penal”, p. 325.

consumado, mas que existe indícios de uma continuidade delitiva, que poderia ser igualmente impedida pelo *Compliance Officer*. Nesta situação, assim não procedendo, poderia se falar em responsabilidade penal por omissão imprópria³⁸¹.

Outro requisito para que se possa falar em uma omissão imprópria é que a conduta devida não levada a cabo tivesse o condão de obstaculizar o delito. A empresa, ao estabelecer um setor de *Compliance*, delega aos seus responsáveis o domínio da informação e gestão da informação sobre as eventuais atividades ilícitas que podem ocorrer no seio da empresa. Logo, se o *Compliance Officer* bloqueia estas informações e não inicia a investigação devida, ou não as remete ao superior responsável para tomar as medidas cabíveis, atua ocultando os rastros do delito, e assim, favorece ou possibilita, mediante sua omissão, a conduta do autor do delito³⁸².

Trata-se, ao fim e ao cabo, do problema da causalidade entre a omissão da conduta devida e o resultado lesivo. Como já verificado, nos crimes omissivos não há de se falar em uma causalidade real, mas sim em uma causalidade normativa. E aqui, relevante o entendimento da chamada “conexão do risco”, também já explanada, como forma de resolução do problema da imputação objetiva nos delitos omissivos, de maneira que a ação que tivesse sido levada a cabo pelo omitente – no caso o *Compliance Officer* – deve ser uma tal que teria diminuído o risco de verificação do resultado típico³⁸³.

O ponto nevrálgico desta questão reside no fato de que, em regra, o *Compliance Officer* não tem competência para sustar o ato imediatamente. A ele, geralmente, é delegado o dever de fazer chegar as informações necessárias ao superior que tem a competência e o domínio para tomar as decisões e medidas organizativas oportunas e, assim, vetar o ato delitivo³⁸⁴. O dever de investigar e transmitir as informações necessária para o superior é o autêntico competente primário da evitação de delitos na empresa³⁸⁵.

A atuação do garante secundário, ou seja, aquele que realmente tem a capacidade de obstaculizar diretamente o delito, é dependente da atuação do garante primário (como um garante intermediário). Acerca da causalidade das omissões em acionar um terceiro capaz

³⁸¹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Posición de garante del compliance officer por infracción del ‘ deber de control ’: una aproximación tópica”, p. 352.

³⁸² *Ibidem*.

³⁸³ Como notas 139 e 281.

³⁸⁴ Como nota 370.

³⁸⁵ Como nota 371.

de evitar o resultado, de extrema valia o estudo de Claus Roxin consolidado em seu artigo “Problemas da causalidade intermediada psiquicamente”, que merece atenção para expandir a compreensão do problema. Nele, Roxin analisa essa problemática sob a égide de casos concretos decididos pelos Tribunais Alemães, juntamente com as soluções adotadas e das principais doutrinas sobre a causalidade na omissão³⁸⁶.

Assim, o eminente penalista observa que, nestes casos de intermediação na omissão, a dificuldade reside em saber como aquele que deveria ter agido, teria reagido à informação, de maneira que na maioria dos casos em que se dá esta situação, não é possível determinar com precisão como a pessoa a ser acionada teria agido. Afirma, em seu artigo, e que aqui se torna interessante, é que a inércia daquele que deve informar é uma condição para a inércia daquele que pode atuar para sustar uma lesão a bens jurídicos, posto que, por não ter sido avisado do perigo, ou não o ter sido de forma suficiente, não pode tomar as medidas cabíveis para afastá-lo. A omissão de acionar aquele que pode evitar o resultado é, ela própria, condição do resultado e, com isso, causa deste³⁸⁷.

As observações de Roxin são facilmente transpostas à realidade dos deveres de garantia do *Compliance Officer* juntamente com os deveres de garantia do empresário com poder de sustar uma empreitada delitativa na empresa. Mas algumas diferenças aqui são relevantes e que, na verdade, torna mais fácil a visualização da causalidade da omissão do *Compliance Officer* em não transmitir as informações necessárias a quem poderia obstaculizar um delito, e o resultado deste.

Uma empresa que estabelece um programa de *Compliance* o faz justamente por ter a intenção de evitar práticas delitivas em seu âmbito. A delegação da competência de se reunir e transmitir informações necessárias para tal desiderato torna-se necessária justamente para facilitar a atuação do empresário responsável para tal. Por um raciocínio lógico-indutivo, em um caso concreto, e levando-se em consideração essa realidade do *Compliance*, é possível determinar que se o empresário, como garante secundário, com poder de mando e veto, tivesse recebido a informação necessária, teria agido de forma a evitar o resultado. Logo, a transmissão da informação pelo responsável pelo *Compliance* tem o condão de diminuir o risco do resultado, ou, como expressou Roxin, a omissão em acionar seu superior,

³⁸⁶ ROXIN, Claus, “Problemas de causalidade intermediada psiquicamente”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 100, no. 1, 2013, p. 271 e ss.

³⁸⁷ *Ibidem.*, p. 285.

que pode evitar o resultado, é, ela própria, condição do resultado, sendo causa deste, tratando-se, portanto, de uma violação do dever de garante.

Caso diverso, e que merece menção, é quando o *Compliance Officer* recebe a informação de delito sendo executado por seu superior, a quem deve reportar e, portanto, responsável pela evitação do resultado delitivo. Neste caso, também por raciocínio lógico, é possível determinar que a atividade ilícita não seria interrompida, posto que só poderia ser feita pela própria pessoa (ou órgão) que estivesse executando o delito. Neste caso, não haveria de se falar em responsabilidade penal por omissão do *Compliance Officer*.

Um outro requisito para a responsabilidade do Oficial de Cumprimento é que o delito em questão seja de sua competência para prevenção. Conforme Gómez-Aller, isso se concretiza em duas exigências distintas: que o delito seja aquele cuja prevenção é garante o empresário, e que seja aquele cuja prevenção é atribuída ao concreto responsável de cumprimento³⁸⁸.

No primeiro caso, é de se levar em consideração tudo que foi até então exposto sobre os fundamentos da posição de garante - e seus respectivos deveres - do empresário, fundamentado no domínio sobre a causa do resultado no contexto do domínio sobre coisas e procedimentos perigosos que possam decorrer da atividade da empresa. Neste sentido, imprescindível também uma análise em concreto, pois os deveres podem variar de âmbito em âmbito³⁸⁹. O mesmo vale para o *Compliance Officer*, sendo imprescindível a análise do âmbito de competências e de domínio assumidos. Isso igualmente já foi devidamente explanado.

Vale considerar, ainda, os casos de omissão pelo *Compliance Officer* de investigações rotineiras, consistentes, por exemplo, em visitas de inspeção nos setores da estrutura empresarial, revisão de expedientes, entre outras. Diferente das investigações até então explanadas, estas não são acionadas por concretos indícios de atividades ilícitas, mas que fazem parte do programa de *Compliance* para o controle e comprovação do nível de cumprimento da empresa.

Neste caso, só haveria uma responsabilidade penal no caso de uma omissão dessas atividades com o fito de não interromper ou descobrir uma conduta delitiva em curso já

³⁸⁸ DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Posición de garante del compliance officer por infracción del ‘deber de control’: una aproximación tópica”, p. 352–353.

³⁸⁹ *Ibidem.*, p. 353.

conhecida de antemão pelo *Compliance Officer*. Entretanto, a conduta é impune se não existe tal conhecimento, posto que a mera omissão de investigações, quando não há dolo de favorecer um fato alheio, deve considerar-se atípica³⁹⁰.

Sem embargo, nesta situação uma ressalva é relevante. Se a omissão das investigações rotineiras se der por uma falha de desenho ou implementação do programa de *Compliance*, as consequências devem recair sobre o que já foi aqui exposto acerca da responsabilidade penal do responsável nestas etapas do programa.

Por fim, urge considerar que não existe um dever, pelo *Compliance Officer*, de denunciar os indícios de práticas delitivas na empresa às autoridades. Suas funções e competências variam caso a caso, sendo obrigado a atender as obrigações que cada empresa lhe atribui, com um dever de denúncia frente à empresa, e não frente ao Estado, de maneira que não ostenta, assim, um dever jurídico-público de denunciar a prática de um delito às autoridades³⁹¹. Essa omissão carece de relevância jurídico-penal se assim a legislação não dispor expressamente, o que, inclusive poderia gerar muitas discussões sobre a legalidade e constitucionalidade, fato este que foge à proposta deste trabalho.

³⁹⁰ *Ibidem.*, p. 355.

³⁹¹ *Ibidem.*, p. 353–354.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A problemática que se lançou à luz nesta pesquisa mostrou-se pertinente. E ela integra uma nova constelação de questões dentro do universo da dinâmica social que exerce uma força gravitacional à ordem jurídica suficiente para seus operadores – sejam doutrinadores, magistrados, legisladores, acadêmicos – a ela direcionarem seus olhares.

Não que seus entes sejam novos. Tratam-se, em verdade, de institutos independentes pré-existentes que se atraem na perspectiva de um sistema jurídico e formam essa nova constelação. E, mais importante que lançar o olhar a cada instituto de maneira individualizada, é necessário compreendê-los de maneira sistêmica e interdisciplinar³⁹².

E assim que se constata, primeiramente, que referida constelação se materializa a partir da relação interespecífica simbiótica entre poder econômico, poder estatal e sociedade, centralizada na necessidade de harmonização e busca do equilíbrio de convivência. Nas últimas décadas houve uma reverberação nesta relação em função das consequências da modernidade globalizada e altamente tecnológica. As empresas, cada vez mais, começaram a assumir um papel de maior destaque na sociedade, com poderes capazes de se sobrepor, inclusive, aos poderes estatais (moldado na ideia de preservação de interesses da sociedade), gerando um desequilíbrio nessas relações.

Diante de tais fatos que se passou a buscar qualquer instrumento que pudesse evitar consequências negativas à sociedade decorrentes deste desequilíbrio. Com uma maior regulação pelo Estado, ganhou força, paralelamente, as noções de governança corporativa, função social da empresa e necessidade de alinhar os interesses das organizações empresariais com os interesses da sociedade. É dentro deste contexto global que os programas de *Compliance* se materializam e passaram a exercer uma importante função para atender essas demandas.

Fica evidente, desta forma, a importância de se discutir todo o panorama do *Compliance*, seus problemas, falhas e virtudes, compreender a complexidade em que se insere, e se aperceber que esta nova roupagem dada ao controle empresarial exerce uma força de atração à ordem jurídica. E, nesta atração, reclama também ao Direito Penal. Não

³⁹² "Porque lá onde o nervo óptico do nosso olhar trava a estimulação da retina há 'galáxias de percepção e de luz' que reclamam a nossa vista.". J. J. Gomes Canotilho.

isoladamente, mas sim considerando a concepção primeira e orgânica da indivisibilidade do direito, instrumentalizado por diversos mecanismos de contenção. Dentre eles o Direito Penal. E aqui, não bastando a já presente dificuldade em se explicar os novos fenômenos do *Compliance*, somam-se novas dificuldades: o tradicional Direito Penal não foi concebido sob a égide da natureza das coisas desta nova constelação.

Assim, o que se demanda é o chamado Direito Penal econômico, que estabelece um diálogo interdisciplinar, ainda sob o manto mais amplo do Direito Penal clássico, mas que luta para manter suas garantias e vedação ao excesso sustentados por princípios e institutos firmemente estabelecidos, que não mais se amoldam com a mesma facilidade à realidade ontológica da criminalidade empresarial.

A aplicação dogmática de uma tradicional forma delitiva ganha relevo: os crimes omissivos, em especial os comissivos por omissão fundamentados em um dever de garante. É de se observar que não se trata de um instituto novo. Trata-se de uma construção antiga concebida na clássica teoria estratificada do delito, mas que desde os primórdios se deparou com dificuldades na sua sedimentação. Não sem razão é considerado, conforme consignado neste estudo, um dos institutos mais controversos e complicados por grandes penalistas. E que agora deve ser melhor enfrentado diante de sua nova roupagem ajustada aos novos contextos que emergem acima do horizonte dos anseios sociais.

E foi para dentro desta nebulosa dogmática que foi necessário projetar-se para buscar o fundamento da responsabilidade penal na criminalidade empresarial. Aquele que detém o poder de mando na empresa é, muitas das vezes, aquele verdadeiro responsável pela lesão a bens jurídicos alheios. E, pela complexidade estrutural da organização, sua responsabilidade se dá pela não evitação do resultado lesivo executado por um subordinado, ou seja, fundamentado em um especial dever de agir derivado de uma posição de garante.

As controvérsias doutrinárias acerca da omissão imprópria foram enfrentadas. As principais construções que fundamentam o dever de agir foram repassadas, desde as tradicionais teorias formais, que há muito restaram superadas, às mais modernas teorias que encontraram sua primeira base a partir da teoria das funções de Kaufmann. A partir destas, outras teorias se firmaram, com alguma consistência. Casos das teorias da organização de Jakobs e do domínio sobre a causa do resultado de Schünemann.

Ainda que de maneira turbulenta, verificou-se que com a teoria de Schünemann a posição de garante do dirigente empresarial encontra um melhor fundamento material. Desde

seus parâmetros que constata, de início, a equiparação entre o agir e o omitir, é possível concluir o empresário como a expressão máxima da instituição como centro pessoal de controle, a nele convergir o domínio de seu poder de mando sobre seus subordinados e o domínio fático sobre os elementos perigosos que decorrem da atividade de sua empreitada.

A teoria do domínio sobre a causa do resultado consegue se amoldar à lógica do funcionamento da empresa, estruturada hierarquicamente com divisões de competências e funções. Ao empresário, com sua competência inicial e domínio sobre a atividade fim, cabe distribuir os âmbitos de competências e funções a outros sujeitos, por meio do mecanismo da delegação, que possam levar a cabo as atividades necessárias para se atingir a finalidade almejada com a empreitada.

Com as delegações, pelas quais o empresário transmite partes de suas funções e parte de seu âmbito de domínio, estabelecem-se novos âmbitos de domínio para os delegados, fazendo surgir, assim, novas posições de garantia, desde que presentes os fundamentos materiais do domínio material e pessoal sobre os elementos perigosos que decorrem da atividade. Uma empresa, portanto, pode possuir diversos funcionários que detêm um domínio dentro de suas próprias esferas de competências e funções. E cada funcionário ostenta uma posição de garante dentro de sua respectiva esfera. O empresário, por sua vez, mantém uma esfera residual que consiste na adequada escolha do delegado, e na vigilância e controle das atividades do delegado.

E mesmo essa esfera de competência de vigilância e controle residual, o empresário pode delegar aos responsáveis pelo setor de *Compliance*, desde que o faça adequadamente, escolhendo um sujeito idôneo, com delegação livre, assunção livre, com a entrega necessária do domínio, competências e funções. A delegação não exime a responsabilidade do empresário, posto que este manterá uma esfera de domínio residual que consiste primordialmente na vigilância e controle do próprio responsável pelo setor de *Compliance*.

Em regra, os programas de *Compliance* vão além da adoção de medidas de vigilância do devido cumprimento legal pela empresa. Abarca também a observância às políticas de integridade e ética da empresa e todas essas funções podem variar para cada instituição. Diante disso, imprescindível proceder-se com a devida delegação, atendendo-se seus requisitos e formalizando adequadamente a transmissão do domínio, constando quais classes de cursos causais lesivos devem ser monitorados pelos responsáveis pelo *Compliance* como delegados do empresário.

Com a assunção do *Compliance Officer* do seu novo âmbito de domínio e deveres de garante, sua responsabilidade pode recair nas fases de desenho e implementação do programa, e o controle interno exercido pelo setor no cotidiano da atividade empresarial. Mas, não se pode esquecer que para se atribuir uma responsabilidade penal, não basta verificar a posição de garante, já que este é um elemento, ainda que principal, dentre outros da estrutura típica do crime omissivo impróprio. Trata-se, portanto, de se averiguar adequadamente no caso concreto, não apenas a posição de garante do *Compliance Officer* sob as lentes do domínio sobre a causa do resultado, mas também todos os elementos estruturantes da teoria do delito, de acordo com as especificidades da criminalidade empresarial e da função *Compliance*.

A correta avaliação no caso concreto é de suma importância, devendo-se levar em consideração a realidade estrutural da empresa, os mecanismos de delegação, os âmbitos de domínio do responsável pelo setor de cumprimento e a situação fática que fez acionar os deveres de garante pelos sujeitos do *Compliance*.

Trespasados os alicerces dogmáticos jurídico-penais que possam sustentar uma responsabilidade penal por crimes comissivos por omissão pelo *Compliance Officer* que, como restou concluído, é possível diante de uma fundamentação de uma posição de garante pela teoria do domínio sobre a causa do resultado, não se pode olvidar que muitos outros entes integram a constelação desta problemática.

A criminalidade empresarial suscita muitas discussões criminológicas e político-criminais. Os programas de *Compliance*, que passaram a integrar este âmbito, igualmente atrai tais discussões. Em que pese a possibilidade dogmática penal da responsabilidade do *Compliance Officer*, é necessária uma ponderação de razões político-criminais para se verificar a plausibilidade desta responsabilidade. Neste sentido, Prittwitz muito corretamente pondera que o *Compliance Officer* pode cumprir muito melhor suas tarefas se estiver completamente exonerado dos riscos de punibilidade por eventuais falhas em sua atividade, que se configura como de muito risco em um ambiente de grande complexidades e incertezas³⁹³.

Exercer o *jus puniendi* sobre estes sujeitos, fazendo-as merecedoras de um castigo penal exige muita cautela. Por um lado, é de se considerar que tais cargos emergem no

³⁹³ PRITTWITZ, “La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los compliance officers”, p. 217.

mercado para exercer uma função que o próprio Estado vem encontrando dificuldade em empreender: controlar os riscos que possam derivar das atividades das empresas. Por outro, isentar toda a responsabilidade pode recair em uma completa ineficiência dos setores de *Compliance*, que podem, inclusive e a depender das exigências legais, serem estabelecidos ineficazmente na empresa tão somente para aparentar um devido controle, com vistas a se eximirem, coletivamente ou individualmente, das responsabilidades jurídicas.

Tendo isso em vista, a teoria do domínio exerce muito bem seu papel na seara da dogmática penal, posto que é capaz de fundamentar os deveres de garante, com suficientes limites, tanto dos responsáveis pelo *Compliance*, quanto dos superiores hierárquicos, viabilizando uma melhor análise sob a óptica da política-criminal, já que essa, desta forma, passa a encontrar na dogmática um respaldo para seus intentos.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Governança das sociedades comerciais*, Coimbra, Almedina, 2010.

BACIGALUPO, Enrique, *Compliance y derecho penal*, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2011.

BAUMAN, Zygmunt e MAURO, Ezio, *Babel – Entre a incerteza e a esperança*, Rio de Janeiro, Zahar, 2016.

BECK, Ulrich, *La Sociedad del Riesgo Mundial. En Busca de la Seguridad Perdida*, Barcelona, Paidós, 2008.

_____, *La sociedad del Riesgo: Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós, 1998.

BECKER, Gary S., “Crime and Punishment: an economic approach”, in BECKER, Gary S. e LANDES, William M., orgs., *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, National of Economic Research, 1974, p. 1–54.

BERMEJO, Mateo G. e PALERMO, Omar, “La intervención delictiva del compliance officer”, in KUHLEN, Lothar, MONTIEL, Juan Pablo e GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina, orgs., *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

BIEGELMAN, Martin T. e BIEGELMAN, Daniel R., *Foreign Corrupt Practices Act compliance guidebook : protecting your organization from bribery and corruption*, John Wiley & Sons, 2010.

BRAITHWAITE, John, “Enforced self-regulation: A new strategy for corporate crime control”, *Michigan Law Review*, vol. 80, , 1982, p. 1466–1507.

BRAITHWAITE, John e FISSE, Brent, *Corporations, Crime and Accountability*, New York, Cambridge University Press, 1993.

BRANDÃO, Nuno, *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material. Ensaio para uma compreensão da relação entre o direito penal e o direito contra-ordenacional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2016.

CADENA, Antonio Pascual, *El plan de prevención de riesgos penales y responsabilidad corporativa*, Barcelona, Editorial Bosch, S.A., 2016.

COFFEE JR, John C., “Understanding Enron: It’s About the Gatekeepers, Stupid”, 207, New York, 2002, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=325240>, .

COHAN, John Alan, “‘I Didn’t Know’ and ‘I Was Only Doing My Job’: Has Corporate Governance Careened out of Control? A Case Study of Enron’s Information Myopia”, *Journal of Business Ethics*, vol. 40, no. 3, 2002, p. 275–299.

COSTA, José de Faria, “O Direito Penal, a Linguagem e o Mundo Globalizado. Babel ou Esperanto Universal?”, in D’AVILA, Fábio Roberto, org., *Direito Penal e Política Criminal no terceiro milênio: perspectivas e tendências*, Porto Alegre, ediPUCRS, 2011, p. 11–24.

_____, “O fenómeno da globalização e o direito penal económico”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 9, no. 34, 2001, p. 09–25.

_____, “Omissão (reflexões em Redor da Omissão Imprópria)”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1996, p. 391–402.

COSTA, Helena Regina Lobo da e ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho, “Compliance e o julgamento da APn 470”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 106, 2014, p. 214–230.

DASSAN, Pedro Augusto Amaral, GIL, Cassiano e FONSECA, Ricardo de Sousa, “A nova criminologia administrativa”, *Revista Jurídica*, vol. 3, no. 44, 2016, p. 381–410.

DASSAN, Pedro Augusto Amaral e GUARAGNI, Fábio André, “Norma Penal em Branco e Princípio da Reserva Legal na Sociedade de Risco”, in KNOERR, Viviane Coelho Séllos e OLIVEIRA, Eloete Camilli, orgs., *Justiça e cidadania em debate: coletânea 1*, Curitiba, Clássica, 2013.

DEL VALLE, Carlos Pérez, “Introducción al Derecho Penal Económico”, in BACIGALUPO, Enrique, org., *Curso de derecho penal económico*, 2º edição, Barcelona, Marcial Pons, 2005.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas”, *Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico*, 2010.

_____, “Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados.”, *Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico*, 2010.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, “Posición de garante del compliance officer por infracción del ‘deber de control’: una aproximación tópica”, in MIR PUIG, Santiago, BIDASOLO, Mirentxu Corcoy e MARTÍN, Victor Gómez, orgs., *Responsabilidad de la*

Empresa y Compliance: Programas de prevención, detección y reacción penal, Madrid, B de f, 2014.

EIDE, Erling, RUBIN, Paul H. e SHEPHERD, Joanna M., “Economics of Crime”, *Foundations and Trends® in Microeconomics*, vol. 2, no. 3, 2006, p. 205–279.

ENSEÑAT DE CARLOS, Sylvia, *Manual del compliance officer: Guía práctica para los responsables de compliance de habla hispana*, Madrid, Aranzadi-Thomson Reuters, 2016.

FERNANDES, Paulo Silva, *Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal. Panorâmica de alguns problemas comuns*, Coimbra, Almedina, 2001.

FEUERBACH, Anselm v., *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito penal: parte geral. Tomo I. (questões fundamentais; a doutrina geral do crime)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de e ANDRADE, Manuel da Costa, “Problemática Geral das Infrações contra a Economia Nacional”, in PODVAL, Roberto, org., *Temas de Direito Penal Econômico*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

FRISCH, Wolfgang, “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo”, in MIR PUIG, Santiago e LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, orgs., *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, José Maria Bosch Editor, 1996.

GIDDENS, Anthony, *As consequências da modernidade*, São Paulo, Unesp, 1991.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios sobre el delito de omisión*, 2ª edição, Madrid, B de F, 2013.

GUARAGNI, Fábio André, “A Função do Direito Penal e os ‘Sistemas Peritos’”, in CÂMARA, Luiz Antonio e GUARAGNI, Fábio André, orgs., *Crimes contra a ordem econômica: tomas atuais de processo e direito penal*, Curitiba, Juruá, 2011.

_____, “A origem do Direito Penal Econômico: razões históricas”, in CÂMARA, Luiz Antonio, org., *Crimes contra a ordem econômica e tutela de direitos fundamentais*, Curitiba, Juruá, 2009.

HASSEMER, Winfried, “Prefácio”, in TAVARES, Juarez, org., *Teoria dos crimes omissivos*, São Paulo, Marcial Pons, 2012.

HASSEMER, Winfried, *Direito Penal: Fundamentos, estrutura, política*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

HEGEL, G. W. F., *Principios de la filosofía del derecho o derecho natural y ciencia política*, Barcelona, Edhasa, 1999.

JAEGER, Jaclyn, “The Real State of CCO Legal Liability”, *Compliance Week*, vol. 12, no. 138, 2015.

JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación*, 2º edição, Madrid, Marcial Pons, 1997.

_____, “La omisión: Estado de la cuestión”, in *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*, Madrid, Civitas, 2000.

_____, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, Granada, Comares, 2002.

KAUFMANN, Armin, *Dogmática de los delitos de omisión*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

KINDHÄUSER, Urs, “La lógica de la construcción del delito”, *Revista de Análisis Especializado de jurisprudencia*, vol. 14, 2009, p. 499–509.

KUHLEN, Lothar, “Compliance y Derecho penal en Alemania”, in MIR PUIG, Santiago, BIDASOLO, Mirentxu Corcoy e MARTÍN, Victor Gómez, orgs., *Responsabilidad de la Empresa y Compliance: Programas de prevención, detección y reacción penal*, Madrid, B de F, 2014.

KURER, Peter, *Legal and compliance risk: A strategic response to a rising threat for global business*, New York, Oxford University Press, 2015.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “La delegación como mecanismo de prevención y de generación de deberes penales”, in NIETO MARTÍN, Adán, org., *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

_____, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Madrid, Civitas, 2002.

LEITE, Alaor, “Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros: sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 1, no. 106, 2014.

LEITE, André Lamas, *As «posições de garantia» na omissão impura: Em especial, a questão da determinabilidade penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

LIPOVETSKY, Gilles e CHARLES, Sébastien, *Os Tempos Hipermodernos*, São Paulo, Barcarolla, 2004.

LISZT, Franz von, *Tratado de direito penal alemão - Tomo I*, Rio de Janeiro, F. Briguiet & C., 1899.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis, *Sociedade do Risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*, São Paulo, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2005.

MAHARAJ, Aarti, “When CCOs Are Held Liable”, *Compliance Week*, vol. 12, no. 138, 2015.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 5ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, “El criminal compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 2015, p. 733–782.

_____, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal: A propósito de la gestión medioambiental*, Barcelona, Atelier, 2008.

MONTAÑÉS, Teresa Rodríguez, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni, 2004.

MORENO, Beatriz García, “Whistleblowing y canales institucionales de denuncia”, in NIETO MARTÍN, Adán, org., *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 205–230.

MUÑOZ, Nuria Pastor, “La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, no. 4, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco José, “La superación del concepto objetivo-formal de autoría y la estructura de las organizaciones empresariales”, *Lusitana*, vol. 3, 2005, p. 57–67.

NIETO MARTÍN, Adán, “Autoría y participación en el derecho penal económico”, *Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales*, 2002.

NIETO MARTÍN, Adán, “Fundamentos y estructura de los programas de cumplimiento normativo.”, in NIETO MARTÍN, Adán, org., *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Barcelona, Tirant lo Blanch, 2015.

_____, “La corrupción en el comercio internacional (o de como la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)”, *Revista Penal*, vol. 12, , 2003.

_____, “La institucionalización del sistema de cumplimiento”, in NIETO MARTÍN, Adán, org., *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

_____, “La privatización de la lucha contra la corrupción”, *Cahiers de défense sociale: bulletin de la Société Internationale de Défense Sociale pour une Politique Criminelle Humaniste*, vol. 37, 2012, p. 59–82.

_____, “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal”, in KUHLEN, Lothar, MONTIEL, Juan Pablo e GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina, orgs., *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

_____, “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”, *Política Criminal*, no. 5, 2008, p. 1–18.

PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

PRITTWITZ, Cornelius, “La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los compliance officers”, in KUHLEN, Lothar, MONTIEL, Juan Pablo e GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina, orgs., *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

ROBLES PLANAS, Ricardo, “El responsable de cumplimiento («Compliance Officer») ante el derecho penal”, in SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María e MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, orgs., *Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona, Atelier, 2013.

ROBLES PLANAS, Ricardo, “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito: (El ejemplo de la intervención por omisión)”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, no. 2, 2012.

ROMERO, Marta Muñoz de Morales, “Programas de cumplimiento ‘efectivos’ en la experiencia comparada”, in ZAPATERO, Luis Arroyo e NIETO MARTÍN, Adán, orgs., *El derecho penal económico en la era de la compliance*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 211–230.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal: Parte General - Tomo II - Especiales formas de aparición del delito*, Buenos Aires, Civitas, 2014.

ROXIN, Claus, “Problemas de causalidade intermediada psiquicamente”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 100, no. 1, 2013.

_____, *Derecho Penal: Parte General - Tomo I - Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 1997.

ROXIN, Imme, “Responsabilidade do administrador de empresa por omissão imprópria”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 112, 2015, p. 61–77.

SAGAN, Carl, *Bilhões e bilhões: Reflexões sobre vida e morte na virada do milênio*, São Paulo, Companhia das letras, 2016.

SANLLEHÍ, José R. Agustina, “Fenomenología del employee crime: Bases para definir estrategias de prevención del delito intraempresarial”, *Política criminal*, vol. 5, 2010, p. 352–409.

SCHÜNEMANN, Bernd, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 41, no. 2, 1988, p. 529–558.

_____, *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmaticas y de politica criminal*, Buenos Aires, Fabián J. Di Plácido, 2004.

_____, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, Madrid, Marcial Pons, 2009.

_____, “El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. 25, no. 75, 2004.

_____, “Responsabilidad penal en el marco de la empresa: dificultades relativas a la individualización de la imputación”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, no. 1, 2002, p. 9–38.

SERRA, Teresa, “Contra-ordenações: responsabilidade de entidades colectivas: a propósito dos critérios de imputação previstos no regime geral do ilícito de mera ordenação social e em diversos regimes especiais: problemas de (in)constitucionalidade”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, vol. 1, no. 9, 1999.

SIEBER, Ulrich, “Programas De ‘Compliance’ En El Derecho Penal De La Empresa: Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, in *El derecho penal económico en la era de la compliance*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 63–109.

SILVA, Germano Marques da, *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, Lisboa, Editorial Verbo, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Artículo 11”, in COBO DEL ROSAL, Miguel, org., *Comentarios al código penal. Tomo I. Artículos 1 a 18.*, Madrid, Edersa, 1999.

_____, “Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas”, in BACIGALUPO, Enrique, org., *Empresa y delito en el nuevo código penal*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997.

_____, “Deberes de vigilancia y compliance empresarial”, in KUHLEN, Lothar, MONTIEL, Juan Pablo e GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina, orgs., *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

_____, “¿Derecho penal regulatorio?”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, no. 2, 2015.

_____, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Buenos Aires, B de F, 2014.

_____, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 1999.

SOARES DE ALBERGARIA, Pedro, “A posição de garante dos dirigentes no âmbito da criminalidade de empresa”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, vol. 9, no. 4, 1999, p. 605–626.

SOROS, George, *Globalização*, Lisboa, Temas e Debates, 2003.

SOUSA, Susana Aires de, “A responsabilidade criminal do dirigente: Algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial”, in ANDRADE, Manuel da Costa, ANTUNES, Maria João e SOUSA, Susana Aires de, orgs., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 98 V. 2*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 1005–1037.

_____, *A responsabilidade criminal pelo produto e o topus causal em direito penal: contributo para uma protecção penal de interesses do consumidor*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

_____, “Algumas considerações sobre a responsabilidade criminal do dirigente empresarial”, *Revista Systemas*, vol. 2, no. 1, 2010.

TABUENA, Jose, “Escalation Processes to Avoid CCO Liability”, *Compliance Week*, vol. 12, no. 138, 2015.

TAVARES, Juarez, *Teoria dos crimes omissivos*, São Paulo, Marcial Pons, 2012.

TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Derecho penal de la empresa*, Madrid, Trotta, 1995.

TESI, Maristella Amisano, “A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no Sistema Italiano”, *Revista de Direito Brasileira*, vol. 3, no. 2, 2012, p. 303–331.

TIEDEMANN, Klaus, “Aspectos penales y criminológicos de las actividades de las empresas transnacionales”, *Revista Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 6, 1983, p. 292–320.

_____, *Lecciones de derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*, Barcelona, PPU, 1993.

TODARELLO, Vincent, “Corporations Don’t Kill People - People Do: Exploring the Goals of the United Kingdom’s Corporate Homicide Bill”, *New York Law School Law Review*, vol. 46, 2003, p. 851–865.

VILA, Ivó Coca, “¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, in SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María e MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, orgs., *Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona, Atelier, 2013.

YOUNG, Jock, “El fracaso de la criminología: la necesidad de un realismo radical”, in *Criminología crítica y control social*, Rosario, Juris, 1993, p. 7–41.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal: Parte general - Tomo III*, Buenos Aires, Ediar, 1981.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique, *Manual de direito penal brasileiro*, 9ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

WEBGRAFIA:

ASA-EL, Amotz, “Deglobalization is already in full swing”, *MarketWatch*, 31 de agosto de 2016, <<http://www.marketwatch.com/story/deglobalization-is-already-in-full-swing-2016-08-31>> .

BARBIERI, Pierpaolo, “The Losers of Deglobalization: Why States Should Fear the Closing of an Open World”, *Foreign Affairs*, 13 de novembro de 2016, <<https://www.foreignaffairs.com/articles/2016-11-13/losers-deglobalization>> .

PRICEWATERHOUSECOOPERS, “State of compliance study 2016”, 2016, <<https://www.pwc.com/us/en/risk-assurance/state-of-compliance-study.html>>, acesso em 10 de fevereiro 2017.

PRICEWATERHOUSECOOPERS, “Global economic crime survey 2016”, 2016, <<https://www.pwc.com/gx/en/services/advisory/forensics/economic-crime-survey.html>>, acesso em 10 de fevereiro de 2017.

RAPOZA, Kenneth, “Trump, China, And The ‘Deglobalization’ Trade”, *Forbes*, 23 de novembro de 2016, <<https://www.forbes.com/sites/kenrapoza/2016/11/23/trump-china-and-the-deglobalization-trade/#78f8b21b4cd0>>, acesso em 6 de março de 2017.

VERMA, Sid, “A Cheat Sheet on the Deglobalization of the Financial World”, *Bloomberg*, 6 de dezembro de 2016, <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2016-12-06/a-cheat-sheet-on-the-deglobalization-of-the-financial-world>>, acesso em 6 de março de 2017.

SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, “FCPA: A resource guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act”, 2012, <<https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf>>, acesso em 10 de fevereiro de 2017.

SENTENCING GUIDELINES, <<http://www.ussc.gov/guidelines-manual/2014/2014-individual-chapters-and-guidelines-html>>, acesso em 11 de abril de 2017.