

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO
DEPARTAMENTO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*
PROGRAMA DE DOUTORADO EM DIREITO

LEONARDO LOPES SARDINHA

**O *COMPLIANCE* E AS REPERCUSSÕES JURÍDICAS NO ÂMBITO DO DIREITO
PENAL: UM ESTUDO SOBRE A DELEGAÇÃO DO DEVER DE VIGILÂNCIA
ENVOLVENDO O DIRIGENTE DE EMPRESA E O *COMPLIANCE OFFICER***

SÃO PAULO – SP
2024

LEONARDO LOPES SARDINHA

O COMPLIANCE E AS REPERCUSSÕES JURÍDICAS NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL: UM ESTUDO SOBRE A DELEGAÇÃO DO DEVER DE VIGILÂNCIA ENVOLVENDO O DIRIGENTE DE EMPRESA E O COMPLIANCE OFFICER

Tese apresentada ao programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Nove de Julho, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientação: Professor Doutor Marcelo Navarro Ribeiro Dantas.

SÃO PAULO – SP
2024

Sardinha, Leonardo Lopes.

O compliance e as repercussões jurídicas no âmbito do direito penal: um estudo sobre a delegação do dever de vigilância envolvendo o dirigente de empresa e o compliance officer. / Leonardo Lopes Sardinha. 2024.

179 f.

Tese (Doutorado) - Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2024.

Orientador (a): Prof. Dr. Marcelo Navarro Ribeiro Dantas.

1. Risco. 2. Empresa. 3. Direito penal. 4. Imputação. 5. Criminal compliance.

I. Dantas, Marcelo Navarro Ribeiro. II. Título.

CDU 34

LEONARDO LOPES SARDINHA

O COMPLIANCE E AS REPERCUSSÕES JURÍDICAS NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL: UM ESTUDO SOBRE A DELEGAÇÃO DO DEVER DE VIGILÂNCIA ENVOLVENDO O DIRIGENTE DE EMPRESA E O COMPLIANCE OFFICER

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Nove de Julho como parte das exigências para a obtenção do título de Doutor em Direito.

São Paulo, 13 de agosto de 2024.

BANCA EXAMINADORA

MARCELO
NAVARRO RIBEIRO
DANTAS:J001400

Assinado de forma digital por
MARCELO NAVARRO RIBEIRO
DANTAS:J001400
Data: 2024.08.13 16:15:45 -03'00'

Prof. Dr. Marcelo Navarro Ribeiro Dantas
Orientador
UNINOVE

Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho
Examinadora Interna
UNINOVE

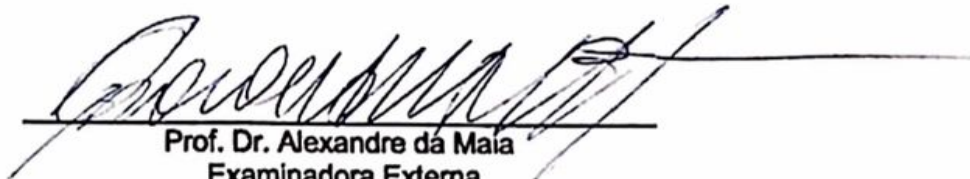
Prof. Dr. Rogério Schiatti
Examinador Interno

**WALTER NUNES DA
SILVA JUNIOR:JU39**

UNINOVE
Assinado de forma digital por WALTER
NUNES DA SILVA JUNIOR:JU39
Dados: 2024.08.20 15:50:52 -03'00'

Prof. Dr. Walter Nunes da Silva Junior
Examinador Externo

UFRN



A handwritten signature in black ink, written over a horizontal line. The signature is cursive and appears to read 'Alexandre da Maia'.

Prof. Dr. Alexandre da Maia
Examinadora Externa
UFPE

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço à Associação Paulista de Magistrados (APAMAGIS) e à Universidade Nove de Julho (UNINOVE), que por meio de convênio envolvendo ambas as instituições tornaram possível o meu ingresso no Doutorado.

Ao meu orientador, Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Prof. Dr. Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, cujas aulas me despertaram o interesse em aprofundar o estudo sobre o Direito Penal Econômico, notadamente sobre o *criminal compliance*.

“Do alto da arrogância qualquer homem se imagina muito mais do que consegue ver. É vendo lá de cima, ilusão que lhe domina, diz que pode muito mais antes de querer. Querer não é questão, não justifica o fim. Pra quê complicação, é simples assim”.

Simple Assim - Lenine

RESUMO

A tese de doutorado, que ora se apresenta, tem como ponto de partida uma análise acerca do risco que permeia a sociedade contemporânea, marcada pelo avanço tecnológico que nos proporciona conforto e bem-estar e, ao mesmo tempo, nos expõe a riscos que até então não havíamos experimentado. Diante disso, o Direito Penal não se mostrou indiferente a essa nova realidade, tentando a ela se adaptar a fim de se tornar um instrumento eficiente de defesa aos novos riscos presentes hodiernamente, uma vez que o Direito Penal clássico tem se revelado insuficiente para proteger a sociedade dos perigos atuais. Entretanto, essa readaptação do Direito Penal aos novos riscos tem despertado intensas discussões no meio acadêmico. Normalmente a atividade empresarial traz consigo um risco que lhe é inerente, consistente na potencialidade de ofensa a bens jurídicos alheios. Isso se verifica quando ocorre o cometimento de crimes no âmbito da empresa. Dito isso, surge o *compliance* como instrumento jurídico voltado à prevenção de delitos cometidos no interior das empresas. Assim, o *compliance* é um conjunto sistemático de ações adotadas no ambiente corporativo, com a finalidade de assegurar que as atividades desenvolvidas pelas empresas não violem a legislação vigente. A implementação do programa de *compliance* nas empresas é tarefa atribuída ao *compliance officer*. Além disso, o *compliance officer* recebe, por delegação do dirigente de empresa, o dever de supervisionar o funcionamento dos mecanismos de vigilância e controle, objetivando evitar a ocorrência de delitos no interior da empresa. Nesse cenário, tem-se debatido sobre as consequências jurídicas, no âmbito do Direito Penal, decorrentes da delegação do dever de vigilância envolvendo o dirigente de empresa e o *compliance officer*. Nesse sentido, a tese tem como pretensão examinar a relação de delegação do dever de vigilância envolvendo o dirigente empresarial e o *compliance officer*, a fim de se extrair as consequências jurídicas advindas dessa relação de delegação, sob a perspectiva do Direito Penal. O método de pesquisa consistirá na consulta à legislação, doutrina nacional e estrangeira, pesquisa jurisprudencial, trabalhos acadêmicos, consulta à periódicos, *internet* e banco de dados.

Palavras-chave: risco; empresa; Direito Penal; imputação; criminal *compliance*.

ABSTRACT

The doctoral thesis, which is now presented, has as its starting point an analysis of the risk that permeates contemporary society, marked by technological advances that provide us with comfort and well-being and, at the same time, expose us to risks that even so we had not tried it. Given this, Criminal Law did not appear indifferent to this new reality, trying to adapt to it to become an efficient instrument of defense against the new risks present today, since classical Criminal Law has proven insufficient to protect the society of current dangers. However, this readaptation of Criminal Law to new risks has sparked intense discussions in academia. Normally, business activity brings with it an inherent risk, consisting of the potential for harm to the legal interests of others. This occurs when crimes are committed within the company. That said, *compliance* emerges as a legal instrument aimed at preventing crimes committed within companies. Thus, *compliance* is a systematic set of actions adopted in the corporate environment, with the purpose of ensuring that the activities carried out by companies do not violate current legislation. The implementation of the *compliance* program in companies is a task assigned to the *compliance* officer. Furthermore, the *compliance* officer receives, by delegation from the company director, the duty to supervise the functioning of surveillance and control mechanisms, aiming to prevent the occurrence of crimes within the company. In this scenario, there has been debate about the legal consequences, within the scope of Criminal Law, resulting from the delegation of the duty of surveillance involving the company director and the *compliance* officer. In this sense, the thesis aims to examine the relationship of delegation of the duty of surveillance involving the business manager and the *compliance* officer, to extract the legal consequences arising from this delegation relationship, from the perspective of Criminal Law. The research method will consist of consulting legislation, national and foreign doctrine, jurisprudential research, academic works, consulting periods, the internet, and databases.

Keywords: risk; company; Criminal Law; imputation; criminal *compliance*.

RESUMEN

La tesis doctoral que ahora se presenta tiene como punto de partida un análisis del riesgo que permea la sociedad contemporánea, marcada por avances tecnológicos que nos proporcionan comodidad y bienestar y, al mismo tiempo, nos exponen a riesgos que incluso así que no lo habíamos probado. Ante esto, el Derecho Penal no se mostró indiferente ante esta nueva realidad, intentando adaptarse a ella para convertirse en un eficaz instrumento de defensa frente a los nuevos riesgos presentes en la actualidad, ya que el Derecho Penal clásico se ha mostrado insuficiente para proteger a la sociedad de los peligros actuales. Sin embargo, esta readaptación del Derecho Penal a nuevos riesgos ha desatado intensos debates en el ámbito académico. Normalmente, la actividad empresarial conlleva un riesgo inherente, consistente en la posibilidad de perjudicar los intereses jurídicos de otros. Esto ocurre cuando se cometen delitos dentro de la empresa. Dicho esto, el cumplimiento surge como un instrumento jurídico destinado a prevenir los delitos cometidos al interior de las empresas. Así, el cumplimiento es un conjunto sistemático de acciones adoptadas en el ámbito empresarial, con el fin de asegurar que las actividades realizadas por las empresas no violen la legislación vigente. La implementación del programa de cumplimiento en las empresas es una tarea asignada al oficial de cumplimiento. Además, el responsable de cumplimiento recibe, por delegación del director de la empresa, el deber de supervisar el funcionamiento de los mecanismos de vigilancia y control, con el objetivo de prevenir la ocurrencia de delitos en el seno de la empresa. En este escenario, se ha debatido sobre las consecuencias jurídicas, en el ámbito del Derecho Penal, que se derivan de la delegación del deber de vigilancia entre el director de la empresa y el oficial de cumplimiento. En este sentido, la tesis pretende examinar la relación de delegación del deber de vigilancia que involucra al gestor empresarial y al cumplimiento oficial, con el fin de extraer las consecuencias jurídicas que se derivan de esta relación de delegación, desde la perspectiva del Derecho Penal. El método de investigación consistirá en consulta de legislación, doctrina nacional y extranjera, investigaciones jurisprudenciales, trabajos académicos, periodos de consulta, internet y bases de datos.

Palabras clave: riesgo; empresa; Derecho Penal; imputación; cumplimiento penal.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

BACEN	Banco Central do Brasil
CCO	<i>Chief Compliance Officer</i>
CGU	Controladoria Geral da União
CINT	Comitê de Integridade do Poder Judiciário
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CO	<i>Compliance Officer</i>
COAF	Conselho de Controle de Atividades Financeiras
CP	Código Penal
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
FCPA	<i>Foreign Corrupt Practices Act</i>
GAFI	Grupo de Ação Financeira Internacional
HC	<i>Habeas Corpus</i>
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUSEP	Superintendência de Seguros Privados

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. A SOCIEDADE DO RISCO E O DIREITO PENAL (DO “CLÁSSICO” AO “MODERNO”): UMA ABORDAGEM BREVE, MAS NECESSÁRIA	22
1.1. O dilema a ser enfrentado pelo Direito Penal no contexto da sociedade de risco 31	
1.2. A interconexão entre a sociedade de risco, a empresa e o <i>compliance</i>	34
1.3. O futuro do direito penal	38
1.4. Considerações finais do capítulo	41
2. A IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL NA CRIMINALIDADE DE EMPRESA	43
2.1. Considerações iniciais.....	43
2.2. Obstáculos e dificuldades na imputação penal na criminalidade de empresa.	46
2.3. O concurso de pessoas na criminalidade de empresa	54
2.3.1. Teoria da coautoria delitiva	56
2.3.2. Teoria da investigação-autoria	57
2.3.3. Teoria do domínio do fato	58
2.3.4. Teoria do domínio funcional do fato	61
2.3.5. Teoria do domínio sobre a fonte de perigo	61
2.3.6. Teoria do domínio da organização	62
2.4. Considerações finais do capítulo	66
3. A POSIÇÃO DE GARANTIDOR DO DIRIGENTE DE EMPRESA POR DELITOS DECORRENTES DA ATIVIDADE EMPRESARIAL	67
3.1. Noções introdutórias	67
3.2. Hipóteses legais de dever de agir: estabelecendo a posição de garantidor....	69
3.3. A posição de garantidor do dirigente da empresa.....	73
3.3.1. A posição de garantidor do empresário em estruturas de responsabilidade vertical	79
3.3.2. A posição de garantidor do empresário em estruturas de responsabilidade horizontal	84
3.4. Considerações finais do capítulo	91
4. O COMPLIANCE NO DIREITO BRASILEIRO	93
4.1. Aspectos introdutórios	93
4.2. Os marcos normativos do <i>compliance</i> no ordenamento jurídico brasileiro ...	104
4.3. Requisitos básicos de um programa de <i>compliance</i> efetivo	108
4.3.1. Análise e avaliação dos riscos	109
4.3.2. Código de Ética.....	111

4.3.3. Comprometimento da alta liderança da empresa (“alta cúpula”)	112
4.3.4. A designação de oficial de cumprimento (<i>compliance officer</i>) com estabilidade, autonomia e independência funcional	113
4.3.5. Existência de canais de comunicação.....	115
4.3.6. Monitoramento e revisão contínuos do programa de <i>compliance</i>	116
4.3.7. Cultura corporativa de <i>compliance</i>	118
4.4. O <i>compliance</i> criminal: um breve panorama.....	122
4.5. Um olhar (crítico) sobre o acórdão da Ação Penal nº 470	136
4.6. Considerações finais do capítulo	140
5. A DELEGAÇÃO DO DEVER DE VIGILÂNCIA NO ÂMBITO DO CRIMINAL COMPLIANCE	142
5.1. Introdução	142
5.2. A delegação dos deveres de vigilância e seus efeitos jurídicos: o papel assumido pelo <i>compliance officer</i>	143
5.3. A posição de garantidor do <i>compliance officer</i>	149
5.3.1. Por expressa imposição legal	150
5.3.2. Função exercida por administrador	150
5.3.3. Função exercida por não-administrador	151
5.3.4. Controle da informação como forma de controle penalmente relevante	153
5.4. O criminal <i>compliance</i> e a responsabilidade penal do dirigente de empresa por crimes omissivos impróprios	157
5.5. As repercussões jurídicas do <i>compliance</i> no âmbito penal.....	165
CONCLUSÃO	170
REFERÊNCIAS	174

INTRODUÇÃO

A globalização aliada ao crescente desenvolvimento econômico e tecnológico experimentados pela sociedade moderna resultou no surgimento de novos riscos sociais. Neste cenário, o risco é algo onipresente no modelo de sociedade pós-industrial, daí a expressão “sociedade do risco” ou “sociedade de riscos”, mencionada na obra de Ulrich Beck¹.

Embora o risco não seja algo exclusivo da sociedade moderna, o que o diferencia é a dimensão e expansão dos perigos e ameaças atuais, que alcançam uma escala global. Ou seja, se antes os riscos atingiam indivíduos que praticassem determinadas atividades, o que se verifica atualmente é um risco globalizado, universal, que desconhece fronteiras e gera insegurança à humanidade.

Renato Jorge Silveira² esclarece que os riscos sempre existiram e são inerentes à vida humana, presentes nas mais variadas épocas. No entanto, o autor afirma que os riscos de hoje são muito menores do que na Idade Média, ou quando os marinheiros descobridores se lançavam aos mares e ao desconhecido.

Por outro lado, a partir da industrialização e, notadamente, após a chamada pós-industrialização, os riscos, em termos coletivos, se intensificaram, emergindo de novas situações, até então desconhecidas, nas quais toda a sociedade se veem abaladas.

Nesse mesmo entendimento, Ulrich Beck³ leciona que os riscos e ameaças atuais diferenciam-se, de seus equivalentes medievais, fundamentalmente por conta da globalidade de seu alcance (ser humano, fauna, flora) e de suas causas modernas. São riscos da modernização. São um produto de série do maquinário industrial do progresso, sendo sistematicamente agravados com seu desenvolvimento ulterior.

¹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade**. Tradução Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2011.

² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime**. Coleção Ciência Criminal Contemporânea. Vol. 5. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2022, p. 245.

³ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade**. Tradução Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2011, p. 26.

Por sua vez, Silva Sánchez⁴ assinala que um dos traços mais significativos das sociedades da era pós-industrial é a sensação geral de insegurança, isto é, o surgimento de uma forma especialmente aguda de viver o risco.

Esse sentimento generalizado de insegurança ante os novos riscos sociais demanda a atuação estatal, sendo que um dos instrumentos frequentemente utilizado pelo Estado como forma de controle social é o Direito, notadamente o Direito Penal.

Diante disso, o Direito Penal é utilizado como instrumento de controle social para tentar remediar os perigos que acometem a “sociedade do risco”. Nesse raciocínio, José Luis Ripollés⁵ afirma que o Direito Penal da sociedade do risco apresenta as seguintes características:

Inicialmente, pela criminalização de novos comportamentos mediante a criação de bens jurídicos de natureza coletiva, a serem tutelados pela Direito Penal, como a ordem econômica e o meio ambiente.

Em segundo lugar, o Direito Penal se utiliza de estruturas típicas de mera conduta, prescindindo de tipos penais que exijam um resultado material lesivo ao bem jurídico, demonstrando a clara finalidade do Direito Penal atual em prevenir danos por meio da criminalização de comportamentos que gerem risco ao corpo social.

A terceira característica consiste no momento da antecipação da intervenção penal, que deixa de aguardar a efetiva lesão ao bem jurídico para só então intervir, antecipando-se a tutela penal a fim de alcançar atos preparatórios.

Por fim, o Direito Penal da sociedade de risco traz significativas repercussões no modelo de imputação penal, admitindo eventuais violações ao conjunto de garantias penais e processuais penais do indivíduo.

Deste modo, delimitou-se o tema a partir das questões em torno da sociedade pós-industrial, marcada pelo rompimento de fronteiras comerciais, por meio do qual a empresa ganha destaque e protagonismo não somente como fonte geradora de

⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del Derecho Penal**: Aspectos de la política criminal em las sociedades posindustriales. 2.ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2001, p.32.

⁵ RIPOLLÉS, José Luis Diéz. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. **Revista Eletrónica de Ciencia Penal y Criminología**. Disponível em: <https://core.ac.uk/reader/79130050>. Acesso em: 28 jan. 2023.

riqueza, mas também fonte de perigo de lesão à bens jurídicos. Ou seja, a empresa também é uma fonte de risco, ainda que permitido, com potencial perigo de lesão a bens jurídicos de terceiros ou da coletividade.

Diante disso, houve a necessidade de se expandir o Direito Penal a fim de tutelar os bens jurídicos violados ou expostos ao perigo de lesão em razão da atividade empresarial⁶.

Entretanto, não se pode ignorar a problemática enfrentada pela doutrina e jurisprudência acerca da imputação jurídico-penal por crimes praticados no ambiente empresarial.

Isso se deve porque delitos praticados no âmbito de empresas de estrutura organizacional complexa geralmente envolve a ação conjunta de muitos indivíduos, de posições hierárquicas distintas e com diferentes graus de informação sobre o funcionamento da empresa. Assim, a forma complexa de organização empresarial implica na dificuldade de se delimitar a responsabilidade penal individual.

Sobre o tema, Heloisa Estelitta observa que:

As técnicas de organização da empresa – divisão de funções e divisão de trabalho, com a correlata fragmentação da informação – também desempenham um papel relevante, pois implicam, muitas vezes, em que o resultado delitivo somente seja reconduzível a um aglomerado de ações e omissões, as quais, isoladamente, pouco representam em termos de reunião dos elementos que permitiram ao agente compreender o caráter injusto de seu comportamento. Some-se a isso que essa fragmentação objetiva na prática do injusto corresponde uma fragmentação subjetiva, ou seja, o agente pode contribuir objetivamente para a prática do injusto, desconhecendo as contribuições dos demais e, assim, não tendo como compreender o significado criminoso de sua contribuição. Esses dois aspectos da fragmentação das atividades dentro da empresa, o objetivo e o subjetivo, podem levar à redução da compreensão quanto ao significado criminoso do aporte individual, afetando o aspecto subjetivo, e produzindo uma aparente “indiferença” do colaborador⁷.

⁶ Em razão dos riscos de danos advindos da atividade econômica, nota-se o empenho do Estado em combater a criminalidade empresarial de forma severa e diferenciada, tutelando bens jurídicos supraindividuais e se antecipando à lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado.

⁷ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 40-41.

Por sua vez, Feijóo Sanchez assinala que:

[...] a tradicional imputação individualizada, que tem protagonizado a imputação jurídico-penal, encontra sérias dificuldades ante lesões de bens jurídicos que têm a sua origem em determinadas organizações humanas ou configurações organizacionais próprias das empresas modernas que são caracterizadas por uma intensa divisão – horizontal e vertical – descentralização e diferenciação de funções e tarefas. Por este motivo, a distribuição de competências e funções dentro de tais organizações levanta sérios problemas no momento da imputação do facto ilícito a uma pessoa concreta. Isso não deve ser entendido erradamente como produto da criação deliberada, maliciosa ou fraudulenta de espaços de irresponsabilidade, devendo antes ser tratado como um problema estrutural de qualquer organização complexa, sempre que não tenham sido adoptadas medidas especiais para aliviar essa tendência natural de todas as organizações que atingem um certo grau de complexidade⁸.

Nesse mesmo raciocínio, para Renata Pereira Mayrink:

A divisão funcional da empresa, tanto do ponto de vista vertical, quando do ponto de vista horizontal, hierárquico, apresenta entraves para o sistema de imputação penal de responsabilidades, pois a execução material do crime, a posse de informações relevantes, a capacidade de decisão e as condições subjetivas de autoria podem estar presentes em sujeitos distintos dentro da mesma organização. O controle sobre o acontecer típico é dificultado pelo modo em que é praticada a atividade empresarial, o que pode levar tanto uma ampliação desarrazoada do número de agentes que serão responsabilizados pelo delito, quanto à impossibilidade de imputação penal a qualquer sujeito envolvido, no que Silva Sánchez (2012, p. 329) denomina “irresponsabilidade organizada”⁹.

À título de exemplificação, Fábio Ramazzini Bechara e Lucas Ferreira Cereser destacam a influência da estrutura organizacional da empresa no processo de apuração da responsabilidade penal individual, conforme se verifica do relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito instalada para investigar o desastre ambiental ocorrido em Brumadinho, no estado de Minas Gerais:

⁸ SANCHEZ, Bernardo Feijóo. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. **Revista Liberdades**, n. 9, p.26-57, 2012. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/media/posts/arquivos/11/artigo2.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2023.

⁹ MAYRINK, Renata Pereira. **Responsabilidade penal do compliance officer**: a omissão imprópria e os pressupostos para a tipicidade. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022, p. 55.

O caso de Brumadinho evidencia que o crime não pode ser separado da estrutura e dinâmica organizacional da empresa. A omissão que gera e retroalimenta a situação de risco proibido se dá em escala, atravessando vários níveis corporativos, sem que seja interrompida. Trata-se de uma deficiência de governança, ou, conforme a doutrina jurídica, um defeito de organização (BRASIL, 2019, p. 247).

[...]

A hipótese do defeito de organização da empresa (VALE) se refere à falta de coordenação de incentivos de diretores, gerentes e funcionários que privilegiassem o controle do risco e o cumprimento da lei. Um sistema de governança e *compliance* falhos teve papel relevante para o desenrolar da causalidade que levou ao rompimento da barragem (BRASIL, 2019, p. 222-223).

[...]

Várias ações poderiam e deveriam ter sido tomadas para evitar o resultado, mas não foram, como a construção da berma de reforço, a construção de poços de rebaixamento, a evitação dos gatilhos (como as detonações), o acionamento do plano de emergência e a evacuação, retirada da estrutura administrativa de empresa do local, adoção pela empresa de uma curva de tolerância ao risco etc. (BRASIL, 2019, p. 338)¹⁰.

Do mesmo modo, a questão da imputação da responsabilidade penal individual do dirigente da empresa também reverberou nos Tribunais Superiores. Nesse sentido, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de Recurso Ordinário em Habeas Corpus (agosto/2017), decidiu que nos crimes societários cometidos por representantes da empresa deve haver correlação entre a concretude dos fatos delituosos com a atividade do acusado, não sendo suficiente a condição de sócio da sociedade, sob pena de responsabilidade objetiva¹¹.

Nesse cenário, muito se tem debatido sobre a responsabilização penal do dirigente da empresa, por crimes relativos à atividade econômica da empresa¹². Isso se deve, entre outros fatores, em razão de acusação e condenações, muitas vezes

¹⁰ BECHARA, Fábio Ramazzini; CERESER, Lucas. O caso Brumadinho: uma análise a partir da responsabilidade penal corporativa e dos programas de compliance. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**. 17, 1 (jul. 2022), p. 9 - 23. Disponível em: <<https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/266/196>>. Acesso em: 31 jul.2023.

¹¹ STJ - RHC: 45872 MG 2014/0047483-1, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 17/08/2017, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/08/2017.

¹² Danilo Costa afirma que “as ações tomadas no âmbito de um ente coletivo, como nas empresas, são, muitas vezes, de difícil averiguação e, especialmente no âmbito de instituições complexas, altamente diferenciadas e hierarquicamente organizadas em torno do princípio da divisão do trabalho, implicam complicações no momento de se delimitar uma imputação penal individual”. COSTA, Danilo Miranda. **Criminalidade de empresa** – Sintomas e alternativas às dificuldades de responsabilização penal individual por ilícitos cometidos no âmbito da atividade empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 114/2015, p. 243-276. Maio-Jun./2015.

fundadas apenas no fato de alguém ocupar uma posição no alto escalão da empresa¹³.

À problemática acima mencionada acrescenta-se um novo elemento: o *compliance*¹⁴.

Com efeito, o termo *compliance* deriva do verbo em inglês *to comply with*, que significa “cumprir”, “executar”, “satisfazer”. *Compliance* é o dever de cumprir, de estar em conformidade e fazer cumprir regulamentos internos e externos impostos à atividade empresarial.

Na perspectiva do Direito Penal, que é o que nos interessa, o programa de *compliance* é estruturado no ambiente corporativo com a finalidade precípua de prevenir a ocorrência de delitos, evitando, dessa forma, a superveniência da responsabilidade criminal.

Um programa de *compliance*, para ser eficaz, necessita ser adequado à estrutura organizacional da empresa.

Assim é que, empresas de grande porte ou mesmo conglomerados econômicos, cujas estruturas organizacionais envolvem diversos indivíduos, ocupando posições hierárquicas distintas e exercendo funções especializadas, o dever de vigilância inerente ao programa de *compliance* é distribuído entre todos os funcionários da corporação, desde os integrantes da alta cúpula da empresa

¹³ Heloisa Estellita pontua que “muito embora haja disciplina legal, literatura, alguma jurisprudência e muitos casos de omissão imprópria em nosso país, as dificuldades que a criminalidade de empresa tem colocado para essa forma de imputação ainda merecem ser examinadas, identificadas e, dentro do possível, solucionadas dentro do arcabouço legal em vigor, pena de se estabelecer, com pretensão de permanência, uma ilegal responsabilidade ‘por omissão’, ou pela mera ostentação formal da condição de administrador, que não encontra acolhida em nosso direito positivo”. ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 30.

¹⁴ Conforme observa Renata Mayrink: “As organizações empresariais têm sido diretamente afetadas pela expansão punitiva na seara econômica, movimento que desencadeou uma reação desses empreendimentos para se resguardarem de possíveis responsabilizações criminais. Nesse contexto, os *compliance programs* tem se difundido de maneira cada vez mais rápida e abrangente, de forma a beneficiar não somente as pessoas jurídicas, que desenvolvem mecanismos de prevenção de delitos em sua atividade, mas também no setor público, que tem facilitada a identificação de condutas ilícitas e os agentes por elas responsáveis”. MAYRINK, Renata Pereira. **Responsabilidade penal do compliance officer**: a omissão imprópria e os pressupostos para a tipicidade. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2022, p. 81.

(dirigentes, gestores, diretores etc.) até o “funcionário chão de fábrica”, ocupantes de postos de trabalho na base da pirâmide hierárquica empresarial.

Dessa forma, para o melhor funcionamento da organização empresarial, é comum a delegação de competência, incluindo os poderes de vigilância e controle de riscos advindos da atividade empresarial¹⁵. Isso se dá em razão da divisão do trabalho existente no organograma da empresa, bem como do exercício de determinadas funções por pessoas especializadas.

Renato Jorge Silveira faz a seguinte observação:

As grandes empresas, muitas vezes pela sua própria dimensão ou gigantismo, têm estruturas de poder internas que acabam setorizando as esferas de liberdade dos próprios funcionários, limitando, assim, a liberdade de organização de cada qual. Multiplicam-se, dessa forma, diversas pequenas esferas de poder dentro de um microcosmo visto e percebido como uma empresa em si. Para a operacionalização dessa estrutura dinâmica, são presentes muito frequentemente situações de delegação de poderes [...] A dúvida, no entanto, se perfaz quando se coloca a questão sob o foco do problema de imputação penal¹⁶.

A delegação de competências ou de funções, além de produzir efeitos na imputação penal por crimes cometidos no âmbito da empresa, é tema que desperta inquietação na dogmática penal.

Nesse sentido, Renato Jorge Silveira aponta que a grande e inicial dificuldade diz “respeito à possibilidade e disponibilidade dessa delegação, e quando isso implica real liberação de responsabilidades. Observe-se, nesse sentido, a discussão quanto à própria possibilidade de delegação”¹⁷.

No caso específico do criminal *compliance*, tem-se a figura do *compliance officer*¹⁸ (oficial de cumprimento), importante personagem que recebe a função, por

¹⁵ Heloisa Estellita informa que “a constituição de uma empresa, como conjunto de objetos e pessoas orientados ao exercício de atividades econômicas, sua organização e estruturação e a execução dos atos necessários à sua atividade econômica se traduziriam em criação de um risco permitido”. ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 118.

¹⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial**: a omissão do empresário como crime. Coleção Ciência Criminal Contemporânea. Vol. 5. Belo Horizonte: Ed. D’Plácido, 2022, p. 149.

¹⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial**: a omissão do empresário como crime. Coleção Ciência Criminal Contemporânea. Vol. 5. Belo Horizonte: Ed. D’Plácido, 2022, p. 149.

¹⁸ “Se puede entonces concluir que el *compliance officer* será el responsable de que el programa de prevención de riesgos penales concebido para prevenir delitos, o reducir de forma significativa el riesgo

delegação, de supervisionar o funcionamento dos mecanismos de vigilância e controle, objetivando evitar a ocorrência de delitos no interior da empresa. Em apertada síntese, o *compliance officer* é o responsável pela aplicação do programa de integridade na empresa.

É intuitivo, portanto, que os *compliance programs* exercem influência na imputação da responsabilidade individual por crimes cometidos no ambiente empresarial, uma vez que a implementação do *compliance* envolve a descentralização de mando, a divisão e a estipulação de responsabilidades, alcançando todos os colaboradores de uma empresa.

Em outras palavras, a implementação dos programas de conformidade resulta na delimitação da responsabilidade de cada membro da empresa no tocante à vigilância e controle de zonas de risco da atividade empresarial. Assim, cada membro da empresa é responsável, no âmbito de sua microesfera de atuação, por gerir e controlar os focos de perigo, a fim de evitar a ocorrência de delitos.

Nesse cenário, tem-se questionado e debatido acerca das consequências jurídicas, no âmbito do Direito Penal, decorrentes da delegação do dever de vigilância envolvendo o dirigente de empresa (delegante) e o *compliance officer* (delegado).

Isso posto, inicialmente a pesquisa se ocupará em investigar se a forma de imputação-jurídica estabelecida no Código Penal brasileiro se mostra adequada à apuração da responsabilidade penal individual por crimes cometidos no âmbito da empresa.

Em um segundo momento, percorreremos o caminho trilhado pela dogmática penal a fim de construir e estruturar a responsabilidade penal do dirigente de empresa por crimes ocorridos no interior do estabelecimento empresarial.

Em seguida, investigaremos a relação de delegação do dever de vigilância envolvendo o oficial de cumprimento (*compliance officer*) e o dirigente da empresa.

de su comisión, que há sido adoptado por una empresa, se conozca, se respete y se cumpla, y para llevar a cabo esa función se le deberá dotar de poderes concretos y autónomos de iniciativa y control". LAFUENTE, Alfredo Liñán. **La responsabilidade penal del compliance officer**. Cizur Menor: Thompson Reuters Aranzadi, 2019, p. 21.

Por fim, diante do substrato teórico obtido com a pesquisa realizada, pretende-se responder ao seguinte problema de pesquisa: Qual(is) a(s) consequência(s) jurídica(s) da delegação do dever de vigilância dos programas de *compliance* na esfera criminal?

A implementação do criminal *compliance* no âmbito da empresa inaugura novas posições de garante¹⁹ (*compliance officers*/dirigentes da empresa), cujas consequências jurídicas, no que diz respeito à responsabilidade penal por omissão do dirigente da empresa, ainda são incertas, o que evidencia a relevância da pesquisa a ser empreendida.

Nesse mesmo entendimento, Helena Regina da Costa assevera:

O termo *compliance* estabeleceu-se, nos últimos anos, como tema da moda no direito penal. Contudo, apesar de ter ganhado crescente atenção da doutrina, não há, ainda, consenso sobre seu tratamento e suas consequências no âmbito criminal. Sua aplicação nasceu no campo financeiro, no qual, no Brasil, conta, por exemplo, como regras bastante específicas determinadas pelo Banco Central, mas hoje acabou por expandir-se por diversos outros âmbitos da atividade empresarial. Assim, o assunto passou a ocupar um espaço importante de reflexão no campo do direito penal econômico²⁰.

A respeito do papel de garante do empresário advindo do *compliance*, Renato Jorge Silveira faz a seguinte observação:

Já se disse em outra sede que o criminal *compliance* está a se mostrar como um dos maiores desafios do Direito Penal atual. Isso é uma verdade já sabida. A nova dúvida a ser posta é de outra ordem. Diz respeito, sim, a como pretender setorizar as imputações penais por delitos verificados dentro do ambiente empresarial, em especial quando são estabelecidos novos papéis de garantes. Não mais se trata, simplesmente, de pretender responsabilizações por intuição do operador do Direito, mas, sim, de se estabelecer o papel de responsabilidade de cada qual. Somente assim, poderia se pretender almejar um mínimo de segurança jurídica na construção do que se pretende por um Direito Penal Empresarial²¹.

¹⁹ Garantidor é aquela pessoa que possui o poder e dever de agir para evitar a ocorrência do resultado típico (crime) e a sua omissão dá ensejo à consumação de um tipo penal que pressuponha uma ação.

²⁰ COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Marinha Pinhão Coelho. *Compliance e o julgamento da APN 470. Revista Brasileira de Ciências Criminas*. v. 106, 2014.

²¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime*. Coleção Ciência Criminal Contemporânea. Vol. 5. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2022, p. 245.

Além disso, a responsabilização penal do dirigente de empresa, embora não seja o objeto desta pesquisa, merece uma abordagem na tentativa de se estabelecer critérios técnicos objetivando apurar a culpabilidade do dirigente empresarial, evitando, dessa forma, acusações e julgamentos baseados unicamente na posição ocupada pelo dirigente no alto escalão da empresa.

Não se ignora a função primordial do programa de *compliance*, que consiste basicamente em evitar a ocorrência de violações às normas jurídicas, promovendo uma cultura de respeito à legalidade no ambiente corporativo.

Atualmente, a importância do *compliance* para o universo jurídico é indiscutível, de modo que o presente trabalho tem a pretensão de elucidar a repercussão jurídica do *compliance* no âmbito do Direito Penal, quando se está diante da delegação do dever de vigilância envolvendo o dirigente de empresa e o *compliance officer*.

Além disso, busca-se aproximar o julgador do universo do *compliance*, tornando o instituto mais familiar. Ao que tudo indica – e aqui não se está profetizando²² – o caminho atualmente trilhado pelo legislador leva a crer que num futuro próximo a implementação dos programas de *compliance* será obrigatório, a depender do porte econômica da empresa.

De mais a mais, como forma de contribuir para o aprimoramento do instituto, e, principalmente, estimular as empresas a implementarem programas de *compliance* efetivos (e não de fachada), serão sugeridas propostas legislativas relacionadas à responsabilidade penal do dirigente por delitos advindos da atividade econômica.

O objetivo geral do trabalho consiste em investigar a relação de delegação vinculando o dirigente de empresa (delegante) e o *compliance officer* (delegatário), com o intuito de verificar as consequências jurídicas dessa delegação na esfera penal.

Diante disso, o objetivo geral em questão será alcançado após o desenvolvimento dos seguintes objetivos específicos: as especificidades da criminalidade de empresa e a consequente dificuldade enfrentada pelo intérprete na

²² Silvera informa que existe, na realidade internacional, fortíssima pressão – mesmo em termos de *soft law* – para uma implementação cada vez maior dos programas de compliance mundo afora. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 154.

imputação jurídico-penal de crimes decorrentes da atividade empresarial; o estabelecimento de requisitos dogmáticos para a correta imputação por omissão imprópria do dirigente da empresa por crimes advindos da atividade econômica; o *compliance* criminal e as posições de garante dele decorrentes, bem como as repercussões jurídicas do criminal *compliance* na apuração da culpabilidade do dirigente de empresa.

O método de pesquisa consistirá na consulta à legislação, doutrina nacional e estrangeira, pesquisa jurisprudencial, trabalhos acadêmicos, consulta à períodos, *internet* e banco de dados.

Para o incremento do presente trabalho, este será estruturado em cinco capítulos. O primeiro deles trata da denominada “sociedade de risco” e suas implicações no âmbito do Direito Penal.

O capítulo seguinte aborda, em linhas gerais, a dificuldade enfrentada pela dogmática na imputação da responsabilidade penal na criminalidade de empresa.

Na sequência, no terceiro capítulo, analisa-se a posição de garantidor do empresário no tocante à criminalidade de empresa e os critérios estabelecidos pela doutrina para se delimitar a responsabilidade penal do dirigente de empresa por omissão imprópria.

O quarto capítulo é dedicado ao *compliance* e seus desdobramentos na seara criminal.

Por sua vez, o quinto, e último capítulo, tem como foco a delegação do poder de vigilância envolvendo o dirigente de empresa e o oficial de cumprimento (*compliance officer*) e as repercussões jurídicas do criminal *compliance*. Nesta oportunidade, à vista do que foi exposto nos capítulos antecedentes, será apresentada a resposta ao problema de pesquisa proposto.

1. A SOCIEDADE DO RISCO E O DIREITO PENAL (DO “CLÁSSICO” AO “MODERNO”): UMA ABORDAGEM BREVE, MAS NECESSÁRIA

Compreender e assimilar o contexto social atual é imprescindível para se reavaliar o papel do Direito Penal diante de uma nova realidade, sem olvidar as questões problemáticas que isso traz.

Nessa trilha, Carlo Masi²³ pontua, com razão, que entender o contexto em que o homem se insere é o primeiro passo para saber lidar com o Direito Penal da atualidade.

Dito isso, nota-se que o Direito Penal já não é mais o mesmo, quando se faz um retrospecto partindo-se do Direito Penal “clássico”²⁴ ao Direito Penal “moderno”. É como se o Direito Penal tivesse sofrido uma metamorfose jurídica.

Isso porque o Direito Penal clássico, centrado nos princípios da fragmentariedade e subsidiariedade, estruturado mediante a incriminação de condutas majoritariamente baseadas na ocorrência do dano e na lesão concreta a bens jurídicos de caráter individual, passou a compartilhar espaço com o Direito Penal “moderno”, cujas características o tornam tão específico, que muitos o denominam de “Direito Penal de Risco”, conforme se verá adiante.

Essa constatação se explica, em grande parte, pelo que se denomina de “sociedade do risco” (ou “sociedade de risco”), expressão extraída da obra de Ulrich Beck²⁵.

²³ MASI, Carlo Velho. A superação do Direito Penal “clássico”: tendências político-criminais na sociedade contemporânea. **Revista Liberdades nº 15**. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Janeiro/abril de 2014. Disponível em: https://ibccrim.org.br/media/publicacoes/arquivos_pdf/integra15.pdf#page=46. Acesso em: 14 de mar. 2023.

²⁴ Por Direito Penal clássico entende-se o Direito Penal Liberal, de inspiração iluminista, voltado à tutela de direitos subjetivos contra arbitrariedades estatais, limitando o *jus puniendi* estatal, cujas características principais são: a) fragmentariedade; b) subsidiariedade; c) intervenção mínima.

²⁵ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade**. Tradução Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2011.

Com efeito, a sociedade de risco trata-se de um modelo social surgido após a Revolução Industrial, marcada pelo avanço tecnológico, que, se por um lado nos proporciona conforto e bem-estar, por outro nos expõe a riscos relevantes, que até então nunca havíamos experimentado.

Nesse sentido, Silva Sánchez observa que:

A sociedade atual aparece caracterizada, basicamente, por um âmbito econômico rapidamente variante e pelo aparecimento de avanços tecnológicos sem paralelo em toda a história da humanidade. O extraordinário desenvolvimento da técnica teve, e continua tendo, obviamente, repercussões diretas em um incremento do bem-estar individual. Como também as têm a dinâmica dos fenômenos econômicos. Sem embargo, convém não ignorar suas consequências negativas²⁶.

Nesse contexto, quando se tem em mente as consequências negativas, a tecnologia empregada na biologia, na informática, na indústria química e na atividade econômica produz riscos que ameaçam o meio ambiente e a vida humana, e que não podem ser ignorados.

Sobre tais riscos, esclarece Marta Machado²⁷ que eles advêm de decisões humanas. Assim, segundo a autora, os acontecimentos como as pragas, a fome, os desastres naturais podem ser diferenciados dos riscos derivados das megatecnologias, substancialmente, por não se encontrarem lastreados em decisões. Os novos riscos presumem decisões industriais, especificadamente, decisões que tem seu foco em vantagens e oportunidades econômicas, baseadas em critérios de utilidade.

Nesse mesmo entendimento, Silva Sánchez assinala que:

²⁶ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do Direito Penal**. Aspectos da política criminal na sociedade pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 28-29.

²⁷ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do Risco e Direito Penal**. Uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 51-52

(...) o que interessa aqui ressaltar é a configuração do risco de procedência humana como fenômeno social estrutural. Isso, pelo fato de que boa parte das ameaças a que os cidadãos estão expostos provém precisamente das decisões que outros concidadãos adotam no manejo dos avanços técnicos: riscos mais ou menos diretos para os cidadãos (como consumidores, usuários, beneficiários de serviços públicos etc.) que derivam das aplicações técnicas dos avanços na indústria, na biologia, na genética, na energia nuclear, na informática, nas comunicações etc.²⁸.

De acordo com André Luís Callegari e Roberta Lofrano Andrade, outra característica dessa sociedade atual está no fato de que esses riscos se apresentam como “efeitos colaterais indesejados do processo de modernização, sendo consequências imprevisíveis e secundárias do progresso tecnológico”²⁹.

Além disso, alertam os autores acima mencionados que as contaminações nucleares ou químicas, por meio de radioatividade ou substâncias nocivas e tóxicas presentes no ar, na água e nos alimentos, a degradação ambiental e o aquecimento global, por exemplo, podem causar danos irreversíveis à saúde humana, podendo, tais lesões, inclusive, permanecer invisíveis por extenso período de tempo³⁰.

Pode-se dizer, nesse diapasão, que esses riscos de procedência humana são indeterminados espacial (globalização) e temporalmente, e, ademais, muitas vezes, podem possuir dimensões e potenciais destrutivos maiores do que aqueles provenientes da natureza.

Diante dessa indeterminação, os novos riscos fogem à aplicação das regras securitárias do cálculo, da estatística e da monetarização, o que significa que a eles não podem ser aplicadas as regras da causalidade e da culpa, bem como, dificilmente se poderá medir qualquer compensação ou indenização deles emanadas, quer porque suas consequências não podem ser limitadas, quer porque o desastre atinge dimensões tão grandes que nenhuma companhia de seguros seria capaz de arcar com o custo indenizatório.

²⁸ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do Direito Penal**. Aspectos da política criminal na sociedade pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 29.

²⁹ CALLEGARI, André Luís; ANDRADE, Roberta Lofrano. Sociedade do risco e Direito Penal. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, n. 26, p. 115-140, 2020.

³⁰ *Ibidem*.

Victor Augusto Estevam Valente preleciona que a sociedade de risco passou a ser concebida “a partir do momento em que o homem adquiriu a percepção social dos riscos tecnológicos em seu entorno, que até então eram sensorialmente intangíveis”³¹, de modo que a sociedade tornou-se crítica diante das mudanças advindas do contexto industrial.

Outrossim, o mesmo autor, citando Beck, informa que os riscos não são uma invenção moderna, visto em que épocas passadas já predominavam riscos de ordem pessoal. No entanto, nos dias atuais, o autor adjetiva a sociedade de risco de “catastrófica”, uma vez que “os riscos atuais têm alcance global, com condições de produzir uma destruição da vida humana em massa”³².

Victor Valente assinala que os riscos “não se esgotam nos efeitos e danos já ocorridos, mas se baseiam na extensão futura dos danos”³³, reunindo as seguintes características:

(i) têm efeito bumerangue, eis que alcançam, cedo ou tarde, aqueles que os produziram ou com eles lucraram; (ii) são *big business*, pois despontam como necessidades insaciáveis que os economistas sempre almejam (barril de necessidades sem fundo), sendo intermináveis, infinitos e autoproduzíveis; (iii) têm potencial político das catástrofes.

Nesse cenário, o legislador não se mostrou indiferente, de modo que a sociedade do risco projetou efeitos no Direito Penal a tal ponto de se afirmar pelo surgimento de um Direito Penal de Risco.

Com efeito, Renato Jorge Silveira leciona que:

Nesse contexto, uma definição do chamado Direito Penal de Risco, aqui tomado como se viu, por Direito Penal de Perigo pode ser dada: tratar-se-ia de um Direito Penal adequado às necessidades da atual sociedade pós-industrial, tanto se mostrando como um instrumento eficaz de condução de comportamentos como meio de defesa a novos riscos presentes hodiernamente. Pretende-se, assim, configurar uma ideia de segurança frente às inseguranças sociais³⁴.

³¹ VALENTE, Victor Augusto Estevam. **Direito Penal de Empresa & Criminalidade Econômica Organizada**. Curitiba: Ed. Juruá, 2015, p. 33.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

³⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 99.

Sobre esse Direito Penal de Risco, embora já abordado na introdução do trabalho, impõe-se rememorar suas características.

Inicialmente, o direito penal de risco criminaliza condutas que afetam bens jurídicos de natureza supraindividual, tais como a ordem econômica e o meio ambiente. Esse processo de ampliação do clássico âmbito dos bens jurídicos individuais para alcançar bens jurídicos supraindividuais se tem denominado de “desmaterialização, espiritualização ou dinamização” dos bens jurídicos³⁵.

Além disso, há um predomínio de crimes de mera conduta – delitos de perigo abstrato – que prescindem de um resultado lesivo ao bem jurídico tutelado. Isso se deve em razão da tutela penal antecipar-se à ocorrência do dano, atuando o Direito Penal com nítida finalidade preventiva.

A respeito dessa característica em específico, José Luis Ripollés leciona que:

Dentro de esa tendencia, los delitos de peligro concreto ceden terreno frente a los de peligro abstracto, y se consolidan los delitos de acumulación y de obstaculización de funciones de control, lo que aproxima los comportamientos incriminados a los que son objeto de persecución por parte del derecho administrativo sancionador; se abre camino la fundamentación de la punición de comportamientos en base al principio de precaución, entendido como una alternativa más laxa que la exigencia de peligrosidad del comportamiento³⁶.

Por sua vez, em decorrência da criação de crimes de mera conduta (crimes de perigo abstrato), criminaliza-se atos preparatórios, ampliando-se a abrangência da intervenção penal a fim de alcançar condutas, que por si só, não constituíram delitos não fosse a antecipação da tutela penal.

³⁵ “[...] na perspectiva da teoria do bem jurídico, as consequências disso referem-se a uma significativa mudança na compreensão do conceito de bem jurídico, consistente no seu distanciamento da objetividade natural, bem como do eixo individual para focar a intervenção penal na proteção de bens jurídicos universais ou coletivos, de perfis cada vez mais vagos e abstratos - o que visivelmente destoa das premissas clássicas que dão o caráter concreto e antropocêntrico do bem a ser protegido. Trata-se do denominado processo de desmaterialização do bem jurídico” (MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do Risco e Direito Penal**. Uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 107).

³⁶ RIPOLLÉS, José Luis Díez. **De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado**. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Disponível em: <https://core.ac.uk/reader/79130050>. Acesso em: 28 jan. 2023. Tradução livre: “Dentro desta tendência, os crimes de perigo concreto dão lugar aos de perigo abstrato, consolidando-se os crimes de acumulação e obstrução de funções de controlo, o que aproxima os comportamentos incriminados daqueles que são objeto de perseguição pelo direito administrativo disciplinar; Estão sendo construídas as bases para punir comportamentos com base no princípio da precaução, entendido como uma alternativa mais flexível do que a exigência de que o comportamento seja perigoso”.

Na observação de Renata Pereira Mayrink, o emprego da tipificação de comportamentos, punindo-se simplesmente a realização de uma conduta descrita pelo legislador como perigosa, sem antes verificar a efetiva capacidade de ameaça ou lesão ao bem jurídico tutelado, é o atributo mais evidente do Direito Penal da Sociedade do Risco³⁷.

Essa técnica de tipificação provoca questionamentos acerca da legitimidade da intervenção penal, na medida em que há um distanciamento em relação ao bem jurídico, posto que o Direito Penal passa a ser utilizado primordialmente como meio de prevenção.

Não se pode deixar de mencionar que o direito penal de risco requer uma adaptação do sistema punitivo clássico, o qual é estruturado na proteção de bens jurídicos individuais e atuando de forma repressiva, enquanto o direito penal de risco tutela bens de natureza coletiva, atuando de forma preventiva. Isso certamente implica na relativização de garantias penais e processuais penais, e que são necessárias para se combater, de forma eficaz, riscos inéditos.

Nesse raciocínio, a partir do momento em que o Direito Penal clássico já não for mais capaz de proteger a sociedade dos perigos atuais, surge a necessidade de expansão e a readaptação da tutela penal ao modelo de sociedade de risco, não se podendo mais aguardar a superveniência do dano, de modo que a antecipação penal é imprescindível.

Nesse mesmo entendimento, Renato Jorge Silveira³⁸ leciona que, quando se fala em questões supraindividuais, que dizem respeito a uma generalidade indefinida de pessoas, e a bens jurídicos que podem causar impactos a todos, e mesmo a gerações futuras, consagrou-se a noção de que se mostra fundamental a antecipação da tutela penal para antes da ocorrência danosa.

³⁷ MAYRINK, Renata Pereira. **Responsabilidade penal do compliance officer**: a omissão imprópria e os pressupostos para a tipicidade. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022, p. 27.

³⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime**. Coleção Ciência Criminal Contemporânea. Vol. 5. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2022, p. 39.

A fundamentação da sociedade de sociedade de risco descrita por Ulrich Beck, pela qual a mudança em potencial dos riscos atuais seria absolutamente diversa de outras épocas, impõe necessariamente uma mudança do Direito Penal.

Nessa perspectiva, passou-se a ter um Direito Penal nitidamente fundado no perigo, sobretudo no perigo abstrato. Importante mencionar que o Direito Penal moderno tem provocado intensa discussão dogmática, que se traduzem em críticas direcionadas às características desse novo Direito Penal, questionando-se, ainda, a sua legitimidade.

Dito isso, convém discorrer, ainda que de forma sintética, em que consistem tais críticas, deixando de lado o aprofundamento dogmático, pois a questão foge ao objeto do trabalho.

Nesse propósito, no tocante à tutela de bem jurídico supraindividual, Fábio Tavares dos Santos afirma que a preocupação com os bens jurídicos coletivos reside em razão do caráter impreciso, vago, etéreo, sobre sua dimensão e definição.

A problemática do bem jurídico supraindividual é aferível na grande imprecisão e não delimitação das esferas protegidas, provocando fenômenos normativos de grande impacto na legislação jurídico-penal e em seu processo interpretativo. De igual modo, o bem jurídico supraindividual gera problemas à dogmática penal em razão de dificuldades com relação à interpretação da afetação ou exposição de perigo pelas condutas humanas. [...] A má utilização da teoria do bem jurídico, em sua vertente supraindividual, acaba por referendar expansões penais, especialmente na seara econômica, em que muitas vezes normas penais surgem sem afetação a um bem jurídico identificável ou real, sendo construído, então, artificialmente [...] ³⁹.

Tipos penais de perigo abstrato, outra característica do Direito Penal moderno, transfere implicitamente ao acusado imputado o ônus da prova, liberando-se o Estado de comprovar o perigo concreto, pois, com a distância do bem jurídico protegido, não há necessidade de se demonstrar ofensividade nas condutas. Na visão de Fábio Tavares dos Santos, defender-se de inculpações em tipos de perigo abstrato torna-se um jogo difícilimo e sempre em favor da acusação ⁴⁰.

³⁹ SANTOS, Fábio Antônio Tavares dos. **Direito Penal Empresarial: A responsabilidade penal horizontal**. São Paulo: Ed. LiberArs, 2022, p. 88.

⁴⁰ *Ibidem*.

Do mesmo modo, Silveira⁴¹ alerta que justamente por trabalhar com bens jurídicos sensíveis, o Direito Penal antecipa o estado de proteção a um momento prévio à sua real agressão e, para tanto, se utiliza largamente de crimes de perigo abstrato, que se proliferam dessa forma, desmedidamente.

Segundo Winfried Hassemer⁴², passa-se a criminalizar sob uma alegada proteção de determinado bem, independentemente da necessidade ou não dessa proteção, utilizando-se de tipos penais de perigo abstrato, resultando em um inegável déficit de efetividade, dada a assunção de uma função evidentemente simbólica desse novo Direito Penal.

Além disso, para Winfried Hassemer, é fundamental uma redução do Direito Penal ao seu núcleo mínimo, a um Direito Penal nuclear, que cuidaria necessariamente de bens jurídicos individuais tradicionais. Defende, ainda, que o tratamento deve se dar fora do âmbito penal, algo situado entre o Direito Penal e o Direito Administrativo. A administrativização⁴³ do Direito Penal em razão da utilização de normas penais em branco bem como da acessoriedade administrativa, é outra crítica que se tem feito.

Na lição de Fábio Tavares dos Santos⁴⁴, ao se aproximar de outras áreas do Direito, como o Direito Civil e o Administrativo, o Direito Penal passa a assumir outras funções, antecipando-se e renunciando a sua condição de *ultima ratio*. Além disso, a administrativização do Direito Penal favorece o manejo de normas penais incompletas pelas autoridades, sendo que os complementos prescindem de aprovação legislativa.

Citando Klaus Günther⁴⁵, Renato Jorge Silveira⁴⁶ leciona que o Direito Penal moderno não se fixa unicamente nas premissas de criminalização de perigo, mas vai

⁴¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial**: a omissão do empresário como crime. Coleção Ciência Criminal Contemporânea. Vol. 5. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2022, p. 45.

⁴² HASSEMER, Winfried. **Rasgos y crisis del derecho penal moderno**. Traducción de Elena Larrauri. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1992, pp. 235 e ss.

⁴³ A norma penal em branco remete a complementação da descrição da conduta proibida a outras normas legais, regulamentares ou administrativas, ao passo que a acessoriedade administrativa remete o complemento normativo a uma simples autorização administrativa.

⁴⁴ SANTOS, Fábio Antônio Tavares dos. **Direito penal empresarial**: a responsabilidade penal horizontal. São Paulo: Editora LiberArs, 2022, p. 98.

⁴⁵ GÜNTHER, Klaus. **De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber** ¿un cambio de paradigma em derecho penal? Tradución por Jesús-Maria Silva Sánchez. VV.AA. La insostenible situación del derecho penal. Granada: Comares, 2000.

⁴⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial**: a omissão do empresário como crime. Coleção Ciência Criminal Contemporânea. Vol. 5. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2022, p. 49.

além, ampliando-se para um Direito Penal em âmbito ainda mais prévio, *lato sensu*, buscando referências não somente em condutas ativas, mas, também em condutas omissivas.

Essa, uma realidade penal atual bastante complexa. A opção pela descrição típica omissiva, ou por uma interpretação a título de omissão imprópria, encontra explicação de variada ordem, mas é patentemente vista na realidade empresarial, como bem destaca Imme Roxin. Isso se dá, em especial, pelo fato de que, no particular caso do Direito Penal Econômico, além de previsões expressas quanto a obrigações de fazer algo, e de se criminalizar o não-fazer, encontram-se estipulações de deveres de vigilância específicos aos agentes financeiros, sendo as figuras criminosas, não raro, caracterizadoras de crime especial do agente que venha a praticar uma conduta omissa imprópria⁴⁷.

Nesse contexto, a expansão dos crimes omissivos resultou no aumento da incidência de imputações tendo como pressuposto a omissão.

Dito isso, quando se tem em vista o ambiente empresarial, Renato Jorge Silveira⁴⁸ pontua que atualmente a responsabilidade penal encontra-se baseada na afirmação de uma coautoria vertical, ou seja, em modelo que procura responsabilidades desde os escalões superiores ao inferiores, de cima a baixo, *top down*, investigando, nos escalões superiores de hierarquia, quem teria o dever de evitar o cometimento de crimes, de modo que aqueles que ocupam cargos no topo da hierarquia são vistos como garantes da empresa.

Na visão do autor, essa forma de imputação é a preferida do Ministério Público e dos órgãos de persecução, por entenderem que os dirigentes empresariais detêm maiores informações e podem, dessa forma, melhor colaborar com a Justiça, afinal, “ou esses novos meios passam a ser empregados, ou haveria a perpetuação de simples repetição de punição dos menos favorecidos, em detrimento de uma esperada eficácia também do combate aos crimes dos poderosos”⁴⁹.

⁴⁷ GÜNTHER, Klaus. **De la vulneración de um derecho a la infracción de un deber** ¿un cambio de paradigma em derecho penal? Traducción por Jesús-Maria Silva Sánchez. VV.AA. La insostenible situación del derecho penal. Granada: Comares, 2000.

⁴⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime**. Coleção Ciência Criminal Contemporânea. Vol. 5. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2022, p. 49.

⁴⁹ *Ibidem*.

1.1. O dilema a ser enfrentado pelo Direito Penal no contexto da sociedade de risco

Ante o que foi exposto, é possível afirmar que a sociedade de risco desperta o enfrentamento do seguinte dilema: o Direito Penal deve manter a sua característica clássica de tutelar bens jurídicos individuais, intervindo na esfera jurídica do indivíduo apenas de forma subsidiária, ou o Direito Penal deve se adaptar à sociedade moderna, expandindo-se a fim de tutelar bens jurídicos de natureza supraindividual?

A fim de apresentar uma solução ao dilema em questão, tem-se a denominada Escola de Frankfurt, que apregoa que o Direito Penal deve continuar protegendo apenas bens jurídicos individuais. Nesse sentido, Mauro Henrique Renner⁵⁰ leciona que os novos desafios e riscos surgidos na sociedade atual, sob a ótica da Escola de Frankfurt, deveriam ser enfrentados não pelo Direito Penal, mas, sim, pelos demais ramos do Direito, bem como por instrumentos de controle social extrajurídicos.

Isso porque, no Direito Penal do risco há uma excessiva antecipação da tutela penal, protegendo-se bens jurídicos vagos e imprecisos, com o incremento demasiado de crime de perigo abstrato, acarretando a violação ao princípio da ofensividade.

A Escola penalista de Frankfurt entende que se deva ter uma nova opção, ou uma “terceira via” na repressão aos delitos modernos, calcada entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, com a pretensão repressora e, ao mesmo tempo, assecuratória da tutela, por meio do julgamento de tribunais administrativos, objetivando suavizar as sanções do Direito Penal, especialmente a privação de liberdade⁵¹.

Nessa linha de raciocínio, citando Winfried Hassemer⁵², Mauro Henrique Renner⁵³ informa que uma das soluções apresentadas é o direito de intervenção,

⁵⁰ RENNEN, Mauro Henrique. **O crime organizado e a expansão do Direito Penal**: condições e possibilidades da repatriação de ativos no Brasil. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Porto Alegre, 2018. Disponível em: https://desenv.fmp.edu.br/wp-content/uploads/2021/03/Mauro_henrique_renner_dissertacao_mestradoFMP.pdf. Acesso em: 09 março 2023.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad penal**: Bases para una teoría de la imputación em derecho penal. Trad. Francisco Munhõz Conde e Maria Del Mar Diaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 67-73.

⁵³ RENNEN, Mauro Henrique. **O crime organizado e a expansão do Direito Penal**: condições e possibilidades da repatriação de ativos no Brasil. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de

segundo o qual o Direito Penal não oferece resposta satisfatória para a criminalidade oriunda das sociedades modernas.

Diante disso, o poder punitivo estatal deve limitar-se ao “núcleo do Direito Penal”, “à estrutura clássica dessa disciplina”, e que os problemas advindos dos riscos da modernidade devem ser resolvidos pelo direito de intervenção, que consiste na única solução apta a enfrentar a atual criminalidade.

A proposta intervencionista procura estabelecer a adequação do Direito Penal à dinâmica social moderna, globalizada, dotada de direitos difusos, coletivos e universais. Segundo o autor, a nova demanda gerada por estas modalidades de direitos poderia congestionar a função primordial do Direito Penal de proteção dos indivíduos, transformando em instrumento de grandes controles sociais⁵⁴.

Em síntese, competiria ao Direito Penal tradicional a função de proteção dos bens jurídicos individuais, através de sanções severas, como a pena privativa de liberdade e preservadas as garantias ao réu, enquanto ao Direito Penal de Intervenção caberia a proteção de bens jurídicos coletivos, com a imposição de sanções menos severas e de um processo menos garantista, deferindo-se à Administração Pública a possibilidade de aplicá-las.

Os novos riscos sociais exigem a readaptação do Direito Penal, expandindo-se a fim de alcançar condutas violadoras de bens jurídicos de feição coletiva. Conforme já mencionado, o Direito Penal clássico é insuficiente proteger a sociedade dos perigos atuais e que atingem número indeterminado de indivíduos, exigindo, dessa forma, um Direito Penal readaptado e compromissado em combater, eficientemente, novos riscos sociais.

Isso não quer dizer que o Direito Penal deva violar direitos e garantias individuais indiscriminadamente. Por outro lado, também não se deve encarar os direitos e garantias individuais como algo intocável, venerando-os como se estivessem no alto de um pedestal, no interior de um santuário.

Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Porto Alegre, 2018. Disponível em: https://desenv.fmp.edu.br/wp-content/uploads/2021/03/Mauro_henrique_renner_dissertacao_mestradoFMP.pdf. Acesso em: 09 março 2023.

⁵⁴ *Ibidem*.

Da mesma forma, está mais do que na hora de enxergar o Direito Penal sob uma nova lente. Uma lente que reajusta a vista cansada, embaçada, distorcida e totalmente descolada da nova realidade que ora se apresenta. Em outras palavras, não se pode combater a criminalidade moderna⁵⁵ sem a necessária reformulação e readaptação do Direito Penal.

Assim, a realidade impõe reajustes e reparos ao Direito Penal “clássico”, pois, conforme apregoa a máxima: “a cada época, seu Direito” - *cuius tempora eius ius*.

Nesse cenário, verifica-se que o grande desafio consiste em fixar limites ao movimento expansionista atualmente percorrido pelo Direito Penal moderno, compatibilizando-se a persecução penal com o respeito aos direitos e garantias individuais, na medida justa e adequada. Em outras palavras, o desafio é “conciliar esses universos aparentemente paradoxais, porém igualmente necessários (Direito Penal “clássico” e Direito Penal “moderno”)⁵⁶.

Conforme bem observa Mauro Henrique Renner:

Nessa caminhada tem-se presente que todo extremo deve ser evitado. Não se quer a flexibilização incondicional ao exercício do Direito Penal, sob pena de fragilizar o próprio Estado Democrático de Direito, no entanto, não há como se desconsiderar a existência de um núcleo intangível de princípios e garantias do Direito Penal, que não possa ser mitigado por ser a essência do respeito às liberdades civis. Dessa forma, tem-se como fundamental a conciliação entre os princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade com o Direito Penal do risco, diante do reconhecimento de que os perigos advindos da sociedade moderna são importantes a ponto de sofrerem a intervenção do Direito Penal, incidência essa que não deverá ocorrer a toda e qualquer lesão ou ameaça a direito, mas tão somente sobre as mais relevantes⁵⁷.

⁵⁵ Por criminalidade moderna entende-se o crime organizado transnacional (vide Decreto n. 5.015/2004 – Convenção da Organização das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional), a cibercriminalidade e os crimes que violam bens jurídicos de natureza difusa (meio ambiente, ordem econômica e financeira, ordem tributária, relações de consumo, entre outros)

⁵⁶ MASI, Carlo Velho. A superação do Direito Penal “clássico”: tendências político-criminais na sociedade contemporânea. **Revista Liberdades nº 15**. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Janeiro/abril de 2014. Disponível em: https://ibccrim.org.br/media/publicacoes/arquivos_pdf/integra15.pdf#page=46. Acesso em: 14 de mar. 2023.

⁵⁷ RENNEN, Mauro Henrique. **O crime organizado e a expansão do Direito Penal: condições e possibilidades da repatriação de ativos no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Porto Alegre, 2018. Disponível em: https://desenv.fmp.edu.br/wp-content/uploads/2021/03/Mauro_henrique_renner_dissertacao_mestradoFMP.pdf. Acesso em 09 março 2023.

1.2. A interconexão entre a sociedade de risco, a empresa e o *compliance*

Embora o tema será melhor desenvolvido em capítulo apartado, se faz necessária uma abordagem preliminar sobre o *compliance*, uma vez que se trata de assunto conexo à sociedade de risco e ao Direito Penal moderno.

Nesse sentido, Carla Veríssimo⁵⁸ nos ensina que a ideia de risco é central para o tema do *compliance*, sendo frequente a afirmação de que os programas de *compliance* são voltados à prevenção de delitos cometidos no seio das empresas, e, simultaneamente, é visto como uma estratégia utilizada para reduzir os riscos reputacionais e legais as quais a empresa está sujeita, na eventualidade da ocorrência de prática de infrações penais (por exemplo: corrupção, lavagem de dinheiro, crimes contra o meio ambiente). Sintetiza a autora: para mitigar os riscos, a estratégia é a prevenção.

Inicialmente, o termo *compliance* deriva do verbo inglês *to comply with*, significando “estar de acordo”, “cumprir com as leis e regulamentos estatais”. Nesse raciocínio, *compliance* vem a ser um conjunto sistemático de ações adotadas no ambiente corporativo, tendentes a assegurar que as atividades desenvolvidas pelas empresas não violem a legislação vigente.

Trata-se, portanto, de políticas e procedimentos adotados pelas sociedades empresárias, ou por outras organizações, com vistas a detectar e evitar violações legais pelos administradores, empregados e outros agentes, promovendo uma cultura de ética empresarial.

Para os fins deste trabalho acadêmico, parte-se da premissa de que a atividade empresarial possui um risco⁵⁹ que lhe é inerente, constituindo, pois, uma fonte de

⁵⁸ VERÍSSIMO, Carla. **Compliance**: incentivo à adoção de medidas anticorruptivas, São Paulo: Saraiva, 2017.

⁵⁹ Silveira, com razão, nos adverte que: “É claro que não é todo o risco que acaba por assumir uma importância penal. Observe-se, pois, a inicial dificuldade de se distinguir o que seria um risco empresarial enquanto risco empresarial penalmente relevante. Bottke, a seu modo, opta por mencionar a questão da equidade social, uma vez que, no caso de administração de uma empresa, deve-se ter em conta o asseguramento do risco que é prévio ao Direito Penal. Esse risco deveria, assim, ser analisado se aceitável ou não, com base em equidade”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial**: a omissão do empresário como crime. Coleção Ciência Criminal Contemporânea. Vol. 5. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2022, p. 135. Por sua vez, Heloisa Estellita leciona que “os perigos

perigo constante, na medida em que possui aptidão para lesar ou expor a perigo de lesão bens jurídicos de terceiros, sobretudo de natureza coletiva (ex.: meio ambiente, direito do consumidor, ordem econômica e tributária).

Além disso, não se pode ignorar os efeitos da globalização no incremento do risco derivado da atividade empresarial. Nesse mesmo entendimento, Renato Jorge Silveira pontua:

A chamada sociedade de risco e a globalização são, pois, elementos em interação, e que representam um foco de intervenção econômico. Uma atua sobre a outra, incrementando riscos globais e alterações pontuais nas relações humanas. Vale dizer, o risco incrementa-se em uma sociedade globalizada por várias razões. Nesse sentido, o risco acaba por cuidar do perigo forjado pelas políticas sociais modernas. Assim, imaginando-se a conflituosa situação vista em três órbitas distintas (a empresa é fonte de perigo e risco; a empresa é estruturada em base a certas liberdades; a empresa trabalha com verdadeiras liberdades perigosas), há de se imaginar a capacidade de avaliação do risco empresarial⁶⁰.

Nesse raciocínio, diante potencial risco advindo da atividade empresarial, o Estado intervém na atividade econômica através da autorregulação regulada ou correção, na qual o Estado e o agente econômico dividem a tarefa de regulação e controle do risco empresarial.

De acordo com Ricardo Villas Bôas Cueva e Ana Frazão⁶¹, na autorregulação regulada, típica dos programas de *compliance*, há, na verdade, uma espécie de correção, pois as disposições estatais estabelecem preceitos, que podem ser mais ou menos detalhados, ou criam estruturas que estimulam a autorregulação e/ou tornam vinculantes medidas de autorregulação, concedendo-se uma margem de discricionariedade àqueles que irão implementar o programa e pelo emprego de fórmulas para estimular ou pressionar sua adoção.

podem ser intrínsecos às atividades desenvolvidas pela empresa ou resultar de atos de organização e gestão dos administradores, pois a própria coordenação de tarefas na empresa é, em si, um fator de risco". ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 168.

⁶⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial**: a omissão do empresário como crime. Coleção Ciência Criminal Contemporânea. Vol. 5. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2022, p. 135.

⁶¹ CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. **Compliance**: perspectivas e desafios dos programas de conformidade. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

Segundo os autores, o Estado, portanto, não abre mão da tarefa de regular o mercado nem de impor regras coercitivas aos agentes privados, mas atribui a eles maior relevância no processo de conformação à regulação estatal, concedendo incentivos para a adoção de programas de *compliance*⁶². Tais incentivos passam a ocupar, portanto, um papel estratégico não apenas para a implementação dos programas de *compliance*, como também para a extensão e a efetividade destes.

Com lastro em John Braithwaite⁶³, Artur de Brito Souza⁶⁴ adverte que nos anos 1980 já se “evidenciava a incapacidade das agências estatais de fiscalizarem diretamente as atividades das empresas que exploravam segmentos econômicos, tanto nos mercados internos como no incipiente mercado global”, de modo que John Braithwaite⁶⁵ teorizou uma nova forma de enfrentamento da criminalidade empresarial por ele denominada de *enforced self-regulation*.

Consoante as suas palavras, o Estado-vigia, que precedeu ao Estado keinesiano, era concebido como aquele em que a maior parte, tanto do “remar” como do “pilotar”, era realizado pela sociedade civil. No Estado keinesiano que o sucedeu, o Estado se encarregava, principalmente, de “remar” e era deficiente em “pilotar” a sociedade civil. No novo Estado regulador, o mais recente nessa cronologia, sustenta-se como ideal o Estado “pilotando” e a sociedade civil “remando”⁶⁶.

Nesse cenário, um dos instrumentos de autorregulação regulada estimulado pelo Estado e utilizado pelo agente econômico é o *compliance*. Dessa forma, compete ao poder público a fixação de parâmetros gerais, enquanto cada empresa – conforme o porte e segmento econômico, entre outros fatores – ficará responsável pela implementação de seu programa de *compliance*.

⁶² CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

⁶³ BRAITHWAITE, John. Enforced self-regulation: a new strategy for corporate crime control. *In Michigan Law*, v. 80, 1982, p. 1466 e segs.

⁶⁴ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Direito penal empresarial: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance**. São Paulo: Editora LiberArs, 2021.

⁶⁵ BRAITHWAITE, John. Enforced self-regulation: a new strategy for corporate crime control. *In Michigan Law*, v. 80, 1982, p. 1466 e segs.

⁶⁶ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Direito penal empresarial: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance**. São Paulo: Editora LiberArs, 2021.

Ilana Martins Luz lembra que “com a recente crise mundial de 2008, o Direito, notadamente o Direito Penal, passou a dar mais atenção a estes instrumentos de *compliance* e autorregulação regulada para o controle dos riscos empresariais”⁶⁷.

Nessa mesma direção, Marcelo Aguiar Coimbra e Vanessa Binder assinalam que:

No cenário mundial, casos com os atos terroristas nos Estados Unidos, em 2001, os escândalos de governança, como, por exemplo, os relacionados ao Banco Barings, Enron, WorldCom e Parmalat e a mais recente crise financeira mundial, além da divulgação de casos de corrupção envolvendo autoridades e também desvios de recursos em entidades do terceiro setor, acentuaram a necessidade de maior conformidade a padrões legais e éticos de conduta. O aumento da pobreza, dos problemas sociais, ambientais e, neste último caso, a chamada crise ambiental ampliou a abrangência do *compliance* para novos padrões desejáveis de comportamento. Por fim, vivemos numa sociedade de riscos, em que o *compliance* aparece como mais um dos riscos a serem enfrentados pelas organizações⁶⁸.

Quando se fala no *compliance* criminal, importante a observação feita por Ilana Martins Luz, no sentido de que a carga de significado que se extrai não se resume ao mero e simples cumprimento das normas que conglobam o ordenamento jurídico e sim na autorregulação da sociedade empresária com repercussões no Direito Penal Repressivo⁶⁹, ou seja, na criação de um mecanismo estruturado e ordenado na e pela sociedade empresária para propiciar que esta, seus funcionários e diretores cumpram adequadamente o que determinam as leis, minorando os riscos criminais e as responsabilidades referentes ao exercício daquela atividade.

O tema possui de novo, portanto, não o cumprimento puro e simples das normas, mas os mecanismos internos que serão aplicados com o objetivo de organizar a atividade empresarial e os representantes da sociedade empresária, evitando ou minorando a prática de crimes.

⁶⁷ LUZ, Ilana Martins. **Compliance & omissão imprópria**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021.

⁶⁸ COIMBRA, Marcelo Aguiar; BINDER, Vanessa Alessi Manzi (Org.). **Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações**. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

⁶⁹ LUZ, Ilana Martins. **Compliance & omissão imprópria**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021.

1.3. O futuro do direito penal

A sociedade de risco e a expansão do Direito Penal dela derivada também tem despertado intenso debate sobre qual direção o Direito Penal irá trilhar. Ou melhor dizendo, já está trilhando.

Com efeito, Renato Jorge Silveira⁷⁰ preleciona que o Direito Penal caminha para a internacionalização, devido à ingerência de organismos internacionais na formatação de novos tipos penais e institutos penais, sendo possível falar na existência de um Direito Penal transnacional.

Tendo isso em mente, o autor sustenta que no contexto da realidade típica da sociedade de risco de Ulrich Beck, verifica-se “a possibilidade de execução transnacional de delitos, decorrentes das oportunidades de ultrapassagem de fronteiras por pessoas e no intercâmbio internacional de mercadorias, serviços e dados na sociedade global”⁷¹.

Essa constatação implica na preocupação acerca do tratamento dessa realidade, e de “como premissas econômicas acabam por atuar nesse âmbito, são o motivo de maior inquietação penal. Não se trata de defesa ou acusação do fenômeno da globalização, mas de se verificar, como se dá sua influência na formatação penal”⁷².

O que se quer dizer é que a economia de mercado globalizada projeta seus efeitos na seara do Direito Penal, pois, conforme já abordado anteriormente, a sociedade globalizada traz consigo novos riscos sociais, demandando a reação do Direito Penal a fim de tutelar bens jurídicos de natureza transindividual.

⁷⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime.** Coleção Ciência Criminal Contemporânea. Vol. 5. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2022.

⁷¹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade.** Tradução Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2011.

⁷² *Ibidem.*

Sucedede que, nas palavras de Renato Jorge Silveira, “a tradicional concepção da ciência do Direito, em particular a ciência do Direito Penal, mostra-se obsoleta para tal intento”⁷³, sendo o caso de se repensar na própria concepção das fontes jurídicas.

Nesse cenário, a tarefa do penalista consiste em saber lidar com as novas fontes do Direito, de modo a ajustar as novas formulações às exigências do presente. É o que tem ocorrido da âmbito da comunidade europeia, que prevê um sistema de fontes próprio, onde existe uma necessária convivência entre instrumentos de *hard law* e de *soft law*⁷⁴.

Com precisão cirúrgica, Renato Jorge Silveira sintetiza o desafio a ser enfrentado por esse movimento de internacionalização do Direito Penal:

Internacionalmente, a busca de um Direito mundial em vários campos, como o econômico, assim também o faz. E a mencionada influência econômica no Direito Penal é um grande exemplo disso. A Economia global acaba por perceber que a diferença entre as realidades nacionais lhe é prejudicial e que, portanto, por uma questão lógica, seria de se esperar uma padronização de sistemas, mesmo o penal. Isso é bastante claro em ambiente europeu, quando se verificam as várias buscas de uma harmonização da legislação. Tal busca, inicialmente verificada no Direito Internacional, e, ao depois, no Direito Comunitário, mostra-se, hoje, firmemente no cenário penal, [...]. Ocorre que tal processo implica, d’outra sorte, um verdadeiro remanejamento e reordenação do sistema de fontes, em termos similares ao visto na Europa, mas com o absoluto detalhe de estrito respeito às compatibilidades interno-nacionais. Caso isso não se proceda, o risco de formulação vazias, sem sentido e absolutamente pouco operacionais, é tremendo, gerando uma crise ainda mais significativa no Direito Penal⁷⁵.

O Direito Penal da globalização tem percorrido a trilha de um Direito unificado e menos garantista, havendo uma aproximação entre os sistemas da *civil law* e *common law*. Nesse sentido, Silva Sánchez observa que “*en respuesta a la delincuencia transnacional no parece posible que el Derecho penal de la globalización*

⁷³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial**: a omissão do empresário como crime. Coleção Ciência Criminal Contemporânea. Vol. 5. Belo Horizonte: Ed. D’Plácido, 2022.

⁷⁴ Em linhas gerais, *hard law* consistem em instrumentos normativos com força cogente, que vinculam os Estados parte, ao passo que *soft law* se trata de instrumentos desprovidos desta eficácia.

⁷⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial**: a omissão do empresário como crime. Coleção Ciência Criminal Contemporânea. Vol. 5. Belo Horizonte: Ed. D’Plácido, 2022.

*prescinda de la tradición jurídico-penal anglosajona (del common law), significativamente distinta de la continental europea”*⁷⁶.

Como efeito da economia de mercado globalizada, Renato Jorge Silveira faz alusão ao termo “economização” do Direito Penal, que consiste na influência exercida sobre o Direito Penal por organismos internacionais ligados à área econômica, citando, como exemplo, o GAFI (Grupo de Ação Financeira Internacional), que em 1992 passou a integrar, como instituição permanente, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a qual, por sua vez, traça orientações, recomendações e diretrizes de natureza penal⁷⁷.

A internacionalização do Direito Penal traz como consequência um novo sistema de fontes do Direito. Significa dizer que, não se tem mais apenas a vontade soberana do Estado como fonte de produção de norma penal, mas tem-se a ingerência de organismos internacionais, que influem na produção legislativa nacional.

O instituto do *compliance* é um exemplo da ingerência acima mencionada, conforme identifica Adán Nieto Martín: “las organizaciones internacionales, desde la OCDE, a Naciones Unidas, han impulsado la ética de empresa, una forma de *soft law*, como mecanismo de control de formas de criminalidade de empresa globales”⁷⁸.

Por falar na Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, Renato Jorge Silveira⁷⁹ lembra que a OCDE tem evidenciado larga influência na construção penal do século XXI, sendo possível mencionar a Convenção sobre o combate à corrupção de agentes públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais, de 1997, sobrevivendo o Decreto n. 3.678, que promulgou a citada

⁷⁶ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal em las sociedades posindustriales**. 2.ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2001. Tradução livre: “Em resposta ao crime transnacional, não parece possível que o direito penal da globalização prescinda da tradição jurídica penal anglo-saxônica (do direito consuetudinário), que é significativamente diferente da tradição continental europeia”.

⁷⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime**. Coleção Ciência Criminal Contemporânea. Vol. 5. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2022.

⁷⁸ MARTÍN, Adán Nieto. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. *In*: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. **Compliance y Teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. Tradução livre: Organizações internacionais, desde a OCDE até às Nações Unidas, promoveram a ética empresarial, uma forma de *soft law*, como mecanismo para controlar formas globais de crime empresarial.

⁷⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

convenção no Brasil. Posteriormente, a Lei n. 10.467/2002, acrescentou respectivos artigos no Código Penal brasileiro.

O autor lembra também outros exemplos fruto de exigências internacionais, através da importação de institutos mais próximos à realidade da *common law*⁸⁰, como é o caso da delação premiada ou o acordo de leniência, o acordo de não persecução penal.

1.4. Considerações finais do capítulo

Caminhando para o encerramento do presente capítulo, algumas reflexões se fazem necessárias a respeito do que foi exposto até o momento.

De início, conclui-se que o risco é onipresente na humanidade, mas atualmente verifica-se um agravamento do risco, a reboque de uma economia de mercado globalizada, que trouxe não somente bônus, mas ônus à sociedade contemporânea.

Nesse cenário, surgem novas lesões ou perigos de lesão a bens jurídicos transindividuais, demandando uma reação do Direito Penal a fim de prestar a devida tutela aos bens jurídicos dessa natureza.

A sociedade de hoje, massificada e de consumo, não pode ficar à mercê de um Direito Penal estruturado para a tutela de bens jurídicos individuais, sendo necessário um Direito Penal reajustado aos novos tempos.

Na sociedade de risco não cabe mais o Direito Penal clássico como instrumento de controle social. É preciso seguir adiante, fazendo as adaptações necessárias no ordenamento jurídico a fim de combater a moderna criminalidade.

⁸⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

Nas palavras de Sílvio César Gemaque:

O direito, para continuar a ser esse instrumento eficaz de estabilização de expectativas sociais decorrentes do consenso, deve adaptar-se às novas exigências da sociedade de risco, sob pena de ser substituído como instrumento por excelência de solução de conflitos, sendo que todos sabem das conseqüências nefastas à humanidade de escolhas que se desviaram dos lindes do direito para a solução das expectativas sociais. Evidentemente, muitas das respostas necessárias não se encontram no direito penal, mas sim em outras ciências, inclusive na economia e na administração pública, principalmente no que se refere ao combate à criminalidade e ao abandono da juventude. Mas, por certo, o direito penal pode reestruturar-se para fazer frente às novas exigências, tornando-se mais eficaz. [...] Por essas razões, não é mais concebível uma dogmática penal repleta de conclusões apriorísticas, resultantes de um positivismo jurídico ultrapassado, e sem a necessária correspondência com os fenômenos sociais que devem impulsionar os fenômenos jurídicos⁸¹.

Nesse raciocínio, o apego aos direitos e garantias individuais não pode servir como contra-argumento para impedir o advento de um Direito Penal adaptado a uma realidade totalmente distinta daquela que vigorava na ocasião em que o atual Código Penal brasileiro veio a lume.

Do mesmo modo, não se deve enxergar com espanto a “economização” do Direito Penal. Ora, isso é inevitável em um mundo cada vez mais globalizado, onde o arcabouço normativo dos países sofre ingerências externas para se alinhar à política econômica internacional.

Evidentemente, limites devem ser impostos a esse “novo” Direito Penal, uma vez que o próprio direito de punir estatal não é absoluto.

Por outro lado, a realidade que se descortina demanda um Direito Penal afinado ao enfrentamento de uma criminalidade tecnologicamente sofisticada, que desconhece fronteiras e atinge número indeterminado de vítimas, não sendo mais possível investigar e punir, adequadamente, as novas formas de criminalidade utilizando-se apenas do aparato do Direito Penal tradicional⁸².

⁸¹ GEMAQUE, Sílvio César Arouck. Limites do direito penal na moderna sociedade de riscos. **Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União**. n. 8, p. 137-149, 2003.

⁸² Valente sugere que “o processo de modernização e de expansão do direito penal econômico requer a análise conjuntural das seguintes questões: (i) reflexos advindos da globalização e da sociedade de risco, sugerindo um direito penal da globalização e a cooperação jurídica entre os Estados ou com os organismos internacionais, tais como os meios policiais, acusatórios e judiciais, assim como o administrativo e penal e o internacional e nacional, buscando não só a homogeneização da dogmática

2. A IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL NA CRIMINALIDADE DE EMPRESA

2.1. Considerações iniciais

Inicialmente, antes de analisar a questão da imputabilidade decorrente da criminalidade empresarial, é necessário que se faça uma abordagem, ainda que sucinta, a respeito de culpabilidade e o que se entende por criminalidade de empresa.

Nesse desiderato, culpabilidade consiste em um juízo de reprovação que recai sobre o indivíduo que tenha realizado um fato típico e ilícito, sendo que por parte dele poderia ter sido exigido um comportamento conforme o ordenamento jurídico, porém,

penal e da política criminal, como também a atuação conjunta na persecução dos crimes transnacionais, evitando a existência de 'paraísos jurídico-penais'; (ii) reformulação da legislação penal, com o aprimoramento dos institutos da Parte Geral do Código Penal atinentes à criminalidade transnacional, tais como princípio da extraterritorialidade e a extradição; (iii) análise sobre a extensão dos danos que determinadas condutas geram à economia de certos países, lesando, na mais parte das vezes, bens jurídicos de nova geração (bens jurídicos supraindividuais); (iv) enfrentamento da criminalidade econômica organizada, de alcance nacional e transnacional, em especial da criminalidade de empresa; (v) repressão à criminalidade de colarinho branco; (vi) impossibilidade de investigar e punir novas formas de criminalidade apenas com os alicerces do direito penal tradicional; (vii) transparência nas operações econômicas internacionais; (viii) aprimoramento de instrumentos e técnicas de repressão à criminalidade organizada, priorizando mecanismos assecuratórios e de investigação dos delitos de lavagem de capitais; (ix) readaptação de certos princípios penais, a exemplo dos princípios da legalidade e da culpabilidade, como forma de prevenção e repressão à criminalidade organizada, mormente no contexto econômico; (x) combate à inflação legislativa por meio da (re)codificação e dos princípios da (dupla face da) proporcionalidade e da *ultima ratio legis*; (xi) adoção e aprimoramento de mecanismos referentes à imputação jurídico-penal, tais como antecipação da tutela penal, tipificação de infrações na forma de crimes de mera conduta, de perigo abstrato e normas penais em branco e delitos de comissão por omissão (delitos omissivos impróprios); (xii) instrumentos penais e processuais penais também devem ser adotados para repressão de complexos aparatos organizados de poder e das organizações empresariais; (xiii) reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica e das pessoas físicas que integram seu quadro, com reconsideração do princípio *societas delinquere non potest*; (xiv) reavaliação da teorias e dos programas na área do direito penal empresarial, como no caso do *criminal compliance* e das teorias do domínio do fato e da cumplicidade através de ações neutras; (xv) fiscalização e combate à corrupção, que corrói os alicerces e as bases democráticas do Estado e da sociedade; (xvi) elevação de anteriores atos ilícitos à categoria de delitos, entre outros". VALENTE, Victor Augusto Estevam. **Direito Penal de Empresa & Criminalidade Econômica Organizada**. Curitiba: Ed. Juruá, 2015, p. 37 e 38.

o agente, podendo atuar de forma diversa, resolve atuar em desconformidade com a ordem jurídica, valendo-se, para tanto, de sua capacidade de autodeterminação.

Vê-se, portanto, que a culpabilidade é um juízo de reprovação pessoal, ou seja, trata-se de um juízo de reprovabilidade ou censurabilidade que recai sobre o agente que pratica determinado delito (fato típico e ilícito).

Em consonância com a doutrina nacional majoritária, a culpabilidade integra o conceito analítico de crime. Isso significar dizer que, crime é um fato típico, ilícito (ou antijurídico) e culpável.

Por sua vez, a culpabilidade é constituída por três elementos. São eles: a) imputabilidade; b) exigibilidade de conduta diversa; c) potencial consciência da ilicitude.

A imputabilidade, que é o que nos interessa para os fins do presente capítulo e da pesquisa, não foi definida pelo Código Penal brasileiro, competindo à doutrina tal tarefa.

Nesse sentido, Aníbal Bruno leciona que “imputabilidade é o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível. Constitui, como se sabe, um dos elementos da culpabilidade”⁸³.

Informa a doutrina que a imputabilidade penal depende de dois elementos: a) intelectual: é a integridade biopsíquica, atinente à perfeita saúde mental do agente, que permite a ele compreender o caráter ilícito do fato; b) volitivo: é o domínio da vontade, ou seja, o agente detém o controle e comanda seus impulsos relativos à compreensão do caráter ilícito do fato, determinando-se de acordo com esse entendimento.

⁸³ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal** – Parte geral, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 39.

Saliente-se que os elementos acima mencionados devem estar simultaneamente presentes no momento da conduta, pois, na ausência de um deles, o agente será tratado como inimputável pelo nosso ordenamento jurídico penal.

Além disso, para o Direito Penal brasileiro, toda pessoa, a partir do início do dia em que completa 18 anos de idade, presume-se imputável.

Nesse contexto, verifica-se que a imputabilidade demanda uma análise jurídica centrada no indivíduo e na conduta por ele levada a efeito, conforme bem observa Heloisa Estellita:

A estrutura normativa da responsabilidade penal tem por referência um indivíduo que pratica um comportamento proibido pela norma penal e cuja prática poderia evitar. Portanto, um agente individual, autorresponsável, que executa diretamente o comportamento proibido, estando na posse das informações sobre os elementos da figura típica e que tem, portanto, conhecimento dos riscos por ele criados. Em suma, da reunião, na pessoa individual, da informação, do poder de decisão e de um comportamento executivo⁸⁴.

Por sua vez, quando se fala em criminalidade de empresa, para Bernd Schünemann⁸⁵ se refere a todo o âmbito dos delitos econômicos, no qual, a partir da atuação de uma empresa, se lesionam bens jurídicos e interesses externos, incluídos os interesses próprios dos colaboradores da empresa.

A fim de facilitar a compreensão e para o propósito da pesquisa, por criminalidade de empresa ou criminalidade empresarial, entende-se aqueles delitos praticados no âmbito da empresa, em nome ou em benefício da pessoa jurídica.

⁸⁴ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 37.

⁸⁵ SHÜNEMANN, Bernd. **Responsabilidad penal en el marco de la empresa**: dificultades relativas a la individualización de la imputación. Trad. Beatriz Spínola Tártalo e Mariana Sacher, ADPCP. Madrid: Imprensa Nacional del Boletín del Estado, 2002, vol. LV, p. 787.

2.2. Obstáculos e dificuldades na imputação penal na criminalidade de empresa

Quando se trata delitos praticados no âmbito da atividade empresarial, o modelo tradicional de imputação, tal como previsto no Código Penal, se mostra insuficiente para a justa e correta punição, dificultando a persecução penal.

Isso porque, na dogmática jurídico-penal nacional, o delito é concebido como uma conduta individualizada, normalmente envolvendo uma única vítima, ao passo que no âmbito da criminalidade empresarial, o que se tem é um fato delitivo praticado por um grupo de indivíduos submetidos a uma organização hierárquica e com divisão de funções.

Nesse cenário, o processo de imputação penal individual por crimes praticados no seio da empresa enfrenta determinadas dificuldades⁸⁶.

De fato, Danilo Miranda Costa pontua que:

⁸⁶ “A responsabilidade criminal daqueles que intervêm nas estruturas hierarquicamente organizadas apresenta seus próprios problemas, no âmbito da autoria e participação, porque a dogmática clássica está desenhada a partir do delito concebido com uma conduta individual e que geralmente tem uma única vítima. Por isso, surgem sérias dificuldades quando, através dela, se quer dar solução para casos mais complexos, onde o fato delitivo é realizado por um grupo de pessoas organizadas hierarquicamente e com divisão de funções. Em termos gerais, o delito é desenhado e planejado pelos chefes ou dirigentes que dão ordens ou instruções aos ocupantes de cargos intermediários para que transmitam, por sua vez, aos subordinados, sendo finalmente a ordem delitiva executada por aqueles que se encontram nos últimos escalões da cadeia”. CEBALLOS, Elena B. Marín de Espinosa. La responsabilidad penal en estructuras jeráquicamente organizadas y complejas. *In Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. CORIA, Dino Carlos Caro (Org.) Lima: INDECOPI, 2011, p. 59.

As ações tomadas no âmbito de um ente coletivo, como nas empresas, são, muitas vezes, de difícil averiguação e, especialmente no âmbito de instituições complexas, altamente diferenciadas e hierarquicamente organizadas em torno do princípio da divisão do trabalho, implicam complicações no momento de se delimitar uma imputação penal individual. Isso porque, em tais estruturas organizacionais, um resultado lesivo a um bem jurídico geralmente é provocado pela ação conjunta de muitos sujeitos, de diversas posições hierárquicas e com um grau diferenciado de informação de forma que a prática delitiva, não raro, projeta-se a partir da empresa sem que seja possível identificar os participantes da ação e delimitar, nessa medida, a contribuição de cada um para o evento. Em outras palavras, como é possível, sob a ótica do direito penal tradicional, apurar a responsabilidade penal de uma infração penal, cujo ato delitivo desdobra-se em inúmeras ações e envolvem inúmeros indivíduos em hierarquia? Referidas condições representam verdadeiros obstáculos à imputação jurídico-penal no âmbito da criminalidade praticada no âmbito de pessoas jurídicas e inexoravelmente conduzem à sensação de impunidade em relação aos *white collar crimes*⁸⁷.

Do mesmo modo, Heloisa Estellita assinala que:

O exercício da atividade econômica em empresas, porém, apresenta desafios de diversas ordens e densidades para cada um dos pressupostos de imputação da responsabilidade penal individual, quais sejam: a prática de uma conduta típica, antijurídica e culpável, que tome a forma de autoria (direta, mediata ou coautoria) ou participação. Se a pergunta inicial e fundamental para a imputação de responsabilidade penal individual é ‘quem praticou a conduta típica?’, a resposta, no âmbito da criminalidade de empresa, pode ser enormemente laboriosa, quando não, impossível⁸⁸.

Susana Aires de Sousa sublinha que em razão da estrutura complexa e hierárquica das grandes empresas, bem como a divisão do trabalho ocorridas no ambiente corporativo são fatores que potencializam a separação entre a origem da decisão criminosa e os responsáveis pela sua execução, de modo que “torna-se cada vez mais problemático imputar individualmente os factos desvaliosos e criminalmente relevantes”⁸⁹.

⁸⁷ COSTA, Danilo Miranda. **Criminalidade de empresa –** Sintomas e alternativas às dificuldades de responsabilização penal individual por ilícitos cometidos no âmbito da atividade empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 114/2015.

⁸⁸ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão:** estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

⁸⁹ SOUSA, Susana Aires de. **Questões fundamentais de Direito Penal da Empresa.** Portugal: Almedina, 2023.

Segundo a autora:

Categorias dogmáticamente estruturantes da Parte Geral do Direito Penal, por exemplo em matéria de concurso de pessoas e de imputação de resultados, são agora confrontados com um novo cenário de pluralidade de pessoas, de vários intervenientes na realização criminosa, de condutas perigosas, mas impostas pela concorrência económica – e, portanto, um cenário longínquo dos quadros reais que motivaram a construção de figuras como autoria mediata, a coautoria ou a instigação⁹⁰.

Depreende-se, portanto, que o modelo tradicional de imputação previsto no Código Penal não se revela adequado à criminalidade de empresa, em razão de características específicas dessa espécie de infração penal.

Conforme destaca Danilo Miranda Costa:

Na medida em que não se pode conceber a ação individual como ato isolado, mas como parte de uma perspectiva de ação coletiva, a criminalidade de empresa passa a produzir ‘problemas específicos de imputação jurídico-penal, sobretudo pela divisão, típica na empresa, de responsabilidade e ação. Dessa forma, tem-se que se as atividades empresariais realizam-se através de um complexo organograma, no qual predominam a divisão de funções no plano horizontal e a relação hierárquica no plano vertical, é razoável que não se pode imputar a responsabilidade por referidos atos apenas no último elo da cadeia, na fase executiva, deixando de lado as condutas diretivas’⁹¹.

Nesse mesmo entendimento, Eduardo Demetrio Crespo informa que:

Como es sabido, la criminalidad empresarial se caracteriza por algunas peculiaridades en el modo de realización delictiva, tales como la división funcional del trabajo en el plano horizontal, y la jerarquía en el plano vertical. En este sentido, los problemas de autoria y participación que se presentan no sólo afectan a los delitos socioeconómicos en sentido estricto, sino que son comunes a otras infracciones, en las que intervienen estructuras organizadas de personas⁹².

⁹⁰ SOUSA, Susana Aires de. **Questões fundamentais de Direito Penal da Empresa**. Portugal: Almedina, 2023.

⁹¹ COSTA, Danilo Miranda. **Criminalidade de empresa – Sintomas e alternativas às dificuldades de responsabilização penal individual por ilícitos cometidos no âmbito da atividade empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 114/2015.

⁹² CRESPO, Eduardo Demetrio. Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados. In: PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel. **Direito penal empresarial, crime organizado, extradição e terrorismo**. Vol. VI. São Paulo: Ed. RT, 2011. Tradução livre: Como se sabe, o crime corporativo é caracterizado por algumas peculiaridades no modo de conduta criminosa, como a divisão funcional do trabalho no plano horizontal, e a hierarquia no plano vertical. Neste sentido, os problemas de autoria e participação que surgem não afetam apenas os crimes socioeconómicos em sentido estrito, mas são comuns a outros crimes, nos quais intervêm estruturas organizadas de pessoas.

Ao discorrer sobre essa problemática, Heloisa Estellita leciona que no âmbito dos crimes econômicos, onde prevalece a afetação de bens jurídicos coletivos, com o emprego da técnica do perigo abstrato, a impossibilidade de individualizar a vítima tem o condão de “desumanizar” os efeitos da prática delitiva, tornando o agente menos sensível aos impulsos de contenção, uma vez que não se tem a clara percepção das pessoas afetadas pelo seu comportamento⁹³.

A autora salienta, inclusive, que a afetação do bem jurídico muitas vezes se encontra distanciada temporal ou fisicamente do agente, como, por exemplo, nos delitos ambientais cujos efeitos são notados em locais distantes do local da prática delitiva, ou, então, anos depois dessa prática, o que também diminui a possibilidade de que o agente tome consciência do caráter danoso advindo de sua conduta, e, assim, reduz a resistência ao comportamento desviante⁹⁴.

Na visão da autora, confrontadas as características acima mencionadas com os pressupostos da responsabilidade penal individual, podem advir dificuldades quanto à configuração da ilicitude ou da culpabilidade em sentido estrito, com a consequente “transferência” da responsabilidade penal a título de autoria para os escalões superiores da empresa através da imputação da prática delitiva em autoria mediata⁹⁵.

Ademais, a estrutura organizacional da empresa – divisão de funções e trabalho, com a correlata fragmentação do fluxo de informações:

[...] também desempenham um papel relevante, pois implicam, muitas vezes, em que o resultado delitivo somente seja reconduzível a um aglomerado de ações e omissões, as quais, isoladamente, pouco representam em termos de reunião dos elementos que permitiriam ao agente compreender o caráter injusto de seu comportamento⁹⁶.

De outro lado, “o agente pode contribuir objetivamente para a prática de um injusto, desconhecendo as contribuições dos demais e, assim, não tendo como

⁹³ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ *Ibidem*.

compreender o significado criminoso de sua contribuição”⁹⁷, podendo levar “à redução da compreensão quanto ao significado criminoso do aporte individual, afetando o aspecto subjetivo, e produzindo uma aparente “indiferença” do colaborador”⁹⁸.

Ainda segundo Heloisa Estellita:

A natureza coletiva dos bens jurídicos e a distância entre o agente dificulta o estabelecimento de uma relação direta e imediata entre conduta típica e resultado lesivo. E mesmo quando é possível uma relação direta e imediata, ou, digamos, visível, a lesão, diante da magnitude do bem jurídico, pode ser individualmente insignificante, razão pela qual há quem prefira falar, nesses casos, em ‘afetação’, ao invés de resultado de lesão. [...] Essa dificuldade em estabelecer uma relação direta e imediata entre conduta típica e o resultado lesivo e/ou o reduzido significado lesivo de condutas individuais tem impacto na percepção do significado dos diversos aportes à conduta criminosa, o que pode reduzir a capacidade individual de acesso ao conteúdo da proibição, com as consequências daí decorrentes na configuração do tipo subjetivo ou da culpabilidade⁹⁹.

A forma como as empresas se organizam internamente, especialmente as de médio e grande porte, estruturando suas atividades a partir da divisão de trabalho e de funções, também acarreta dificuldades na imputação da responsabilidade penal na criminalidade de empresa.

Com efeito, por meio da divisão de trabalho é possível identificar as diversas contribuições à prática delitiva, de modo que no âmbito da imputação da responsabilidade penal, essa divisão de trabalho é analisada sob as regras do concurso de pessoas, nos termos do artigo 29, do Código Penal.

Dito isso, quando se trata de contribuições heterogêneas, a imputação normalmente se dará na forma de autoria e participação.

Por outro lado, quando as contribuições à prática delitiva são homogêneas (condutas equivalentes, por exemplo), a imputação dar-se-á na forma de coautoria. Nesta hipótese, a dificuldade enfrentada reside em que, na divisão de trabalho da

⁹⁷ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ *Ibidem*.

empresa, as contribuições à prática delitiva “são automatizadas, dando-se sem comunicação direta entre os integrantes e, pois, sem um claro plano comum”¹⁰⁰.

Outra dificuldade enfrentada ocorre quando se está diante de crime próprio (ou especial), ou seja, quando se exige uma qualidade especial do sujeito ativo, sendo que apenas os detentores desta qualidade especial poderão praticar o crime próprio.

A título de exemplo pode ser mencionado o peculato (Código Penal, art. 312), que só pode ser praticado por funcionário público; e a gestão fraudulenta (art. 4º, da Lei n. 7.492/1986).

Embora tal espécie de crime admita a coautoria e a participação, Heloisa Estellita afirma que:

Remanesce, porém, a impossibilidade de imputação quando o qualificado (*intraneus*) age sem dolo, ou seja, age como instrumento do não-qualificado (*extraneus*), não só pela impossibilidade de falar em plano comum para fins de coautoria, mas, ademais, porque inviável a autoria mediata já que o *extraneus* não pode ser autor por lhe faltar a qualidade especial exigida pelo tipo¹⁰¹.

A delegação de funções operada no ambiente empresarial é outro desafio a ser enfrentado para a imputação da responsabilidade penal.

De acordo com a autora, a delegação

[...] tem por consequência ampliar o número de agentes sujeitos a poder de mando e a deveres de vigilância, o que implica, claramente, uma ampliação numérica de pessoas que poderão ser implicadas em alguma prática criminosa na forma omissiva. [...] Se é verdade que a organização descentralizada, a divisão funcional e de trabalho geram a difusão da responsabilidade, não é menos verdadeiro que podem conduzir, paradoxalmente, a uma irresponsabilidade organizada, porque, ao fim e ao cabo, não se consegue identificar o autor da conduta incriminada, mas apenas meros instigadores, ou porque o delito é especial e há dificuldade em capturar a contribuição típica do *intraneus*, ou, ainda, pela evidente dificuldade de prova das diversas contribuições¹⁰².

¹⁰⁰ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² *Ibidem*.

Quando determinadas matérias só podem ser deliberadas por órgãos colegiados que compõe a estrutura da empresa (por exemplo, conselho de administração, conselho fiscal), a imputação da responsabilidade penal poderá encontrar dificuldades no tocante ao estabelecimento do nexo de causalidade nas decisões tomadas por colegiados.

A fim de ilustrar tal hipótese, Heloisa Estellita esclarece que:

Nos casos de decisões colegiadas tomadas, por exemplo, por maioria simples com um voto redundante, qualquer um dos integrantes poderia argumentar que seu voto não foi causa do resultado. Isto porque, tão logo alcançada a maioria simples mais um voto, todos poderiam alegar ausência de nexo de causalidade, já que, suprimindo o voto a mais, o resultado se manteria íntegro. Pense-se, por exemplo, em uma decisão colegiada que determina a aquisição de uma empresa por outra, adiante considerada como gestão temerária de instituição financeira (art. 4º, par. único, Lei 7.492/1986), decisão esta tomada por maioria simples mais um voto: todos os membros do órgão decisório poderiam alegar que seu voto não foi causa do ato de gestão temerária¹⁰³.

A descentralização, bem como a divisão de funções e de trabalho também produzem impactos sobre os pressupostos subjetivos de imputação da responsabilidade penal, tanto no nível da tipicidade como no da culpabilidade.

Isso ocorre porque, na descentralização, a divisão de funções e de trabalho envolvem

Fragmentação, canalização e uma possível filtragem do fluxo de informações dentro da empresa. [...] À formalizada (ou não) distribuição de funções e trabalho e à descentralização correspondem, igualmente, a estruturação de canais ou fluxo de informação sujeitos a diversas vicissitudes ligadas não só à impossibilidade de lidar com grandes quantidades de informação, como também ao fenômeno da filtragem de informações pelas diversas instâncias incumbidas de sua formação, reunião, avaliação e transmissão¹⁰⁴.

Assim, no tocante à tipicidade subjetiva, sobretudo quando se exige o dolo, o impacto decorrente do fluxo de informações dentro da empresa atinge especialmente a responsabilidade nas camadas superiores da empresa.

¹⁰³ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

Nesse sentido:

Como a informações está desconcentrada na base da empresa, será comum que os dirigentes recebam informações de segunda ou terceira mão, e que, além disso, podem ter sido já objeto de filtros durante o percurso pelos canais internos de informação. Para a tomada de diversas decisões, precisarão socorrer-se de avaliações e pareceres emitidos por *experts* ou por grupos de *experts* (comitês, auditora externa etc.), nos quais não lhes restará outra alternativa que não a de confiar em seu conteúdo, pena de se inviabilizar determinados processos decisórios. Pense-se em caso que tem ocupado a mídia nacional há alguns anos sobre a compra de uma refinaria por uma grande indústria petroleira nacional. As informações disponíveis laçam dúvida sobre se e em que medida os pareceres elaborados por *experts* deram causa a uma decisão equivocada do Conselho de Administração que acarretou enorme prejuízo à empresa. [...]

O processo de filtragem da informação pode ser influenciado por fatores marcadamente pessoais quanto ao conteúdo das informações transmitidas. Os responsáveis por determinados setores ou departamentos, especialmente em contextos de estabelecimento de metas, poderão reter ou minimizar o impacto das informações que são desfavoráveis à avaliação de seu desempenho e de seu setor/departamento, o que pode ocorrer mesmo em empresas que tenham regras para o compartilhamento e transmissão de informações, como conferências e reuniões setoriais. Nos crimes especiais, esses processos podem impedir a formação do dolo nos agentes qualificados (*intraneus*), como acima mencionado, com todos os problemas de imputação daí decorrentes. Ademais, podem também ter influência sobre o elemento da falta do dever objetivo de cuidado, fulminando-se, assim, também os pressupostos da imputação a título culposos¹⁰⁵.

Igualmente, sob o aspecto da culpabilidade, “as dinâmicas do fluxo de informação na empresa terão evidente impacto na avaliação da evitabilidade do erro de proibição (CP, art. 21)”¹⁰⁶, uma vez que se exige do agente conhecimento potencial do caráter injusto do fato.

¹⁰⁵ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

2.3. O concurso de pessoas na criminalidade de empresa

Segundo Fábio Roque Araújo¹⁰⁷, o Código Penal brasileiro não traz uma definição precisa de autoria e participação na prática delitiva, de modo que coube à doutrina fazê-lo. Nesse sentido, vale mencionar as teorias tradicionais, que procuram distinguir autoria de participação: a) objetivo-material; b) subjetivo-material e c) objetivo-formal.

No entanto, consoante observa Artur de Brito Gueiros Souza, essas teorias:

Não foram *a priori* concebidas para o paradigma da criminalidade de empresa, que pressupõe, em geral, a pluralidade de participantes, tanto na perspectiva vertical como na horizontal, que a ela concorreriam de forma compartimentalizada de atos ou etapas, no âmbito de uma organização empresarial estabelecida e operante dentro de um ordenamento jurídico legal. [...] Transpostas para o Direito Penal da Empresa, as teorias ora apresentadas parecem não oferecer uma solução satisfatória. Elas careceriam de critérios precisos para a atribuição de responsabilidade, a título de autor ou partícipe, aos intervenientes do delito corporativo¹⁰⁸.

A doutrina majoritária tem entendido que o Código Penal brasileiro adotou a teoria objetivo-formal, que trabalha com um conceito restritivo de autor. A teoria objetivo-formal apregoa que autor é aquele que realiza, no todo ou em parte, a ação descrita no verbo nuclear do tipo penal, ao passo que aquele que não realiza o núcleo do tipo, contribuindo de outra forma para a produção do resultado, é considerado partícipe.

Entretanto, não se pode ignorar que a teoria objetivo-formal se mostra insuficiente para resolver a problemática da autoria mediata. Na autoria mediata, o agente não realiza o núcleo tipo penal, porém vale-se de outra pessoa (inculpável ou que age sem dolo) como instrumento para a realização do resultado.

¹⁰⁷ ARAÚJO, Fábio Roque. **Curso de Direito Penal** – Parte Geral. Salvador: Juspodivm, 2018.

¹⁰⁸ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Direito penal empresarial: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance**. São Paulo: Editora LiberArs, 2021.

Nesse raciocínio, para a teoria objetivo-formal, o autor mediato não poderia ser responsabilizado como autor, mas sim como partícipe, uma vez que não praticou o verbo nuclear do tipo penal.

Fábio Antônio Tavares dos Santos chama a atenção ao afirmar que:

Nos momentos em que os órgãos persecutórios enfrentam a criminalidade advinda da empresa, as dificuldades de visualização das condutas, do *iter criminis*, da identificação dos autores, das participações, do domínio das ações e resultados, da presença do elemento subjetivo do tipo e outros, é possível apontar uma tendência à utilização de conceitos e institutos do Direito Civil, em que a responsabilização objetiva à inculpação por ilícitos civis traz resultados utilitaristas¹⁰⁹.

Além disso, na visão do autor:

[...] inculpar os representantes contratuais ou membros do *board* empresarial, ou mesmo os sócios, sem discriminar com precisão autoria, participação, hierarquias e mesmo a culpabilidade de cada um, facilita o trabalho da inculpação. *Contrario sensu*, as regras concernentes ao Direito Penal e seus princípios intrínsecos dogmáticos sofrem diante dessa realidade, numa constante luta para anteparar fenômenos como a responsabilização objetiva, de matriz privada e fácil aplicação judicial¹¹⁰.

Dito isso, Artur de Brito Gueiros Souza nos informa a existência de outras teorias elaboradas a fim de se chegar a um conceito de autoria e participação aplicado à criminalidade de empresa¹¹¹. São elas:

¹⁰⁹ SANTOS, Fábio Antônio Tavares dos. **Direito penal empresarial: a responsabilidade penal horizontal**. São Paulo: Editora LiberArs, 2022.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Direito penal empresarial: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance**. São Paulo: Editora LiberArs, 2021.

2.3.1. Teoria da coautoria delitiva

De acordo com o magistério de Artur de Brito Gueiros Souza, a teoria da coautoria delitiva, trata-se de teoria construída para superar as deficiências normativas de atribuição de responsabilidade a título de autor nos crimes empresariais¹¹².

Nesse sentido, citando Francisco Muñoz Conde, o autor acima mencionado leciona que se deve evitar restringir o conceito unitário de autor, de modo que a dogmática deve se empenhar para fundamentar a inclusão, na condição de autor, daqueles indivíduos que, sem realizar ações executivas, decidem ou controlam a realização do delito¹¹³.

Nas palavras de Artur de Brito Souza, Muñoz Conde, autor da teoria:

Rejeita as construções teóricas tradicionais para o tema, considerando ser absolutamente possível existir, nos crimes empresariais, a hipótese de coautoria entre os integrantes da cúpula e os executores materiais da ação, mesmo quando estes são pessoas plenamente responsáveis. Isso porque, nas organizações empresariais, e em relação com os delitos econômicos que nelas se realizam como consequência de decisões tomadas nos conselhos de administração ou pelos seus dirigentes, pode entrar em consideração: 1) coautoria mediata, quando as decisões são levadas a cabo por um executor ou instrumento irresponsável; ou 2) a hipótese normal de coautoria, quando o executor é responsável, não mero instrumento. Deste modo, poder-se-ia imputar a condição de (co)autores às pessoas que, sem realizar ações executivas, porém controlando e dominando grupos de pessoas, decidam a realização de um delito no âmbito da delinquência organizada e empresarial¹¹⁴.

¹¹² SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Direito penal empresarial: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance**. São Paulo: Editora LiberArs, 2021.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ *Ibidem*.

2.3.2. Teoria da investigação-autoria

A teoria da investigação-autoria, cuida-se de teoria criada por Jorge de Figueiredo Dias¹¹⁵, com base no art. 26º, parte final, do Código Penal português¹¹⁶, segundo a qual, “deve-se considerar autor quem, dolosamente, inculca no executor direto, de modo determinante, a decisão de cometer o ilícito”.

Desse modo, autor seria quem produz ou cria, de forma cabal, no executor, a decisão de atentat contra um certo bem jurídico, através da comissão de um concreto fato típico e ilícito. Para aquele doutrinador, isso se daria: “1) ao inculcar-lhe a ideia, revelando a sua possibilidade, as suas vantagens ou o seu interesse; ou 2) ao aproveitar a sua plena disponibilidade e acompanhamento de perto da tomada de decisão pelo executor”¹¹⁷.

A respeito da teoria em questão, Artur de Brito Souza pontua que:

Observa-se, assim, pela teoria da instigação-autoria, que aquele que seria mero conselheiro ou partícipe – consoante as teorias tradicionais -constituir-se-ia o verdadeiro dono ou dominador do delito ou, pelo menos, da decisão do executor imediato de cometê-lo. Nesse passo, prosseguindo na exposição de Figueiredo Dias, esta determinação abarcaria a totalidade dos elementos constitutivos do tipo, razão pela qual, ainda que o fato se apresente como obra pessoal do homem-da-frente, ele se configuraria, igualmente, como obra do instigador. Numa palavra, haveria uma correalização delitiva. [...] De fato, a teoria da instigação-autoria também possui potencial explicativo para a problemática da atribuição de responsabilidade individual na criminalidade empresarial. Isso porque, a condição de autor apareceria em virtude do domínio da decisão por parte do dirigente da estrutura organizativa¹¹⁸.

¹¹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**. Parte Geral. Vol. 1. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

¹¹⁶ Cf. estabelece o art. 26, do CP de Portugal: “É punível como autor quem executar o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou tomar parte directa na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros, e ainda quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução”.

¹¹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**. Parte Geral. Vol. 1. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

¹¹⁸ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Direito penal empresarial: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance**. São Paulo: Editora LiberArs, 2021.

2.3.3. Teoria do domínio do fato

Também conhecida como teoria objetivo-final, a teoria do domínio do fato foi desenvolvida na Alemanha por Claus Roxin:

Autor é aquele que está no centro do acontecimento; é que aquele que, senhor do fato, domina a realização do delito, tomando em suas mãos o acontecimento criminoso de tal modo que dele depende decisivamente o *se* e o *como* a realização típica. Em outras palavras, autor é aquele que controla o atuar criminoso. [...] Vale dizer, a figura central do fato delitivo é quem domina o acontecer que conduz à realização do delito, enquanto que o partícipe, embora exerça igualmente influência no acontecer, não compõe de maneira decisiva ou determinante sua execução. [...] Em sentido inverso, o agente que não realiza o verbo do tipo, tampouco controla o desenrolar do processo delitivo – tendo, assim, um comportamento secundário -, deve ser considerado como mero partícipe¹¹⁹.

Para a teoria do domínio do fato, é considerado autor aquele que detém o controle final sobre o desdobramento da conduta criminoso. “É o senhor do crime. Autor é aquele que domina o ‘se’, o ‘como’, e o ‘quando’ do crime”¹²⁰.

Rangel Bento Araruna, em monografia intitulada “A teoria do domínio do fato e sua adoção no Brasil”, nos informa que Roxin desenvolveu sua concepção de domínio do fato assentada no fundamento de que o “o autor é a figura central” do fato típico mediado pela conduta, sendo autor aquele que domina o fato, desempenhando papel decisivo na realização do tipo. Diante disso, Roxin adota uma ideia de domínio do fato baseada no tripé formado pelos critérios de domínio da ação, domínio funcional e domínio da vontade, cada qual correspondendo às formas de autoria, ou seja, autoria direta, coautoria e autoria mediata, respectivamente¹²¹.

¹¹⁹ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Direito penal empresarial: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance**. São Paulo: Editora LiberArs, 2021.

¹²⁰ ARAÚJO, Fábio Roque. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 714.

¹²¹ ARARUNA, Rangel Bento. A teoria do domínio do fato e sua adoção no Brasil. **Cadernos do Ministério Público do Estado do Ceará**. Disponível em: <<https://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2017/07/4-A-Teoria-do-Dom%C3%ADnio-do-Fato-e-Sua-Ado%C3%A7%C3%A3o-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2023.

Nesse sentido, na autoria direta ou imediata, o agente pratica a conduta pessoalmente, sendo, portanto, autor. Trata-se de modalidade de autoria que se assemelha ao critério objetivo-formal, adotado pelo Código Penal brasileiro.

Outra modalidade de domínio do fato se dá quando o agente domina o fato por meio de uma divisão de tarefas envolvendo pelo menos duas pessoas. Nesse caso haverá coautoria, uma vez que há o planejamento e a execução conjuntos do fato aliados a uma contribuição essencial na execução do fato típico. Trata-se de hipótese denominada por Claus Roxin de “domínio funcional do fato”.

A terceira modalidade de domínio do fato desenvolvida a partir da concepção de Roxin consiste na autoria mediata, isto é, autor mediato é aquele que exerce o domínio sobre a vontade de um terceiro, utilizado como mero instrumento pelo agente.

Nesta situação, o domínio sobre a vontade de um terceiro se expressa de três formas: I – Coação exercida sobre o homem da frente; II – Indução do homem da frente a erro; III – Domínio exercido por meio de um aparato organizado de poder.

Na coação exercida sobre o homem da frente, o coautor mantém, sob seu controle, o curso sobre o acontecimento, dominando o fato de maneira mediata. No domínio da indução do homem da frente em erro, o homem de trás, tendo induzido em erro o homem da frente, domina a vontade deste.

Por fim, na hipótese de domínio sobre a vontade de um terceiro por meio de um aparato organizado de poder, o autor se vale de uma organização verticalmente estruturada, que atua à margem da lei, emitindo ordens destinadas a executores fungíveis. É o que ocorre nas organizações criminosas (Lei n. 12.850/2013).

Essa modalidade de autoria mediata exige a presença dos seguintes pressupostos para sua configuração: a) O poder de comando; b) A desvinculação do direito pelo aparato de poder; c) A fungibilidade do executor direto; c) A disposição essencialmente elevada dos executores do fato.

Fábio Antônio Tavares dos Santos registra que no julgamento da ação penal 470 do STF, no caso conhecido como “mensalão”, a corte utilizou erroneamente a teoria do domínio do fato:

[...] para fazer o que a lei brasileira já permitia, ou seja, enquadrar como autores pessoas situadas mais distantemente das execuções dos fatos típicos. Autores diversos, entre eles Greco e Leite, que desenvolvem suas pesquisas na Alemanha, assinaram estudos apontando a informação, no caso Mensalão, da aplicação teórica da teoria do domínio do fato, cujo máximo expoente foi Roxin. Demonstrando inconformismo com a utilização errônea da teoria, referidos autores não entendem o motivo de um país que conhece uma norma fortíssima como a que surge dos artigos 29 e 13 do Código Penal, ou seja, o conceito extensivo de autoria, que estende a todos os participantes a inculpação como autor, ter que se valer da teoria do domínio do fato para o mesmo fim, sendo que, ao contrário do quanto pregado naquela ocasião, a teoria é restritiva e não extensiva¹²².

Vale mencionar que a teoria do domínio do fato não dispensa o órgão acusatório de individualizar, na denúncia, a conduta levada a efeito pelo dirigente da empresa, viabilizando, dessa forma, o exercício do direito de defesa. Assim, não basta a denúncia apontar a mera condição de dirigente ou sócio da empresa, sob pena de configuração de inépcia da peça acusatória.

Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. Ação penal. Evasão de divisas (art. 22 da Lei nº 7.492/86). Trancamento. Inépcia da denúncia. Admissibilidade. Imputação derivada da mera condição de o paciente ser diretor-presidente das empresas. Ausência de descrição mínima dos fatos. Denúncia que individualizou as condutas de corréus. Possibilidade de diferenciação de responsabilidades dos dirigentes da pessoa jurídica. Teoria do domínio do fato. Invocação na denúncia. Admissibilidade. Exigência, contudo, da descrição de indícios convergentes no sentido de que o paciente não somente teria conhecimento da prática do crime como também teria dirigido finalisticamente a atividade dos demais agentes. Violação da regra da correlação entre acusação e sentença. Ordem de habeas corpus concedida para determinar o trancamento da ação penal em relação ao paciente¹²³.

Embora o tema esteja longe de ser pacífico na doutrina, certo é que a teoria do domínio do fato já foi aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Penal n. 470, conhecida como “Mensalão”.

¹²² SANTOS, Fábio Antônio Tavares dos. **Direito penal empresarial: a responsabilidade penal horizontal**. São Paulo: Editora LiberArs, 2022.

¹²³ STF, HC 127397/BA, 2ª Turma, Relator Ministro Dias Toffoli, j. 06.12.2016, publicação: 02.08.2017

2.3.4. Teoria do domínio funcional do fato

Artur de Brito Souza leciona que “a teoria do domínio do fato teria surgido a partir do finalismo jurídico-penal para fundamentar a punição, a título de autor, daquele que se vale de interposta pessoa, como se fosse um instrumento, para praticar o ilícito”¹²⁴.

Entretanto, adverte o autor que muitas vezes os concorrentes desempenham condutas indispensáveis ao resultado final, de forma racional e responsável, de modo que para tais situações foi desenvolvida a teoria do domínio funcional do fato, que preconiza a punição de todos os que atuam sob o seio da divisão racional de tarefas, a título de autor, ou melhor, coautores.

Isso diferiria, de certa forma, da construção originária da teoria do domínio do fato onde, necessariamente, ter-se-ia a figura do autor (quem controla ou realiza o tipo penal) e do partícipe (quem não controla nem realiza a conduta típica).

2.3.5. Teoria do domínio sobre a fonte de perigo

A teoria do domínio sobre a fonte de perigo trata-se de teoria desenvolvida com a finalidade de superar as limitações das teorias formais do dever jurídico de agir nos crimes de omissão imprópria¹²⁵.

Desse modo, para Bernd Schünemann¹²⁶, o modelo de responsabilidade penal por omissão não pode ser aceito sem reservas, uma vez que a lesão de um dever jurídico extrapenal (cível) não poderia fundamentar uma equiparação penal.

¹²⁴ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Direito penal empresarial: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance**. São Paulo: Editora LiberArs, 2021.

¹²⁵ Art. 13, § 2º, do Código Penal.

¹²⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia**. Trad. Cuello Contreras y González de Murillo. Madrid: Marcial Pons: Madrid, 2009, *passim*.

Diante disso, para Schünemann:

A solução para a responsabilidade por omissão decorreria da teoria do domínio do fato. Isso porque, se no delito de omissão imprópria o resultado é imputado do mesmo modo que uma conduta ativa, então a posição de autor da omissão no episódio que conduz ao resultado deve ser comparável à posição do autor que realizasse a conduta comissiva, estando assim no mesmo nível. Percebe-se, pois, que a relevância penal da omissão, ou melhor, a posição de garantidor, se daria quando – e somente quando – o autor da omissão exercesse um domínio sobre a causa potencial do resultado. Em sentido inverso, quando o agente não detivesse o domínio sobre o foco do perigo de lesão ao bem jurídico, não se poderia considerar autor. Segundo aquele doutrinador, esta fórmula deve ser aplicada, por ex., aos casos envolvendo defeito do produto, sendo válida para a atribuição de responsabilidade no âmbito da empresa. Conforme seu raciocínio, somente a teoria do domínio poderia conduzir a uma fundamentação convincente e ao mesmo tempo a uma limitação adequada da posição de garante¹²⁷.

2.3.6. Teoria do domínio da organização

Também conhecida como teoria dos aparatos organizados de poder, esta teoria tem por objetivo fundamentar a punição, a título de autor (mediato), do agente que se encontra “no ápice e nas instâncias intermediárias retransmissoras de uma ordem para delinquir em uma estrutura organizada de poder à margem do Estado de Direito”¹²⁸.

Assim, aquele que ocupa o elo final da cadeia de comando e realiza a conduta de maneira plenamente responsável deve ser também considerado autor (mediato).

Para Claus Roxin, autor da teoria em análise:

¹²⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia**. Trad. Cuello Contreras y González de Murillo. Madrid: Marcial Pons: Madrid, 2009, *passim*.

¹²⁸ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Direito penal empresarial: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance**. São Paulo: Editora LiberArs, 2021.

Em uma organização delitativa, os homens-de-trás, que ordenam delitos com poder autônomo, podem, sob certos requisitos, ser responsabilizados como autores mediatos, ainda quando os executores da decisão sejam, ao mesmo tempo, castigados como autores plenamente responsáveis. Para Roxin, em linguagem coloquial, aqueles homens-de-trás poderiam ser designados delinquentes de escritório (*Schreibtischtäter*)¹²⁹.

Artur de Brito Souza afirma que, nos termos lecionados por Claus Roxin, os requisitos para a incidência da punição, com fundamento na teoria do domínio da organização são os seguintes: I) poder de mando; II) desvinculação do ordenamento jurídico; III) fungibilidade do executor imediato; e IV) considerável disposição do executor para atuar¹³⁰.

Adiante, o mesmo autor informa que, com relação ao poder de mando, Roxin observa que “somente pode ser autor mediato quem, dentro de uma organização rigidamente dirigida, tem autoridade para dar ordens e a exerce para causar realizações típicas. Daí que se possam encontrar, nos distintos níveis de hierarquia de mando, vários autores mediatos em cadeia”¹³¹.

Por fim, o autor acrescenta que a jurisprudência dos tribunais brasileiros tem se valido da teoria do domínio da organização no âmbito da criminalidade de empresa.

Por sua vez, Susana Aires de Sousa preleciona que “o final do milênio acentuou a tendência em alguma literatura europeia e internacional de responsabilizar em primeira linha os órgãos de direção, isto é, de responsabilizar o máximo possível para cima”¹³².

No entanto, a autora adverte que “uma responsabilização penal *bottom-up* não pode configurar-se em termos puramente objetivos com base no cargo desempenhado”, sendo necessário “averiguar em que medida esta tendência de

¹²⁹ ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Trad. Justa Gómez Navajas. In **Revista de Estudios de la Justicia**. N. 7, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2006, p. 11.

¹³⁰ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Direito penal empresarial: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance**. São Paulo: Editora LiberArs, 2021.

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² SOUSA, Susana Aires de. **Questões fundamentais de Direito Penal da Empresa**. Portugal: Almedina, 2023, p. 49; 56-57.

responsabilizar para cima se compatibiliza com os princípios fundamentais do direito penal em matéria de autoria e participação”¹³³.

Daí a necessidade de se estabelecer critérios jurídicos objetivando delimitar as situações de autoria na criminalidade de empresa. Nesse raciocínio, impõe-se analisar se “a descentralização dos processos de decisão e de ação no âmbito da organização (isto é, da empresa) retira ou não aos órgãos de direção um efetivo e concreto domínio do acontecimento criminoso”.

Segundo Susana Aires de Sousa:

Antecipando desde já uma conclusão, em empresas dotadas de uma estrutura complexa, o poder (limitado) de decidir pode não significar domínio sobre a organização, sob pena de se cair numa espécie de responsabilidade criminal meramente funcional no sentido de uma responsabilidade que decorre objetivamente do cargo atribuído e não do seu exercício material¹³⁴.

Nesse contexto, com a finalidade de “esboçar possíveis soluções em matéria de concurso de agentes na criminalidade empresarial”, Susana Aires de Sousa elenca determinadas hipóteses denominadas de “situações problemáticas”¹³⁵.

Nessa diretriz, a primeira hipótese se dá quando um subordinado executa dolosamente um crime por ordem do seu superior hierárquico. Nessa situação, tem-se sustentado, com base na teoria do domínio do fato, a responsabilização dos diretores ou administradores da empresa.

A segunda hipótese ocorre no contexto do que a autora denomina de “crimes específicos”, isto é, o executor da ação típica não reúne as características exigidas pelo tipo penal quanto ao sujeito ativo do delito.

É o caso em que o empregado executa dolosamente um crime específico por ordem do dirigente da empresa. Nesta hipótese, ao executor falta a qualidade exigida pelo tipo penal (v.g. “diretor ou gerente”). De acordo com autora, a doutrina tem

¹³³ SOUSA, Susana Aires de. **Questões fundamentais de Direito Penal da Empresa**. Portugal: Almedina, 2023, p. 49; 56-57.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 57.

¹³⁵ *Ibidem*.

divergido quanto à solução desta situação, podendo “ser agrupadas entre as que rejeitam ou as que seguem, nesta matéria, a teoria do domínio do fato”¹³⁶.

A terceira e última “situação problemática” aventada pela autora é a que mais nos interessa, uma vez que se confunde com o objetivo deste trabalho, e consiste em verificar se os diretores, administradores e gerentes assumem, em virtude das funções que desempenham, uma posição de garantidor pelos crimes cometidos na empresa.

Na visão da autora, “o grande desafio consiste assim em definir o fundamento jurídico do dever de garante das pessoas que dirigem a atividade empresarial e, encontrado esse fundamento, o alcance desse dever”¹³⁷.

A dimensão do problema transparece imediatamente se se considerar, por um lado, a inexistência de uma cláusula normativa que expressamente tipifique este dever de garante, e, por outro lado, a insuficiência das clássicas fontes de garantia para que a partir delas se possa deduzir imediatamente uma equivalência entre a ação e a omissão de evitar um resultado jurídico-penalmente desvalioso do contexto empresarial¹³⁸.

Nesta situação, a autora defende que, para que o fato possa ser imputado a um superior hierárquico, diretor ou administrador, deverá o juiz verificar, em um primeiro momento, os deveres funcionais ou o quadro de competências atribuídas ao dirigente empresarial “como modo de delimitar o seu espaço individual de responsabilidade”¹³⁹, e num segundo momento, aferir a possibilidade de, no cumprimento desses deveres, o superior hierárquico dominar ou controlar os riscos proibidos criados pelo trabalhador.

Somente através dessa dupla análise a autora entende que será possível afastar a “assunção automática de uma posição de garante decorrente da posição que se ocupa na empresa, incompatível com os princípios fundamentais da responsabilidade penal, designadamente o princípio da culpa”¹⁴⁰. Ou seja, a dupla análise em questão busca evitar a responsabilidade penal pela mera assunção do cargo ocupado na cúpula da empresa.

¹³⁶ SOUSA, Susana Aires de. **Questões fundamentais de Direito Penal da Empresa**. Portugal: Almedina, 2023, p. 49; 56-57.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

2.4. Considerações finais do capítulo

Conforme restou abordado ao longo do presente capítulo, tem-se um descompasso entre a criminalidade de empresa e o modelo de imputação jurídico-penal tradicional. Verifica-se que o modelo de imputação previsto em nosso Código Penal foi estruturado tendo como base ações/omissões individuais e vítima(s) determinada(s).

Dito de outro modo, a imputação jurídico-penal tradicional foi desenvolvida tendo como pressuposto a criminalidade individual. Entretanto, quando se depara com delitos praticados no âmbito de organizações empresariais complexas, sobrevém a dificuldade enfrentada pelos órgãos de persecução penal no intuito de responsabilizar os agentes envolvidos.

Em razão disso, a dogmática penal tratou de construir teorias ajustadas às características da criminalidade empresarial, objetivando delimitar o conceito de autor e partícipe.

Nesse contexto, quando se tem em mente decisões proferidas pelo Poder Judiciário brasileiro abordando a imputação nos crimes de empresa, é possível afirmar que elas são alicerçadas muitas vezes em mera construção jurisprudencial.

No entanto, a imputabilidade, como elemento constitutivo da culpabilidade, demanda por parte do legislador o estabelecimento de um regramento mínimo, com previsão no direito positivo, dispondo sobre critérios específicos para a imputação da responsabilidade individual por delitos praticados no interior da organização empresarial.

Isso, inclusive, já ocorreu na legislação de outros países¹⁴¹, e uma iniciativa nesse sentido seria bem-vinda a fim de conferir maior segurança jurídica ao tema.

¹⁴¹ Heloisa Estellita nos informa que os ordenamentos jurídicos alemão e espanhol legislaram expressamente sobre a matéria da responsabilidade dos representantes da pessoa jurídica, quando somente este seja titular da qualidade especial exigida pelo tipo penal. ESTELLITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados

3. A POSIÇÃO DE GARANTIDOR DO DIRIGENTE DE EMPRESA POR DELITOS DECORRENTES DA ATIVIDADE EMPRESARIAL

3.1. Noções introdutórias

Quando se trata de analisar a responsabilidade penal do dirigente da empresa por delitos praticados no âmbito da atividade empresarial, o ponto de partida é a norma penal do art. 13, § 2º, alíneas “a”, “b” e “c”, do Código Penal.

Dessa forma, a responsabilidade penal do dirigente da empresa dá-se por omissão imprópria. No entanto, é bom que se diga que a posição de garantidor “é só um primeiro passo no longo e árduo caminho rumo à afirmação ou negação da punibilidade do omitente”¹⁴², conforme observa Heloisa Estellita.

Pois bem. Antes de ingressar na análise da posição de garantidor do dirigente da empresa por delitos decorrentes da atividade empresarial, impõe-se revisitar as noções básicas preconizadas pela doutrina, traçando os contornos da posição de garantidor e suas espécies.

Nesse desiderato, estabelece o art. 13, *caput*, do Código Penal que “O resultado, de que dependa a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 45-46.

¹⁴² ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 76.

Por sua vez, o § 2º da norma penal acima mencionada dispõe que:

A omissão é penalmente relevante quando o omitente devida e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão são aqueles em que o tipo penal descreve uma ação, mas a inércia do agente, que podia e devia agir para impedir o resultado naturalístico, contribui para sua produção.

Guilherme Nucci lembra que os crimes omissivos impróprios “envolvem um não fazer, que implica a falta de dever legal de agir, contribuindo, pois, para causar o resultado”¹⁴³.

Além disso, “a omissão, quando não faz parte do tipo penal incriminador (exemplo: o não fazer deixa de constar expressamente num tipo penal, como no caso da omissão de socorro – art. 135, CP), somente se torna relevante para o direito penal caso o agente tenha o dever de agir. Do contrário, não se lhe pode exigir qualquer conduta”¹⁴⁴.

De outro lado, quando a norma pela estabelece que a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado, significa dizer que o agente, fisicamente impossibilitado de atuar, não responde pelo delito, ainda que tivesse o dever de agir. Portanto, poder de agir é a possibilidade real e efetiva de alguém, na situação concreta e em conformidade com o padrão do homem médio, evitar o resultado penalmente relevante.

Guilherme Nucci pontua que “é possível ocorrer causa impeditiva decorrente de lei, contrato, medida judicial ou outra situação fática, que afaste o garante de seu natural posto. Por essa razão, inexistente, igualmente, possibilidade de atuação”¹⁴⁵.

¹⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**. Vol. I. São Paulo: Ed. Forense, 2017, p. 418-419.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

No tocante à natureza jurídica da omissão, o Código Penal brasileiro adotou a denominada teoria normativa. Isso significa que a omissão é um nada, e “do nada, nada surge”, de modo que não se pune alguém pelo simples fato de ter se omitido.

Daí porque, para fins de responsabilização penal, exige-se o dever de agir por parte do agente. Ou seja, a omissão só tem relevância para o Direito Penal quando, diante da inércia do agente, o ordenamento jurídico lhe impunha um comportamento ativo, uma ação, um fazer.

Mas afinal de contas, o que se entende por garantidor? A resposta à pergunta em questão encontra-se prevista no Código Penal (art. 13, § 2º, alíneas “a”, “b” e “c”), cuja norma legal estabelece três situações contemplando a posição de garantidor.

3.2. Hipóteses legais de dever de agir: estabelecendo a posição de garantidor

A posição de garantidor é extraída das hipóteses legais previstas nas alíneas “a”, “b” e “c” do § 2º do art. 13 do Código Penal. Assim, o dever de agir compete a quem:

Primeiro a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção e vigilância: É o garantidor cujo dever decorre da lei, isto é, trata-se de dever legal imposto a determinadas pessoas, que têm a obrigação legal de impedir o resultado.

É caso dos pais em relação aos filhos; tutores e curadores em relação aos tutelados e curatelados. Vale mencionar que nesta hipótese, o Código Penal emprega a palavra “lei” em sentido amplo, valendo-se da denominada teoria das fontes.

Nesse sentido, Luiz Luisi leciona que:

Neste dispositivo o nosso legislador se referiu não apenas à lei, mas especificou os deveres de cuidado, proteção, e de vigilância, e adotando-se essa redação não se limitou à chamada teoria formal, mas acolheu a teoria das fontes. Trata-se de deveres que são impostos pela ordem jurídica *latu sensu*. Não são apenas obrigações decorrentes de lei em sentido estrito, mas de qualquer disposição que tenha eficácia de forma a poder constituir um vínculo jurídico. É o caso dos decretos, dos regulamentos, das portarias, e mesmo das sentenças judiciais e provimentos judiciários em geral, e até de ordem legítima de autoridade hierarquicamente superior. Podem tais deveres, outrossim, derivar de norma penal, como de norma extrapenal, tanto de direito público como de direito privado¹⁴⁶.

Discordando desse entendimento, Heloisa Estellita assinala que a teoria dos deveres formais foi abandonada pela doutrina majoritária, expondo as seguintes razões:

Seu defeito central era a falta de um critério material propriamente penal que pudesse explicar e legitimar a aplicação da mesma resposta penal a duas condutas diversas ou, colocado de outra forma, a aplicação da sanção penal baseada tão somente na violação de um dever extrapenal, desafiando, assim, não só o princípio da legalidade – que exige que o conteúdo da proibição seja estabelecido ao menos fundamentalmente em lei penal -, como o da igualdade ou proporcionalidade, que demanda desvalor equivalente para a imposição de uma resposta sancionadora idêntica. Ademais, essa teoria não recepcionava a posição de garantidor por ingerência, já que não se encontrava prevista em nenhum dever extrapenal especial. Por fim, representava uma indevida dependência do pensamento penal relativamente ao pensamento civilista, cuja independência evidenciou que a violação de um dever penal e a equivalência entre agir e omitir deveriam ser estabelecidos a partir de pontos de vista penais dadas as diversas consequências atribuídas à infração das suas normas¹⁴⁷.

Na percepção da autora, a mera existência de um dever extrapenal não é fundamento para a responsabilidade penal, sendo necessária uma fundamentação material.

¹⁴⁶ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª Ed. Porto: Alegre, 2003, p. 143.

¹⁴⁷ ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 82-83.

Nessa toada, com fundamento no princípio da legalidade, Heloisa Estellita argumenta que não há responsabilidade penal sem lei (art. 5º, XXXIX, CF/88), que normas extrapenais, por si só, não podem constituir hipóteses de responsabilidade penal, de modo que a punibilidade decorrente da violação do dever especial de agir para evitar o resultado imposto ao garantidor deve atender ao princípio da legalidade penal, isto é, estar definida como crime, “o que é feito mediante a combinação entre um tipo legal de crime e a norma do art. 13, § 2º do CP, formando, assim, a norma incriminadora omissiva imprópria”¹⁴⁸.

Isso, no entanto, não é o suficiente, sendo necessária “a adição do fundamento material, exigência que decorre do princípio da igualdade, que tem como conteúdo mínimo, o tratamento igualitário perante a lei (art. 5º, *caput*, CFB)”.

Em segundo lugar, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado: Ao contrário da situação jurídica prevista no inciso I, aqui no inciso II o alcance da expressão “de outra forma” abrange a obrigação de impedir o resultado que não seja decorrente de lei. Consiste, portanto, no dever de impedir o resultado decorrente de negócios jurídicos, ou, segundo Guilherme Nucci, advindas “de relações concretas da vida”¹⁴⁹.

É o caso do segurança contratado por uma empresa para proteger o patrimônio da empresa, de modo que não pode permanecer inerte diante da ocorrência de um furto, caso contrário, poderá ser responsabilizado penalmente por furto, a título de omissão, com fundamento na alínea “b”, § 2º do art. 13 do Código Penal.

Do mesmo modo, se alguém se compromete a garantir a segurança de outrem em razão de uma situação fática, fica obrigado a agir caso sobrevenha risco de perigo a bem jurídico alheio. O exemplo tradicional citado pela doutrina para ilustrar a hipótese legal em análise é o caso do exímio nadador, que convida o amigo para atravessar um rio a nado, se comprometendo a ajuda-lo diante de uma emergência. Se porventura o amigo se afogar durante a travessia, fica o nadador obrigado,

¹⁴⁸ ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 82-83.

¹⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal. Vol. I**. São Paulo: Ed. Forense, 2017, p. 421.

podendo fazê-lo, a agir para evitar o resultado morte, caso contrário poderá ser responsabilizado criminalmente por homicídio.

Em terceiro, com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado: Nas lições de Fábio Roque Araújo, “trata-se da situação em que o agente se torna garantidor em virtude de uma ação anterior, que gerou o risco de provocação do resultado”¹⁵⁰. Ou, em outras palavras, é o dever jurídico advindo de ação precedente do agente, que deu causa ao surgimento do risco.

Pode ser citado como exemplo o caso em que: se o agente joga alguém na piscina, mesmo sabendo que este não sabe nadar, com o seu comportamento criou o risco de ocorrência do resultado, razão pela qual torna-se garantidor e, se se omite na prestação de socorro, podendo fazê-lo, poderá responder penalmente por crime de homicídio, caso sobrevenha o resultado morte.

Vale mencionar que o nosso ordenamento jurídico penal adota o critério legal de definição de garantidor. Isso significa dizer que no Brasil só há três espécies de garantidor, nos termos acima analisados, de modo que a legislação penal é taxativa.

De outro lado, Fábio Roque Araújo nos alerta que a imputação da responsabilidade penal ao garantidor ocorre na hipótese em que este podia agir para evitar o resultado. Dito isso, o “Estado não pode exigir atitudes heroicas, de quem quer que seja. [...] Em suma, o garantidor que não evita o resultado, podendo fazê-lo, responderá como se o tivesse produzido”¹⁵¹.

¹⁵⁰ ARAÚJO, Fábio Roque. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 432.

¹⁵¹ *Ibidem*.

3.3. A posição de garantidor do dirigente da empresa

Analisadas as hipóteses legais contemplando a posição de garantidor, resta investigar se o dirigente de empresa assume a posição de garantidor por delitos decorrentes da atividade empresarial, podendo, assim, ser responsabilizado criminalmente a título de omissão.

Dito de outro modo, pretende-se analisar se é possível vincular o dirigente da empresa por delitos praticados por membros da empresa, de modo que se possa falar em responsabilidade criminal do dirigente por omissão imprópria.

Renato Jorge Silveira assevera que “no Direito Penal Empresarial, o empresário, em dúvida alguma, pode ser colocado na posição de garantidor, assim como diversos sujeitos individualmente também o são, face o Direito Penal Econômico”¹⁵².

Por sua vez, Heloisa Estellita leciona que enquanto uns negam tal responsabilidade, sob o fundamento da autorresponsabilidade do subordinado, outros entendem que a posição de garantidor do dirigente da empresa “advém do poder de dar ordens e da autoridade sobre as pessoas subordinadas, ou seja, controle sobre o subordinado, ou advém do controle sobre a fonte de perigo empresa”¹⁵³.

Em verdade, tem-se entendido que o empresário assume, por papel próprio, a responsabilidade por conter determinados riscos. Nesse sentido, Renato Jorge Silveira entende que “o empresário assume o domínio organizativo e o controle sobre os riscos que podem ameaçar a própria esfera da empresa”¹⁵⁴.

¹⁵² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime.** Coleção Ciência Criminal Contemporânea. Vol. 5. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2022, p. 186.

¹⁵³ ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa.** São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 109.

¹⁵⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime.** Coleção Ciência Criminal Contemporânea. Vol. 5. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2022, p. 188.

Sendo perceptível a assunção de tal risco pelo empresário, advindo do domínio organizativo, “deve-se, então, verificar como se estipula a divisão funcional de trabalho da própria empresa para, então, poder-se avaliar as respectivas esferas individuais de domínio e o quanto se mostrariam elas vinculadas à determinação superior”¹⁵⁵.

Heloisa Estellita não destoa desse entendimento ao afirmar que:

Não há dúvidas de que os dirigentes de uma empresa estão em posição de influenciar e interferir no desempenho das funções de seus subordinados no exercício das atividades para a empresa. Esse poder decorre do poder diretivo do empregador sobre seus empregados reconhecido juridicamente e exercido de fato, mas pode decorrer também da relação entre duas pessoas na estrutura hierárquica da empresa, mesmo quando não se possa falar aí de uma relação trabalhista, como seria o caso, por exemplo, de uma relação hierárquica entre empregados, chefe (que não o seu empregador) e subordinado, empresa e serviço terceirizado e, até mesmo, entre membros de órgãos societários, como o conselho de administração e a diretoria¹⁵⁶.

Nesse contexto, a posição de garantidor do dirigente empresarial decorre do controle por ele exercido sobre o subordinado, uma vez que, quem detém o poder de instruir, dar ordens e organizar o trabalho alheio tem, por consequência, maior possibilidade de agir para evitar que os subordinados cometam crimes.

Outro fundamento citado por Heloisa Estellita para justificar a posição de garante do dirigente empresarial consiste no poder de direção do superior hierárquico, que lhe confere controle sobre o subordinado. Desse modo, o fundamento do domínio sobre pessoas que tem os órgãos diretivos da empresa se “basearia em duas circunstâncias: no poder jurídico de direção do empregador, ao qual corresponde o dever de obediência por parte do empregado, de um lado, e no conhecimento superior que tais órgãos têm”¹⁵⁷.

¹⁵⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial**: a omissão do empresário como crime. Coleção Ciência Criminal Contemporânea. Vol. 5. Belo Horizonte: Ed. D’Plácido, 2022, p. 188.

¹⁵⁶ ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 109.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 110 e ss.

Tendo Bernd Schünemann como maior partidário desse fundamento, para ele a posição de garantidor dos dirigentes se assenta em três pilares: o poder de direção, o domínio sobre o conhecimento/informação e a executabilidade fática de suas instruções confirmada faticamente pela subordinação dos subalternos.

Heloisa Estellita chama a atenção para a importância de se distinguir entre um ato praticado no interesse da empresa e um outro praticado em excesso. Somente um ato praticado no interesse da empresa fundamenta a posição de garantidor do superior, ao passo que o ato praticado em interesse próprio não guarda relação com a participação em uma empresa, e, portanto, “não pode ser evitado por meio de uma medida de prevenção típica da associação, razão pela qual inexistente posição de garantidor”¹⁵⁸.

Outrossim, a doutrina fundamenta a posição de garantidor do dirigente de empresa em seu controle sobre a fonte de perigo “empresa”. O fundamento em questão reside no fato da responsabilidade pela criação de uma fonte de perigo, da qual possam advir danos a bens jurídicos de terceiros ou da coletividade, de modo que competiria ao dirigente adotar as medidas necessárias para prevenir a ocorrência desses danos.

A criação lícita de uma fonte de perigo implica o correlato dever de cuidar para que esses perigos não se realizem em resultados típicos. O reverso da liberdade de criar um foco de perigo é o dever – e, pois, a responsabilidade – de cuidar para que desse foco não advenham danos a terceiros ou à coletividade. A constituição de uma empresa, como conjunto de objetos e pessoas orientados ao exercício de atividades econômicas, sua organização e estruturação e a execução dos atos necessários à sua atividade econômica se traduziriam em criação de um risco permitido¹⁵⁹.

¹⁵⁸ ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 112.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 118.

Razão assiste à Heloisa Estellita quando afirma que o fundamento que melhor parece se ajustar à estrutura de gestão de pessoas e objetos nas empresas na atualidade reside em considera-las como fonte de perigo permitida, criada no âmbito da liberdade de empreender, atraindo para si, como contrapartida, o dever de controlar os riscos e agir para evitar resultados que possam atingir bens jurídicos de terceiros¹⁶⁰. Disso decorre a posição de garantidor do dirigente de empresa, no que tange ao controle dessa fonte de perigo permitida.

Nesse contexto, o ordenamento jurídico reconhece o direito ao exercício da atividade econômica, de modo que o risco associado ao exercício desse direito é permitido. Entretanto, conforme bem observa Estellita, o ônus dessa liberdade consiste no “dever de cuidar para que do exercício da atividade empresarial não advenham ofensas a bens jurídicos de terceiros e da coletividade”¹⁶¹.

Diante disso, “cria-se um necessário equilíbrio entre o âmbito de autonomia (organização) exclusivo do titular da empresa de um lado, e o da proteção dos bens jurídicos daqueles que estão excluídos desse âmbito, mas que podem ser negativamente afetados”¹⁶².

Nessa linha de raciocínio, o dirigente da empresa assume a posição de garantidor originário, uma vez que ele é o responsável por praticar os atos de organização, gestão de funções e tarefas para a consecução do objeto social da empresa.

Serão garantidores originários aquelas pessoas que tenham uma relação juridicamente fundada de controle sobre a fonte de perigo empresa, que tem de ser confirmada pela assunção fática dessas tarefas. Essa relação dá origem ao dever especial de vigiar pessoas, ou seja, um dever de garantidor. Com isso, estabelece-se o fundamento material e legal da posição de garantidores dos dirigentes de empresas¹⁶³.

¹⁶⁰ ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 128.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 129.

¹⁶² *Ibid.*, p. 129.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 132.

De todo modo, nem todos os membros exercem funções e tarefas relacionadas à administração da empresa, sendo comum, no âmbito da empresa, a delimitação de competências que terão impactos no âmbito e alcance dos deveres do garantidor.

Além disso, para fins de responsabilidade penal, prevalece o exercício de fato de determinada função ou tarefa, do que a designação em documentos societários ou em contrato de trabalho. Por outro lado, o administrador “de fachada” (“laranja”), que nunca desempenhou, de fato, a administração da empresa, controlando os perigos que dela emanam, não assume a posição de garantidor.

Vê-se, portanto, que assume a posição de garantidores originários os integrantes dos órgãos de administração da empresa “que tenham uma relação juridicamente fundada de controle, ainda que parcial, sobre a empresa, e que tenham assumido faticamente esse controle”¹⁶⁴.

Conforme já mencionado, o âmbito de vigilância a ser exercida pelo garantidor se restringe às infrações penais relativas à atividade econômica.

Dito isso, faz todo sentido, para fins de responsabilização penal por omissão imprópria do dirigente da empresa, distinguir entre o ato praticado no interesse da empresa e ato praticado em excesso, circunscrevendo-se a responsabilidade omissiva imprópria ao ato praticado no interesse do ente corporativo, enquanto que o ato excessivo, praticado no interesse do próprio comitente ou de terceiros estranhos à empresa, não enseja a responsabilidade criminal do dirigente empresarial.

Nesse sentido, os dirigentes de empresas, como garantidores decorrentes do domínio sobre a fonte de perigo empresa, só estão obrigados a evitar os crimes praticados por seus membros desde que advindos da atividade empresarial como fonte de perigo.

¹⁶⁴ ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 134.

Para aqueles que fundamentam a posição de garantidor dos dirigentes no domínio sobre a empresa como fonte de perigo que deve ser vigiada, o dever de vigilância só pode, logicamente, abranger crimes 'relacionados à empresa', no sentido de crimes que se mostrem com uma expressão dessa fonte de perigo empresa¹⁶⁵.

Assume especial relevância a divisão de funções e delegação de tarefas comumente praticadas no âmbito da empresa, em razão de suas repercussões no espectro de vigilância dos garantidores.

Com efeito, lembra Heloisa Estellita “para atender às especificidades das diversas atividades e encargos próprios da atividade econômica, as empresas estruturam sua administração em unidades, departamentos, diretorias”, cujos cargos são ocupados por pessoas com algum grau de expertise na área a ser gerida, sendo que a divisão de funções, quando se dá no mesmo nível hierárquico, “correspondem determinadas estruturas de responsabilidade horizontal”¹⁶⁶.

Nesse cenário, a delegação de tarefas e atividades se opera no interior dos departamentos, unidades, diretorias, gerências, entre outros órgãos da empresa, envolvendo membros de níveis hierárquicos distintos, configurando estrutura de responsabilidade vertical.

As duas formas de fragmentar atividades¹⁶⁷ e tarefas dentro da empresa atendem a uma necessidade de racionalização, mas têm a consequência, igualmente inevitável, de ampliar o número de agentes sujeitos aos riscos de responsabilidade penal, e especialmente, no que nos interessa, de responsabilidade penal omissiva imprópria. Trata-se, agora, então, de analisar como esses atos de gestão de distribuição e delegação de funções e tarefas atuam com relação às posições de garantidores e os deveres concretos de agir de seus titulares¹⁶⁸.

¹⁶⁵ ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 134.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 146.

¹⁶⁷ As duas formas de fragmentar atividades e tarefas dentro da empresa consistem em: Delegar tarefas e funções entre membros do mesmo nível hierárquico, configurando estrutura de responsabilidade horizontal, ou delegar funções entre membros de níveis hierárquicos distintos, configurando estrutura de responsabilidade vertical.

¹⁶⁸ ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 146-147.

Conforme será analisado adiante, a prática de atos de gestão, de distribuição, e de delegação de funções e tarefas, envolvendo membros do mesmo nível hierárquico (estrutura horizontal) ou não (estrutura vertical), implica para os dirigentes, como garantidores originários, o dever de vigiar, supervisionar e controlar a atuação das pessoas encarregadas do desempenho das atividades empresariais, intervindo para evitar a consumação do resultado típico diante de uma situação de perigo.

De outro lado, havendo delegação de tarefas e funções, incumbe ao dirigente de empresa “os deveres de seleção adequada, de dirigir e emitir instruções, de organizar os processos e tarefas dentro da empresa, de supervisionar e vigiar os trabalhos e de intervir”¹⁶⁹.

Para fins didáticos, será utilizado o mesmo critério proposto por Heloisa Estellita¹⁷⁰ ao analisar as repercussões jurídicas no âmbito de vigilância dos garantidores em razão da delegação de tarefas e funções praticadas no interior da empresa.

Assim sendo, inicialmente será analisada a delegação de funções ocorridas em estruturas de responsabilidade vertical e, em seguida, a delegação de funções operadas em estruturas de responsabilidade horizontal, e seus reflexos na responsabilidade penal por omissão imprópria do dirigente de empresa.

3.3.1. A posição de garantidor do empresário em estruturas de responsabilidade vertical

Tanto a execução de tarefas e funções relacionadas à consecução do objetivo social da empresa, como aquelas conexas a atividades administrativas da empresa

¹⁶⁹ ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 147.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 147 e ss.

(contabilidade, auditoria, recursos humanos, jurídica etc.) podem ser delegadas pelo dirigente de empresa.

Além disso, também podem ser delegadas atividades de controle sobre a fonte de perigo da empresa. É o que se verifica no *compliance program*, onde o *compliance officer* (oficial de cumprimento) assume a função de vigiar práticas ilícitas em empresas. É possível afirmar que outra grande vantagem da delegação é incrementar a proteção de bens jurídicos que possam ser eventualmente afetados por perigos decorrentes da atividade empresarial.

Como vimos, em sociedades, são os órgãos de administração os competentes para a prática dos atos de divisão de funções (estruturas horizontais) e de delegação de funções e tarefas (estruturas verticais). O que não se pode delegar é a função em si de gestão da sociedade, nem a responsabilidade pela tomada de decisões. Mas atribuições podem ser delegadas, do contrário seria inviável o desempenho das atividades econômicas e mesmo administrativas na empresa. Portanto, o que está vedado é a delegação de tal intensidade que despoje o administrador de sua função, descaracterizando-o como tal. É o que se denomina, no direito societário, de delegação orgânica, legalmente vedada, por exemplo, pelo art. 139 da LSA, que proíbe a delegação de competência de um órgão da administração a outro. Seria o caso, por exemplo, de um diretor que pretendesse delegar o todo de sua função de representação da companhia perante terceiros a um delegado; ou o Conselho de Administração que pretendesse delegar à Diretoria a competência para a nomeação de seus membros. Essa delegação orgânica está vedada, mas não o exercício por procuradores, por exemplo, de representação parcial em nome do diretor. A delegação de atribuições é, porém, lícita¹⁷¹.

O efeito primário da delegação é a constituição de novo garantidor, configurando, pois, a posição de garantidor por assunção, com fundamento no art. 13, § 2º, alínea “b”, do Código Penal. Essa transferência de funções e tarefas implica, de um lado, a constituição de um novo garantidor (o delegado/garantidor secundário), e, de outro, a exoneração parcial do delegante (garantidor originário).

¹⁷¹ ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 148.

Em diferentes níveis hierárquicos, a delegação de tarefas implica a atribuição a um outro membro da empresa das tarefas ou funções atribuídas originalmente a um administrador, de modo que toda cadeia de delegação nas empresas é feita a partir daqueles que são seus garantidores originários.

A delegação de tarefas e funções se dá por meio de contrato ou outro documento equivalente. Entretanto, nada impede que a delegação se opere de fato, com a atribuição informal de tarefas e funções a outros membros da empresa. Heloisa Estellita¹⁷² adverte que é recomendável a formalização da delegação, pois, assim, evitar-se-á que, em caso de prática de crime por algum membro da empresa, sejam todos os dirigentes investigados, ou até mesmo acusados, por infringência de seus deveres de vigilância.

A delegação de tarefas e funções enseja o dever de supervisão, por parte do delegante, das atividades do delegado. Se, além disso, há uma nova delegação (“sub-delegação”), o delegante originário não tem o dever de supervisionar as atividades dos subordinados ao delegado, o que deve ser feito por este.

Ao tratar do princípio da confiança no âmbito da empresa, Heloisa Estellita preleciona que “as distribuições de atribuições e tarefas feitas por meio da delegação seriam impossíveis se todos tivessem de controlar as atividades de todos os que cooperam, o que, ao fim e ao cabo, inviabilizaria o cumprimento dos atos de gestão de sua própria esfera de atribuição”¹⁷³, razão pela qual invoca-se o princípio da confiança a ser aplicado nas empresas.

De fato, caso reinasse a total desconfiança entre os membros da empresa, no que tange ao correto desempenho da atividade de cada um, isso tornaria inviável o desenvolvimento da atividade econômica.

¹⁷² ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 148.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 151.

Diante disso, Heloisa Estellita afirma que a o entendimento majoritário é no sentido da aplicação do princípio da confiança nas relações verticais da empresa, porém, com limitações.

O delegante só poderia confiar no desempenho adequado das tarefas atribuídas ao delegado quando tiver cumprido o seu dever de escolha adequada do delegado, quando o instruir corretamente e lhe der condições materiais para o desempenho correto das tarefas abrangidas pelo âmbito de competência delegado, mantendo, porém, sempre alguma forma de supervisão sobre seu desempenho. Diante de irregularidades, não há mais fundamento para confiar e o delegante deve intervir no âmbito das tarefas delegadas para que elas retornem ao patamar do risco permitido¹⁷⁴.

Dessa forma, no âmbito das estruturas verticais da empresa, o princípio da confiança produz os seguintes efeitos: a desoneração parcial do dever de vigilância pelo delegante, de um lado, e, de outro, a manutenção do dever do delegante de intervir quando há indícios de que não há mais fundamento para confiar na atuação do delegado.

Conforme já mencionado, também podem ser delegadas atividades de controle sobre a fonte de perigo da empresa. Entretanto, essa delegação não tem o efeito de desonerar totalmente o delegante (garantidor originário), permanecendo os deveres de seleção, instrução, organização, supervisão e intervenção, cujo descumprimento acarretará a devolução ao delegante das tarefas transferidas ao delegado.

São múltiplos os deveres atribuídos ao delegante para que a delegação se revele eficaz e produza os efeitos que dela se esperam. O primeiro dever do delegante é a escolha do delegado adequado ao desempenho das funções que lhe serão transferidas. Assim, compete ao delegante a seleção de pessoa tecnicamente qualificada e em quem o delegante confie.

¹⁷⁴ ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 153.

Nas palavras de Heloisa Estellita:

A seleção adequada tem por efeito legitimar o delegante a confiar na pessoa do delegado. Como o princípio da confiança somente se aplica se aquele que se confia também age em conformidade com as regras, é evidente que a escolha de delegado inadequado, por implicar conduta desconforme do delegante, afasta a aplicação desse princípio e autoriza a punibilidade omissiva imprópria. O delegado, por sua vez, poderá igualmente ser responsabilizado por eventual omissão, não só por força da assunção, mas também por ingerência, posto que ao assumir uma função para a qual não está capacitado, criaria o risco juridicamente desaprovado e sua posição de garantidor se fundamentaria no atuar precedente perigoso¹⁷⁵.

O delegante deve instruir o delegado acerca das funções a serem por este desempenhadas, o âmbito de competência, bem como devendo prestar todas as informações necessárias à execução das funções transferidas ao delegado.

Além disso, o delegante deve proporcionar as condições materiais e organizacionais adequadas ao desempenho das tarefas transferidas ao delegado (dever de organização), compreendendo também “a atribuição ao delegado de um âmbito de decisão autônoma instrumental ao desempenho adequado das tarefas delegadas”¹⁷⁶.

O dever de supervisão consiste no estabelecimento de instrumentos de checagem periódicas das atividades delegadas, a fim de detectar o descumprimento das funções assumidas pelo delegado, permitindo, dessa forma, que o delegante possa intervir quando for o caso.

Quando há fundada razão para desconfiar que o delegado não está executando adequadamente suas funções, surge o dever de intervenção por parte do delegante. Nessa situação, deve o delegante intervir advertindo o delegado, destituindo-o ou substituindo-o por outro, ou tomando outra medida necessária para evitar a ocorrência de resultado previsto como crime. Trata-se do dever de agir para evitar o resultado, conforme estabelece o art. 13, § 2º, do Código Penal¹⁷⁷.

¹⁷⁵ ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 156.

¹⁷⁶ *Ibid.* p. 157.

¹⁷⁷ Segundo Estellita, “[...] a atuação no sentido do cumprimento desse dever não precisa necessariamente recair sobre o subordinado, mas pode dirigir-se diretamente à contenção da fonte de

3.3.2. A posição de garantidor do empresário em estruturas de responsabilidade horizontal

A delegação de tarefas e funções no interior da empresa também pode envolver membros de um mesmo nível hierárquico. É o que se denomina de “departamentalização”.

No magistério de Heloisa Estellita, a finalidade da divisão de funções entre membros de uma mesma posição hierárquica é “aprimorar o resultado do trabalho por meio da alocação de pessoas especialmente instruídas em determinados setores de conhecimento e atividades (especialização) e/ou o de concentrar tarefas para desempenho delimitado”¹⁷⁸, aumentando-se o grau de proteção de bens jurídicos que possam eventualmente serem atingidos pelo desempenho da atividade empresarial.

No caso da departamentalização, inexistindo subordinação de uns sobre os outros membros, uma vez que inexistente hierarquia entre eles, a dúvida que surge é como se estabelece a posição de garantidor do dirigente da empresa e seus respectivos deveres.

Em resposta a essa questão, Heloisa Estellita assevera que o fundamento da posição de garantidor do dirigente da empresa continua sendo o seu controle sobre a fonte de perigo empresa, argumentando que “a forma adotada pelos administradores de uma determinada sociedade para organizar sua gestão não pode se tornar um ônus em desfavor dos terceiros que podem ser afetados em seus bens jurídicos por perigos dela oriundos”, de modo que compete ao administrador (seja a administração

perigo, aos perigos por ela já criados, ao acionamento de um terceiro etc. Isso porque o dever de intervir é para evitar o resultado típico e não necessariamente uma conduta típica. Assim, por exemplo, sabendo o delegante que o delegado está em vias de cometer um crime de poluição mediante versão de resíduos tóxicos em curso d’água, pode não só ordenar a outros subordinados que tomem providências físicas que impeçam o ato – fechamento de comportas ou válvulas, por exemplo -, como pode desempenhá-las pessoalmente se lhe for possível. Em ambas as hipóteses, cumpre o seu dever de agir para evitar o resultado”. ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 158.

¹⁷⁸ ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 161-162.

exercida por uma só pessoa ou não) “o dever de controlar a fonte de perigo empresa para que dela não advenham danos a terceiros ou à coletividade”¹⁷⁹.

Outra questão que se discute é a respeito dos efeitos exoneratórios decorrentes da delegação no âmbito da estrutura de responsabilidade horizontal.

Tratando-se de empregados ou outros agentes que não sejam administradores, a distribuição de funções implica no estabelecimento rígido de competência individual, dentro dos quais o eventual garantidor deverá cumprir seus deveres.

Por outro lado, tratando-se dos administradores em sentido estrito, há discussão:

Um entendimento sustenta que a departamentalização não eliminaria a responsabilidade dos administradores pela empresa como um todo, remanescendo sempre um dever de intervir em caso de sinais claros de que não se pode confiar no desempenho adequado das funções dos demais administradores do mesmo nível. Outro, porém, afirma que uma desoneração dos demais dirigentes em caso de distribuição horizontal de funções em razão da especialização dos agentes encarregados de dirigir e gerir o departamento ou setor, e da correlata autonomia que lhes é conferida, só poderia existir ali onde as atribuições de cada setor forem claramente estabelecidas e essa distribuição não tenha sido realizada em prejuízo da proteção de bens jurídicos que podem ser afetados pelas atividades do setor¹⁸⁰.

No entanto, na visão de Heloisa Estellita, tratando-se de dirigentes, administradores em sentido estrito, “tudo dependerá do exame concreto da dinâmica de funcionamento dos órgãos de administração, bem como do grau de autonomia dos departamentos, unidades ou setores”¹⁸¹.

¹⁷⁹ ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 162-163.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 163.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 171-172.

Nessa linha de raciocínio, quatro possibilidades se apresentam:

- a) A gestão e a execução das atividades da empresa são divididas em departamentos, mas a tomada de decisões relativas a estes departamentos é atribuída – total ou parcialmente – à reunião de todos os administradores como órgão de deliberação colegiada. Nessa hipótese, a departamentalização não eliminaria a responsabilidade dos administradores pela empresa como um todo, remanescendo sempre um dever de intervir em caso de sinais claros de atuação criminosa de outro administrador;
- b) Havendo um administrador com a função de coordenar os trabalhos dos diversos departamentos ou setores dirigidos por outros administradores, está incluído no feixe de suas atribuições o dever de zelar para que a divisão de funções não gere efeitos negativos externos, razão pela qual remanesce sob sua competência não só um dever de supervisionar as gestões setoriais, como o de coordenação e o de intervenção em caso de evidências de que efeitos externos negativos estão na iminência de ocorrer;
- c) Havendo interdependência parcial entre departamentos a cargo de garantidores originários (administradores), ambos são garantidores relativamente à tarefa comum e, embora possam confiar mutuamente nas suas atuações em suas áreas de expertise, deve-se estabelecer mecanismos de supervisão recíproca, mantendo-se o dever de intervenção em caso de indícios de superação do risco permitido no desempenho das tarefas em comum;
- d) Se todos os dirigentes já são instituídos em seus cargos com atribuição expressa de âmbitos de atuação delimitados já nos atos constitutivos da sociedade, atuando cada um de forma independente e autônoma, não há desempenho de tarefas de forma interdependente, e não há determinação de um âmbito de decisões colegiadas. Esse estabelecimento rígido de âmbitos de competência individual delimita o âmbito de vigilância e intervenção dos dirigentes¹⁸².

Conforme já dito, a posição de garantidor é a apenas o ponto de partida na análise da responsabilidade penal do dirigente da empresa por omissão imprópria, demandando o exame dos demais pressupostos exigidos pelo Código Penal¹⁸³.

¹⁸² ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 171-172.

¹⁸³ “Se afirmar a posição de garantidor de um dirigente é um passo inicial *sine qua non* para a punibilidade por omissão imprópria, longe está de ser suficiente. Será necessário atender a cada um dos ulteriores pressupostos dessa espécie de responsabilidade, muitos deles problemáticos quando confrontados com a realidade da divisão de trabalho e funções que caracterizam o exercício da atividade econômica organizada”. ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 234.

Nesse desiderato, o § 2º do artigo 13 do Código Penal preceitua que “a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado”.

Embora o vocábulo “resultado” empregado no texto da norma legal leve a crer que apenas delitos que exijam resultado naturalístico possam ser praticados na forma omissiva imprópria, tem-se entendido que é suficiente, como um dos pressupostos para a responsabilização penal por omissão imprópria, que o bem jurídico tutelado esteja em situação de perigo¹⁸⁴.

Para que possa falar em omissão imprópria, é necessária a existência de uma situação de perigo ao bem jurídico tutelado, que exija a intervenção do agente a fim de evitar a ocorrência do resultado. Em outras palavras, o bem jurídico encontra-se ameaçado, porém ainda é possível salva-lo mediante a intervenção do agente.

Nessa linha de raciocínio, a situação de perigo ao bem jurídico tem o efeito de acionar o dever concreto de agir por parte do garantidor. Trata-se, portanto, de um “dever de praticar uma conduta determinada em benefício daquele bem jurídico concretamente ameaçado”¹⁸⁵, evitando, com isso, a superveniência do resultado típico.

O dever de agir imposto ao garantidor ganha contornos específicos no âmbito da criminalidade de empresa. Isso se deve porque, a atividade econômica explorada pelas sociedades empresárias normalmente é objeto de regulamentação legal (por exemplo, normas administrativas expedidas por órgãos ou agências reguladoras) ou autorregulação (estatuto social, atos normativos internos etc.).

¹⁸⁴ “Parece sustentável, assim, que o termo ‘resultado’, utilizado no § 2º do art. 13, seja interpretado desta última maneira: como ofensa (perigo ou lesão) ao bem jurídico; o que, numa compreensão do tipo como descritor de condutas perigosas para bens jurídicos, nada mais é do que um ‘acontecimento típico’ ou a situação de perigo abstrata na qual se encontra o bem jurídico”. ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 238.

¹⁸⁵ ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 240.

Nesse contexto, Heloisa Estellita leciona que “em âmbitos especialmente regulados, o dever concreto de agir se vê delimitado pela possibilidade jurídica de agir, que atuará na determinação da conduta juridicamente exigida e esperada do garantidor”¹⁸⁶, advertindo que nem todos podem tudo em âmbitos regulados ou autorregulados.

Desse modo, nas atividades econômicas reguladas (regulamentação legal ou autorregulação), o dever de agir exigido do garantidor sofre limitações advindas de normas extrapenais, que estabelecem concretamente a possibilidade jurídica de agir do garantidor, no tocante ao que dele juridicamente se espera ou ao conteúdo do seu dever concreto de agir¹⁸⁷.

Daí porque, em âmbitos regulados, o dever de agir é aferido concretamente, com base na regulação da empresa, que por sua vez determina o conteúdo do dever concreto de agir do garantidor.

Assim, uma vez reconhecida a posição de garantidor, temos que analisar a possibilidade jurídica de agir do garantidor, uma vez que suas competências e faculdades dentro da empresa é regulada por normas extrapenais.

Dessa forma, para saber o que poderia ser feito para impedir o resultado típico, é necessário consultar as normas extrapenais que regulam a atividade da empresa, para verificar o que era possível juridicamente fazer por parte do garantidor, identificando-se, portanto, o seu dever concreto de agir diante da situação de perigo ao bem jurídico tutelado.

¹⁸⁶ ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 246.

¹⁸⁷ “É justamente o que sucede no âmbito da responsabilidade omissiva dos dirigentes de empresas, regulado por normas de direito societário, diretamente ou por meio de autorização para a autorregulação, e onde, portanto, a questão da *possibilidade jurídica de agir* adquire relevância central na determinação do conteúdo concreto do dever de agir do garantidor”. ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 248.

Uma vez identificado o dever concreto de agir do garantidor, o próximo passo é verificar a existência da capacidade físico-real de agir do garantidor para impedir o resultado, sendo que essa análise é feita casuisticamente, isto é, conforme as circunstâncias do caso concreto.

Outrossim, é exigido o nexo de causalidade entre a omissão e o resultado. No entanto, na omissão imprópria, o nexo de causalidade é normativo, demandando um juízo de valor a fim de se concluir pela existência de causalidade (normativa) entre a omissão e o resultado.

Dito isso, deve o intérprete averiguar se a ação exigida por parte do garantidor que se omitiu teria o condão de manter ou excluir o resultado típico. Nesse raciocínio, incluindo-se no processo causal a ação exigida do garantidor, se ainda assim o resultado típico teria ocorrido, conclui-se que a omissão não foi a causa do resultado. Ao contrário, se o resultado típico não teria ocorrido, a omissão foi a causa do resultado.

Por fim, com relação ao aspecto subjetivo (dolo), devem ingressar na esfera de conhecimento do omissor: a) os pressupostos de fato da posição de garantidor; b) a situação típica de perigo ao bem jurídico tutelado; c) a omissão da conduta determinada e exigida para a evitação do resultado, apesar da capacidade físico-real de fazê-lo; d) o nexo de causalidade normativo entre a omissão e o resultado.

No ambiente empresarial, onde há descentralização e divisão de trabalho e funções, o aspecto subjetivo exigido para responsabilização penal por omissão imprópria é impactado em razão da fragmentação e do fluxo de informações ocorridas no interior da empresa.

Nessa diretriz, Heloisa Estellita pontua que:

[...] exigindo o dolo, como seu componente *sine qua non*, o conhecimento das elementares do tipo objetivo (art. 20, *caput*, CP), é evidente o impacto que esse fenômeno terá, especialmente, quanto à formação do componente cognitivo nos sujeitos que ocupam as camadas superiores da hierarquia societária. Como a informação está, normalmente, nas mãos dos agentes que operam na base da empresa, será mais comum que os dirigentes recebam informações de segunda ou terceira mão, e que, além disso, já sejam de antemão filtradas, seja no sentido de chegarem apenas parcialmente às camadas superiores, seja por terem de passar por filtros analíticos de especialistas. [...] Nos crimes especiais, esses processos de (ou de falta de) acesso à informação podem, ademais, impedir a formação do dolo nos agentes qualificados (*intraneus*), com a possibilidade de criação de zonas ou âmbitos de irresponsabilidade em virtude da dissociação entre a conduta objetivamente típica de um e a conduta subjetivamente típica de outro¹⁸⁸.

Dessa forma, é importante que o intérprete tenha redobrado cuidado ao analisar a presença do dolo na criminalidade de empresa, verificando se o fluxo de informações típicas de organizações empresariais impediu ou não o dirigente de empresa de ter conhecimento de todas as circunstâncias do tipo objetivo omissivo impróprio: a) os pressupostos de fato da posição de garantidor; b) a situação típica de perigo ao bem jurídico tutelado; c) a omissão da conduta determinada e exigida para a evitação do resultado, apesar da capacidade físico-real de fazê-lo; d) o nexo de causalidade normativo entre a omissão e o resultado.

Além disso, o dolo deve ser contemporâneo à situação de perigo, de modo que, se o conhecimento por parte do garantidor é adquirido após a ocorrência do resultado, trata-se de um indiferente penal.

¹⁸⁸ ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 289.

3.4. Considerações finais do capítulo

Encerrada a primeira parte do trabalho, foi possível concluir que a forma de imputação-jurídica estabelecida no Código Penal brasileiro não se mostra adequada à apuração da responsabilidade penal individual por crimes cometidos no âmbito da empresa.

Assim, a criminalidade de empresa reúne características próprias, o que demanda uma análise diferenciada do intérprete por ocasião da imputação jurídico-penal.

Diante disso, verificou-se de que maneira a dogmática penal tem construído e estruturado a responsabilidade penal do dirigente de empresa por crimes decorrentes da atividade econômica.

O substrato teórico obtido até o presente momento será imprescindível para dar início à segunda parte da pesquisa, cujo foco é análise do programa de conformidade (*compliance program*), assunto que se encontra em evidência na atualidade.

Não se trata de tema inédito no mundo acadêmico. Ao contrário, há uma profusão de excelentes obras dedicadas ao assunto.

No entanto, talvez o intérprete não tenha se dado conta da importância do *compliance* na apuração da responsabilidade penal dos membros da empresa, envolvidos na prática de delitos advindos da atividade econômica.

Com relação ao julgador, conforme se verá adiante, o programa de *compliance* consiste em uma ferramenta útil e vantajosa por ocasião do julgamento da criminalidade de empresa.

A responsabilidade penal do dirigente da empresa e o *compliance* são temas que se entrelaçam, encontrando um ponto de contato no que diz respeito ao processo de imputação jurídico-penal, por delitos praticados no ambiente corporativo.

Todavia, é preciso advertir que o *compliance* é um tema vasto, de modo que o presente trabalho não tem a pretensão de esgotar o assunto, e tampouco abordar eventuais divergências doutrinárias envolvendo o *compliance*, exceto quando isso for necessário para a obtenção da resposta ao problema de pesquisa proposto.

Dito isso, passa-se à segunda parte do trabalho, delineando-se o *compliance* à luz do ordenamento jurídico brasileiro, os marcos legais que introduziram os programas de conformidade no Direito pátrio, seus requisitos básicos, mecanismos de fiscalização sugeridos pela doutrina objetivando avaliar a eficácia dos programas de conformidade, a identificação de do personagem de destaque no *compliance*, qual seja, o oficial de cumprimento (*compliance officer*), abordando suas funções e o que dele se espera.

A segunda parte do trabalho tem como finalidade realizar uma abordagem geral do *compliance*, com destaque para o criminal *compliance*. Trata-se, portanto, de parte intermediária da pesquisa, de fundamental importância para a obtenção da resposta ao problema de pesquisa proposto.

4. O COMPLIANCE NO DIREITO BRASILEIRO

4.1. Aspectos introdutórios

É possível afirmar que atualmente estamos vivendo sob a era do *compliance*, tema que vem ganhando destaque no mundo acadêmico e, sobretudo, no ordenamento jurídico brasileiro.

Sobre o interesse despertado pelo *compliance* no mundo jurídico, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Ricardo Villas Bôas Cueva, observa que “poucos fenômenos conseguiram penetrar tão rápida e eficientemente no universo jurídico atual quanto o *compliance*, tema que vem capitaneando cada vez mais interesse e entusiasmo”¹⁸⁹.

Embora não se trate de instituto introduzido recentemente no campo jurídico, a verdade é que somente há pouco tempo o *compliance* vem sobressaindo e ganhando notoriedade cada vez mais, tornando-se, por assim dizer, um “modismo jurídico”.

Nesse mesmo entendimento, Helena Regina Lobo da Costa e Marina Pinhão Coelho Araújo afirmam que “o termo *compliance* estabeleceu-se, nos últimos anos, como tema da moda no direito penal. Contudo, apesar de ter ganhado crescente atenção da doutrina, não há, ainda, consenso sobre seu tratamento e suas consequências no âmbito criminal”¹⁹⁰.

Oportuno mencionar que o *compliance* é instituto jurídico alienígena, e ao que tudo indica foi introduzido em nosso ordenamento jurídico devido à influência externa, decorrente de tratados firmados entre o Brasil e países estrangeiros bem como

¹⁸⁹ CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. **Compliance**: perspectivas e desafios dos programas de conformidade. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 23.

¹⁹⁰ COSTA, Helena Regina Lobo; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Compliance e o julgamento da APN 470. **Revista Brasileira de Ciências Jurídicas Criminais**. v. 106, 2014.

organismos internacionais. Isso será objeto de abordagem no item dedicado aos marcos legais do *compliance* no Direito brasileiro.

Conforme já mencionado na introdução do trabalho, o termo *compliance* deriva do verbo em inglês *to comply with*, que significa “cumprir”, “executar”, “satisfazer”.

Compliance, portanto, consiste no dever de cumprir, de estar em conformidade e fazer cumprir regulamentos internos e externos impostos à atividade empresarial.

É possível afirmar, ainda, que o programa de *compliance* tem também como objetivo consolidar o cumprimento de leis e regulamentos no ambiente empresarial, tornando parte da cultura da empresa.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) conceitua o *compliance* no seguinte sentido:

Compliance é um conjunto de medidas internas que permite prevenir ou minimizar os riscos de violação às leis decorrentes de atividade praticada por um agente econômico e de qualquer um de seus sócios ou colaboradores. Por meio dos programas de *compliance*, os agentes reforçam seu compromisso com os valores e objetivos ali explicitados, primordialmente com o cumprimento da legislação. Esse objetivo é bastante ambicioso e por isso mesmo ele requer não apenas a elaboração de uma série de procedimentos, mas também (e principalmente) uma mudança na cultura corporativa. O programa de *compliance* terá resultados positivos quando conseguir inculcar nos colaboradores a importância em fazer a coisa certa¹⁹¹.

Ana Frazão leciona que:

Compliance diz respeito ao conjunto de ações a serem adotadas no ambiente corporativo para que se reforce a anuência da empresa à legislação vigente, de modo a prevenir a ocorrência de infrações ou, já tendo ocorrido o ilícito, propiciar o imediato retorno ao contexto de normalidade e legalidade¹⁹².

¹⁹¹ CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia Programas de Compliance**. Janeiro/2016. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2023.

¹⁹² FRAZÃO. Ana. Programas de compliance e critérios de responsabilização de pessoas jurídicas por ilícitos administrativos. In: ROSSETI, Maristela Abla; PITTA, Andre Grunspun (Coord.). **Governança corporativa: avanços e retrocessos**. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 42.

Na visão de Carla Veríssimo, o *compliance* possui objetivos tanto preventivos quanto reativos. Sob o aspecto preventivo, o *compliance* objetiva a prevenção de infrações legais, bem como a prevenção de riscos legais e reputacionais a que a empresa está sujeita. Sob o prisma reativo, o *compliance* “impõe à empresa o dever de apurar as condutas ilícitas em geral, assim como as que violam as normas da empresa, além de adotar medidas corretivas e entregar os resultados de investigações às autoridades, quando for o caso”¹⁹³.

Lembra a autora que o *compliance* apresenta “diferenciação temática”, ou seja, o tema do *compliance* varia de acordo com o ramo do direito ou da atividade econômica ao qual se relaciona. Nesse sentido, há *compliance* bancário, *compliance* trabalhista, *compliance* ambiental, *compliance* de proteção de dados, criminal *compliance*, entre outros.

Ao tratar do papel do *compliance*, Ricardo Simonsen assevera que “a área de *compliance* tem como finalidade atuar na prevenção, detecção e na resposta aos atos corporativos que não estejam em conformidade com a legislação, política e normas da companhia”¹⁹⁴.

Ricardo Simonsen faz importante observação ao mencionar que o *compliance* não deve restringir a sua atuação à conformidade legal e regulatória, devendo alcançar, também, a ética, “padrões/acordos voluntários e melhores práticas”.

Empresas de todos os portes econômicos podem se beneficiar das vantagens do *compliance*, e cada programa deve ser ajustado às peculiaridades da empresa, inexistindo um único modelo de programa de conformidade.

Todavia, não se pode deixar de mencionar que um programa de integridade¹⁹⁵ demanda custos, que podem ser elevados a depender do porte econômico da empresa. Nessa linha de raciocínio, Carla Veríssimo afirma que tendo em vista a limitação de recursos financeiros das empresas, “o mais provável é que a decisão de

¹⁹³ VERÍSSIMO, Carla. **Compliance**: incentivo à adoção de medidas anticorruptivas, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 91.

¹⁹⁴ SIMONSEN, Ricardo. Os requisitos de um bom programa de compliance. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). **Compliance**: perspectivas e desafios dos programas de conformidade. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 109-110.

¹⁹⁵ A título de esclarecimento, programa de compliance, programa de integridade e programa de conformidade são tratados neste trabalho como sinônimos.

adotar um programa de *compliance*, ou mesmo medidas simplificadas, especialmente em tempos de crise econômica, seja tomada considerando-se os riscos de responsabilização”¹⁹⁶.

A implementação de programas de *compliance* vai muito além de beneficiar as próprias empresas, beneficiando investidores, consumidores e parceiros comerciais, assegurando um mercado competitivo, ético e transparente, prevenindo a ocorrência de infrações e mantendo, por conseguinte, a boa reputação da empresa perante à coletividade.

As vantagens proporcionadas pela implementação de programa de *compliance* são múltiplos, e nesse sentido Ricardo Simonsen cita os seguintes benefícios:

- a) Proteção à marca e à sustentabilidade da empresa; b) Ganho de imagem, credibilidade e reputação; c) Proteção à alta administração;
- d) Ampliação ao acesso a mercados financeiros; e) Identificação e mitigação de riscos; d) Redução do risco financeiro e do custo de capital; e) Manutenção do acesso a contratos públicos; d) Alocação eficiente de recursos; e) Atração de parcerias e de funcionários¹⁹⁷.

Nessa mesma diretriz, o guia *compliance* elaborado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), destaca que “a adoção de programas de *compliance* identifica, mitiga e remedia os riscos de violações da lei”¹⁹⁸.

Além disso, “a conscientização promovida pelos programas de *compliance* acerca das condutas indesejadas permite a identificação de violações à lei mais rapidamente, favorecendo pronta resposta pela organização”¹⁹⁹.

O mencionado guia ainda informa que dentre as vantagens da identificação de infrações com agilidade “está a maior possibilidade de firmar acordos com as

¹⁹⁶ VERÍSSIMO, Carla. **Compliance**: incentivo à adoção de medidas anticorruptivas. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 245.

¹⁹⁷ SIMONSEN, Ricardo. Os requisitos de um bom programa de compliance. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). **Compliance**: perspectivas e desafios dos programas de conformidade. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 111.

¹⁹⁸ CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia Programas de Compliance**. Janeiro/2016. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2023.

¹⁹⁹ *Ibidem*.

autoridades, sejam de leniência ou não, que podem implicar substancial redução da pena e, em alguns casos, imunidade na esfera criminal para pessoas físicas”²⁰⁰.

A conscientização promovida pelos programas de *compliance* permite que os funcionários identifiquem sinais de que outras organizações, como concorrentes, fornecedores, distribuidores ou clientes, possam estar infringindo a lei. Essa identificação é relevante na medida em que relacionar-se com terceiros que violam a legislação pode ser prejudicial para um agente econômico quando da análise das infrações, especialmente a depender de nível de envolvimento. Relacionamento estrito entre companhias sugere maior alinhamento de práticas comerciais. Nessa toada, é muito importante ser capaz de agir no caso de identificação de condutas ilícitas de terceiros com quem as trocas são intensas, para que não restem dúvidas sobre a boa-fé da companhia²⁰¹.

A adoção de programas de integridade também contribui para a boa reputação da empresa, conforme já mencionado, além do que o comprometimento com a observância das leis também inspira confiança em investidores, parceiros comerciais, clientes e consumidores que valorizam organizações que operam de forma ética.

Outrossim, conforme bem pontuado no guia *compliance*, o dano à reputação da empresa envolvida na prática de atos ilícitos “pode ser ainda maior do que o resultante da pena pela infração, por levar a perdas não só financeiras, mas também de oportunidades de negócios”²⁰², o que reforça a necessidade de adoção dos programas de *compliance* pelas empresas.

Colaboradores cientes das “regras do jogo” estão em melhor posição para fazer negócios sem receio de violar as leis, assim como para procurar assistência caso identifiquem possíveis questões concorrencialmente sensíveis. Temas de ordem concorrencial aparecem com frequência em negociações comerciais; programas de *compliance* bem elaborados e devidamente implementados permitem aos colaboradores tomar decisões com mais confiança. O medo de violar as leis – notadamente quando envolvido risco de persecução penal – pode intimidar os colaboradores e eventualmente desestimular a concorrência mais acirrada e legítima²⁰³.

²⁰⁰ CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia Programas de Compliance**. Janeiro/2016. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2023.

²⁰¹ *Ibidem*.

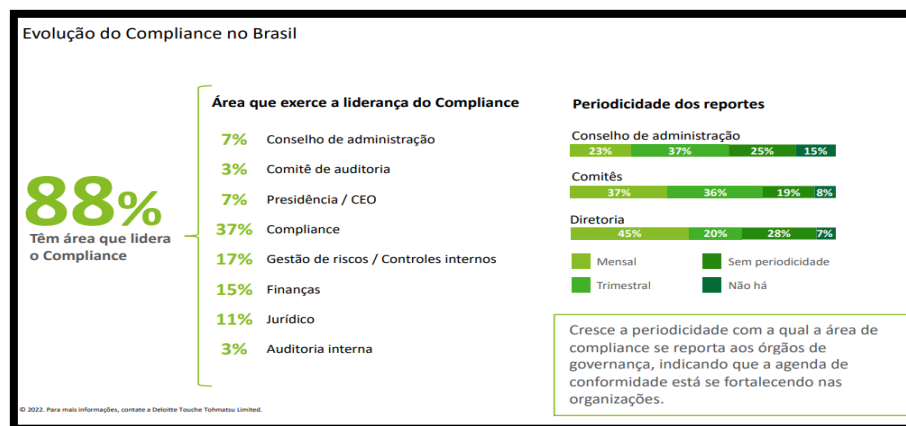
²⁰² *Ibidem*.

²⁰³ *Ibidem*.

Embora os programas de integridade demandem recursos financeiros para sua implementação, em contrapartida sua adoção pode evitar que as empresas incorram em custos e contingências com investigações, multas, publicidade negativa, interrupção das atividades, inexecutabilidade dos contratos ou cláusulas ilegais, indenizações, impedimento de acesso a recursos públicos ou de participação em licitações públicas etc.

Além de despesas judiciais e administrativas, investigações requerem a alocação de recursos humanos e financeiros que de outra forma seriam empregados na atividade-fim da empresa. Ademais, adicionalmente ao processo administrativo, as empresas podem ter que responder civil e criminalmente pela infração cometida. Danos à sua reputação podem ser sentidos antes mesmo do desfecho do processo, somente por estarem sob investigação, refletindo-se em perda de clientes, oportunidades de negócios, investimentos, valor de mercado, etc.²⁰⁴.

Nesse contexto, importante destacar a pesquisa intitulada “Integridade corporativa no Brasil - Evolução do *compliance* e das boas práticas empresariais nos últimos anos”²⁰⁵, realizada pela Deloitte Touche Tohmatsu, empresa de auditoria e consultoria empresarial, cuja coleta de dados ocorreu no período compreendido entre 26 de setembro a 30 de outubro de 2022, envolvendo a participação de 113 empresas, informando que 88% das empresas pesquisadas possuem programas de *compliance*.



Fonte: Deloitte Touche Tohmatsu Limited.

²⁰⁴ CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia Programas de Compliance**. Janeiro/2016. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2023.

²⁰⁵ DELOITTE. Integridade Corporativa no Brasil. **Evolução do compliance e das boas práticas empresariais nos últimos anos Pesquisa 2022**. Disponível em: <<https://rbpcimagens.s3.sa-east-1.amazonaws.com/pesquisa-integridade-corporativa-brasil-2022.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2023.

Milena Donato Oliva e Rodrigo da Guia Silva, ao abordarem o tratamento do *compliance* pelo direito positivo, pontificam que “assiste-se, progressivamente, a atribuição de efeitos jurídicos ao *compliance*, que é tratado na legislação como”²⁰⁶:

(i) prática incentivada por meio da previsão legal de consequências favoráveis (v. g. dosimetria da pena) ou (ii) obrigação legal em sentido estrito (como no caso da imposição, pela legislação federal, da obrigatoriedade de as empresas estatais adotarem programas de *compliance*). Além disso, verifica-se uma gradual expansão, por parte da jurisprudência, da utilização na noção de *compliance* como parâmetro interpretativo para a resolução de questões as mais variadas envolvendo a atividade empresarial²⁰⁷.

Vê-se, portanto, que são muitos os benefícios decorrentes da adoção de programas de integridade pelas empresas. Entretanto, Ricardo Villas Boñas Cueva e Ana Frazão advertem que “os programas de *compliance* também podem representar perigos para a empresa, seja porque fundados em premissas falsas, seja porque mal executados”²⁰⁸. Prosseguem os autores, afirmando:

Assim, pode ocorrer o agravamento das sanções quando os programas tenham sido mal concebidos ou mal implementados. Um programa de fachada, que não preencha os requisitos mínimos ou que os preencha apenas formalmente, pode de fato resultar em penalidades maiores do que aquelas que seriam aplicáveis em sua ausência. Em segundo lugar, o programa de *compliance* pode mascarar a indevida transferência de responsabilidade dos administradores da empresa para o *compliance officer*. Frequentemente se diz que o *compliance officer* ocupa posição de garante que o obriga a evitar que os empregados cometam ilícitos relacionados com a atividade empresarial. Tal posição de garante, contudo, corresponde a um dever derivado, não originário. O dever de conhecimento dos órgãos da administração da empresa é originário, sendo complementado pelo dever derivado do responsável pelo cumprimento de apresentar relatórios. Do mesmo modo, o dever originário de fiscalização dos órgãos de administração é complementado pelo dever de vigilância (derivado) do responsável pelo cumprimento. Finalmente, há também o perigo de que os programas de *compliance* estimulem inspeções e auditorias internas excessivamente agressivas, em desrespeito a direitos fundamentais dos empregados, como a violação de sua privacidade ou a realização de interrogatórios que obriguem à autoincriminação²⁰⁹.

²⁰⁶ OLIVA, Milena Donato; SILVA, Rodrigo da Guia. Origem e evolução história do *compliance* no direito brasileiro. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 33.

²⁰⁷ *Ibidem*.

²⁰⁸ CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 61.

²⁰⁹ *Ibidem*

Ricardo Villas Bôas Cueva e Ana Frazão comentam que o principal desafio a ser vencido pelas empresas consiste no que ele denomina de “redefinição da cultura empresarial”, que na verdade é a “primeira condição de eficácia de um programa de *compliance*”²¹⁰.

Dito isso, a empresa deverá envidar esforços para consolidar a “cultura de cumprimento” pelos administradores e empregados da empresa, pautando suas condutas em conformidade com o Direito.

Na visão dos autores, “atingir essa meta é difícil, pois as empresas visam lucro e agem segundo o binômio benefício/perda, não se orientando pelo binômio justo/injusto, sendo o Direito, para elas, fator de perturbação”²¹¹.

Nessa mesma linha de raciocínio, Ana Frazão e Angelo Gamba Prata de Carvalho asseveram que:

É preciso, por conseguinte, trabalhar para que programas de *compliance* operem satisfatoriamente na alteração da cultura corporativa de uma empresa, de maneira a incutir nas mentes de seus integrantes um sentimento orientado e informado de respeito ao ordenamento jurídico e à própria ética. Para tanto, não basta replicar fórmulas já prontas e repetidas em códigos de conduta que não guardam qualquer relação com o dia a dia das empresas. É imprescindível que programas de *compliance* sejam estruturados segundo as demandas de cada setor e de cada empresa, de sorte a tratar seus problemas singulares da maneira mais adequada possível e, portanto, externar de maneira mais eficaz o comprometimento daquela empresa específica com uma cultura de *compliance*²¹².

Em interessante artigo intitulado “Quem precisa de programas de integridade (*compliance*)?”, de autoria de Thiago Marrara, o autor nos informa que “a realidade empresarial brasileira é a de empresa de menor porte”, e segundo o SEBRAE, “das aproximadamente 6,5 milhões de empresas brasileiras, cerca de 99% são

²¹⁰ CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. **Compliance**: perspectivas e desafios dos programas de conformidade. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 61.

²¹¹ *Ibidem*.

²¹² FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. Corrupção, cultura e compliance: o papel das normas jurídicas na construção de uma cultura de respeito ao ordenamento. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). **Compliance**: perspectivas e desafios dos programas de conformidade. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 147.

microempresas (ME), ou empresas de pequeno porte (EPP) e, destas, 57% são familiares”²¹³.

Diante dessa realidade, Thiago Marrara argumenta que “é preciso pensar em estratégias de adaptação dos programas de *compliance* para essas empresas de menor porte, com reduzido corpo de funcionários e baixo capital”²¹⁴.

Na visão de Thiago Marrara, “programas reservados apenas a grandes empresas, ou seja, a 1% das empresas, serão obviamente incapazes de promover a mudança de ambiente institucional que se espera”²¹⁵.

De fato, quando se pensa em *compliance*, tendenciosamente associamos às empresas de grande porte econômico, e isso se deve, entre outros fatores, em razão dos custos que envolve a implementação de programas de integridade pelas empresas.

E com razão, o autor alerta que não basta impor a adoção dos programas de *compliance* “goela abaixo, por exemplo, mediante leis que obriguem a adoção da política”. Na ótica de Marrara, o Estado precisa ir além de simplesmente legislar. “Necessita oferecer apoio, suporte, recursos materiais, conhecimento e recursos financeiros para que esses entes, mais vulneráveis e desestruturados, possam também contribuir com a prevenção da corrupção”²¹⁶.

Embora o tema será melhor analisado no capítulo referente à avaliação quanto à efetividade dos programas de *compliance*, uma preocupação que se deve ter em mente é o combate aos programas de integridade de fachada.

Nesse desiderato, Ana Frazão e Ana Rafaela Martinez Medeiros lecionam que para “minimizar os riscos de programas que só existem no papel, devem ser reforçados os elementos que funcionam mesmo sem a existência de uma direção

²¹³ MARRARA, Thiago. Quem precisa de programas de integridade (compliance)? In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 277.

²¹⁴ *Ibidem*.

²¹⁵ *Ibidem*.

²¹⁶ *Ibidem*.

empresarial disposta a cumpri-los, a exemplo de *compliance officers* externos, auditores externos etc.”²¹⁷.

Outra estratégia citada pelas autoras é a “exigência de informações sobre o funcionamento do *compliance* pelo Estado, especialmente nos setores envolvidos em riscos mais acentuados”²¹⁸.

Obviamente, qualquer programa de *compliance* que venha a ser adotado pela empresa não impede, em absoluto, a prática de ilícitos no ambiente corporativo. Entretanto, tal fato, por si só, não conduz à conclusão que o programa de *compliance* é inefetivo, e, portanto, de fachada.

Nessa perspectiva, preciosas são as lições das autoras acima mencionadas, que diante da importância para o tema não se pode deixar de transcrever:

[...] o primeiro passo nessa avaliação deve ser a compreensão pela autoridade estatal de que o programa de *compliance* não constitui uma obrigação de resultado, mas de meio, não sendo possível, a partir da mera violação, inferir ou declarar a inefetividade dos controles externos. De fato, a implementação de um programa de *compliance* robusto não garante que não serão praticados ilícitos. Os controles internos minimizam os riscos de práticas indevidas, mas não existem limites inerentes a quaisquer formas de controle. Além das falhas humanas, controles internos podem, eventualmente, ser driblados caso exista um conluio entre um grupo de pessoas. A advertência consta das *US Sentencing Guidelines*, que, ao estabelecerem parâmetros para a avaliação da efetividade dos programas de *compliance*, fizeram a ressalva expressa de que ‘a falha na prevenção ou na detenção de um delito pontual não significa necessariamente que o programa de *compliance* não seja, de maneira geral, efetivo na prevenção e na detecção de condutas criminais’. De fato, o objetivo de um programa de *compliance* não é assegurar, de maneira infalível, que não haverá o cometimento de ilícitos. É claro que um programa de *compliance* coeso, implementado de maneira apropriada, diminui consideravelmente os riscos de violação à legislação e/ou da prática de condutas antiéticas, mas a efetividade também está atrelada ao desenvolvimento de estruturas adequadas para a detecção e para a correção de falhas e infrações²¹⁹.

²¹⁷ FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. Desafios para a efetividade dos programas de compliance. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). **Compliance: perspectivas e desafios** dos programas de conformidade. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 91.

²¹⁸ *Ibidem*.

²¹⁹ *Ibidem*.

Nesse contexto, as autoras ressaltam que a falha na detecção de atos ilícitos praticados no seio da empresa não compromete a efetividade do programa de *compliance*, e o que mais importa é a reação da empresa ao detectar a prática de atos ilegais, de modo que essa atitude é que servirá como “forte indicativo do compromisso da empresa com o respeito às normas legais e aos parâmetros éticos”²²⁰.

Na visão de Ana Frazão e Ana Rafaela Martinez Medeiros, se o descumprimento das normas de *compliance* deu-se em decorrência de riscos que “não foram adequadamente antevistos e/ou apropriadamente manejados”, deve a empresa “promover alterações no programa de *compliance* e reforçar os controles internos para reduzir a probabilidade de que surjam problemas semelhantes no futuro”²²¹.

Nessa mesma linha de raciocínio, Carla Veríssimo preleciona que “o cometimento de um ato ilícito por um empregado, no âmbito das atividades da empresa, não significa, por si só, que o programa de *compliance* seja inefetivo”²²².

O fundamental é verificar se o ato cometido foi um ponto fora da curva, e que não poderia ter sido evitado nem mesmo pelo mais perfeito programa de *compliance* ou se, por outro lado, é a ponta do iceberg sob o qual se esconde um déficit estrutural do programa, ou até mesmo, a característica de ser apenas um programa de papel, de fachada²²³.

Vê-se, portanto, que o ideal que se almeja nos programas de *compliance* é evitar o cometimento de delitos no ambiente corporativo. Todavia, ainda que se adote todas as cautelas possíveis, o risco da superveniência de atos ilícitos sempre existirá, de sorte que a reação da empresa diante desse incidente (ocorrência de delitos), entre outros aspectos, é que norteará o intérprete ao analisar a efetividade do programa de *compliance* implementado pela sociedade empresária.

²²⁰ FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. Desafios para a efetividade dos programas de compliance. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 91.

²²¹ *Ibidem*.

²²² VERÍSSIMO, Carla. **Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorruptivas**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 304-305.

²²³ *Ibidem*.

4.2. Os marcos normativos do *compliance* no ordenamento jurídico brasileiro

A evolução do *compliance* em nosso ordenamento vem avançando de forma paulatina, conforme se depreende dos marcos normativos. Nas palavras de Milena Donato Oliva e Rodrigo da Guia Silva, “é comum se invocar como importante marco internacional do *compliance* as *U.S. Sentencing Guidelines* de 1991”²²⁴, que se tratam de diretrizes endereçadas aos juízes norte-americanos para julgamentos de crimes federais envolvendo empresas.

No caso do Brasil, os autores informam que, “sobretudo a partir da transição da década de 1990 para a primeira década do século XXI, verificou-se o progressivo reconhecimento legislativo da relevância do *compliance*”²²⁵.

Por sua vez, Helena Regina Lobo da Costa e Marina Pinhão Coelho Araújo esclarecem que no Brasil, a aplicação do *compliance* teve início no campo financeiro, constituindo uma exigência da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e do Banco Central do Brasil (BACEN) para o desenvolvimento de determinadas atividades econômicas²²⁶. Posteriormente, o *compliance* expandiu-se para os diversos ramos da atividade empresarial.

Na seara criminal, os marcos normativos do *compliance* são mais evidentes. Nesse sentido, Carla Veríssimo relata que a exigência da adoção do *compliance* deu-se com a introdução no Brasil da legislação que criminalizou a lavagem de dinheiro – Lei n. 9.613/1998. A autora aponta a lei antilavagem como a origem do *compliance* criminal no Brasil²²⁷.

A lei em questão estabeleceu que as pessoas físicas e jurídicas sujeitas aos mecanismos de controle, na forma dos arts. 10 e 11, são obrigadas “à identificação

²²⁴ OLIVA, Milena Donato; SILVA, Rodrigo da Guia. Origem e evolução história do *compliance* no direito brasileiro. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 32.

²²⁵ *Ibidem*.

²²⁶ COSTA, Helena Regina Lobo; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Compliance e o julgamento da APN 470*. **Revista Brasileira de Ciências Jurídicas Criminais**. v. 106, 2014.

²²⁷ VERÍSSIMO, Carla. **Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorruptivas**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 15.

dos clientes e manutenção de cadastros, ao registro das transações e à comunicação de operações suspeitas à unidade de inteligência financeira”.

Diante disso, Carla Veríssimo informa que os sistemas reguladores dos setores financeiro e não financeiro editaram normas detalhando os deveres de *compliance*, *verbi gratia*, Circular n. 3.461/2009 do BACEN; Instrução n. 301/1999 da CVM; Circular 445/2012 da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP); Resolução n. 24/2013 do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF)²²⁸.

Carla Veríssimo ainda lembra que com o advento da Lei n. 12.683/2012, houve o acréscimo do art. 10 à Lei n. 9.613/1998, resultando na “adoção de políticas, procedimentos e controles internos compatíveis com o porte e volume de operações das pessoas físicas e jurídicas”, sendo que a Lei n. 12.683/2012 “expandiu o âmbito dos sujeitos obrigados aos deveres de *compliance*, com inclusão de novos incisos ao art. 9º²²⁹.

Do mesmo modo, Renato Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz asseveram que “a Lei de Lavagem de Dinheiro verdadeiramente inaugurou um certo sistema de *compliance* na realidade brasileira” e que ao dispor que determinadas pessoas (físicas e jurídicas) são obrigadas “a identificar seus clientes e manter registros dos mesmos, e, por outro lado, comunicar certas operações financeiras, tudo com vistas ao evitamento de crime, perfaz uma noção de criminal *compliance*”²³⁰.

Vale destacar, ainda, que em razão de obrigações decorrentes de convenções internacionais firmadas pelo Brasil no combate à corrupção, sobreveio a edição da Lei n. 12.846/2013²³¹, conhecida como Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa, cujo inciso VIII, do art. 7º estabelece que serão levados em consideração na aplicação de sanções, a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.

²²⁸ VERÍSSIMO, Carla. **Compliance**: incentivo à adoção de medidas anticorruptivas. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 15.

²²⁹ *Ibidem*.

²³⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 180.

²³¹ Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

Trata-se de outro importante marco normativo, reconhecendo o programa de *compliance* como fator de redução de pena de multa aplicada em decorrência da prática de atos lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira. Oportuno mencionar que a Lei n. 12.846/2013 não trata de responsabilização criminal, mas, sim, de responsabilidade na esfera civil e administrativa.

Além disso, nos termos do Decreto n. 8.420/2015, que detalha a forma do cálculo da multa administrativa no âmbito federal, alerta Carla Veríssimo que a lei atribuiu aos programas de integridade o efeito de influir apenas no cálculo da multa administrativa, sendo que nenhum efeito foi previsto no tocante às sanções civis, impostas por processo judicial²³².

Na ótica da autora, isso em nada contribui para “o fomento de uma cultura de ética nas empresas brasileiras”²³³ e que tal aspecto não passou despercebido pelos avaliadores da OCDE²³⁴ quando em visita ao Brasil, “[...] os quais manifestaram preocupação pelo fato de que a limitação do impacto do *compliance* à esfera administrativa iria diminuir consideravelmente o incentivo para as empresas adotarem e implementarem esses programas”²³⁵.

Por fim, importante destacar a Resolução n. 410, do Conselho Nacional de Justiça, editada em 23 de agosto de 2021, que dispõe sobre normas gerais e diretrizes para a instituição de sistemas de integridade no âmbito do Poder Judiciário.

Trata-se de regramento inédito, no sentido de estabelecer normas gerais para sistemas de integridade no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. Nessa diretriz, o art. 2º da Resolução em questão estabelece que os órgãos do Poder Judiciário poderão contar com sistemas de integridade, cujos principais objetivos serão a disseminação e a implementação de uma cultura de integridade e a promoção de medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, à detecção e à punição de fraudes e demais irregularidades, bem como à correção das falhas sistêmicas identificadas.

²³² VERÍSSIMO, Carla. **Compliance**: incentivo à adoção de medidas anticorruptivas. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 17.

²³³ *Ibid.*, p. 243.

²³⁴ Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE.

²³⁵ VERÍSSIMO, Carla. **Compliance**: incentivo à adoção de medidas anticorruptivas. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 243.

Assim, o *compliance* repercutiu no Conselho Nacional de Justiça, que reconhecendo a importância do tema, editou uma Resolução específica disciplinando a adoção de programa de integridade no âmbito do Poder Judiciário nacional. Nesse sentido, o art. 4º preceitua que o *compliance* é um dos elementos fundamentais que devem nortear o sistema de integridade dos órgãos do Poder Judiciário.

De outro lado, o art. 5º, inciso II, para fins do disposto na Resolução n. 410, conceitua o *compliance* como um conjunto de mecanismos e procedimentos de controle interno, auditoria, incentivo à denúncia de irregularidades e de aplicação efetiva do código de conduta ética, políticas e diretrizes com objetivo de prevenir, detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados por membros ou servidores do Poder Judiciário.

Outrossim, o inciso IV, do mesmo artigo, define gestão de riscos como o processo de natureza permanente, estabelecido, direcionado e monitorado pela alta administração, que contempla as atividades de identificar, avaliar e gerenciar potenciais eventos que possam afetar a organização dos órgãos do Poder Judiciário, destinado a fornecer segurança razoável quanto à realização de suas atividades.

Por sua vez, o art. 6º cria o “Comitê de Integridade do Poder Judiciário (CINT)”, que terá como finalidade assessorar o Presidente do Conselho Nacional de Justiça na implementação do sistema de integridade indicado na Resolução, realizar o seu monitoramento e sugerir aprimoramentos a partir das melhores práticas nacionais e internacionais, sendo que os Tribunais poderão solicitar ao Presidente do CNJ o auxílio do CINT para a implementação e o aprimoramento de seus sistemas de integridade (parágrafo único do art. 6º).

Nota-se, portanto, o empenho por parte do Conselho Nacional de Justiça em inserir a cultura do *compliance* na rotina de atividades do Poder Judiciário, em consonância com a necessidade de se implementar um novo modelo de gestão e de governança no Poder Judiciário, seguindo a legislação brasileira em vigor, as diretrizes dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU e as Recomendações do Conselho da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), de modo a disseminar a cultura de integridade e a aprimorar os mecanismos de prevenção, detecção e correção de condutas ilícitas e antiéticas.

Ilustrando a importância da implementação do *compliance* no Poder Judiciário, no dia 31 de julho de 2023, o CNJ lançou uma pesquisa com o objetivo de medir o interesse de servidores, magistrados e colaboradores do Poder Judiciário em capacitações nos temas de integridade e *compliance* e a familiaridade desse público com os temas.

A pesquisa consiste em um questionário composto por 13 (treze) questões, objetivando avaliar a experiência do profissional com o tema, incluindo práticas na área de integridade e *compliance*, participação em cursos e treinamentos e nível de conhecimento da Resolução 410/2021.

Trata-se de pesquisa inédita aplicada na Justiça Estadual, sendo que em 2021 uma pesquisa foi realizada nos mesmos moldes, com o intuito de medir a maturidade dos programas de integridade e *compliance* em 96 (noventa e seis) órgãos das Justiça Federal, Eleitoral, do Trabalho e Militar.

O estudo²³⁶ em questão apurou que a maioria dos órgãos do Poder Judiciário desconhecia ou não tinha um programa de integridade e *compliance* implementado e tampouco promovia capacitações na área. Os resultados dessa pesquisa contribuíram para a formulação da Resolução nº 410.

À título de esclarecimento, a pesquisa realizada junto aos órgãos da Justiça Estadual encontra-se em andamento no momento em que esta tese é escrita, razão pela qual os dados coletados ainda não foram divulgados pelo CNJ.

4.3. Requisitos básicos de um programa de *compliance* efetivo

De início, é preciso enfatizar que inexistente um modelo de programa de *compliance* “padrão”, que sirva de diretriz a ser seguida pelas empresas. No entanto,

²³⁶ Informação extraída do portal do CNJ. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisa-medira-interesse-do-judiciario-em-capacitacoes-de-integridade-e-compliance/>>. Acesso em: 05 agosto de 2023.

há quem defenda a existência de requisitos mínimos ou básicos que os programas de *compliance* devem atender.

Nesse sentido, Ilana Martins Luz leciona que embora não exista uma fórmula pronta e acabada para todos os programas de *compliance*, “é possível, com base em documentos legislativos, recomendações de órgãos supranacionais, análise de casos concretos e, sobretudo, de acordos firmados com o poder público, estabelecer pilares ou requisitos básicos”²³⁷ para a estruturação dos referidos programas.

Nessa mesma toada, Ana Frazão e Ana Rafaela Martinez Medeiros pontuam que “é possível extrair, tanto dos guias e documentos internacionais quando do Decreto nº 8.420/20115, as diretrizes básicas”²³⁸ que deverão nortear a estruturação de um programa de *compliance* efetivo.

Nessa trilha, os requisitos básicos comumente citados pela doutrina especializada são:

4.3.1. Análise e avaliação dos riscos

A avaliação dos riscos é o primeiro na implementação de um programa de *compliance*. Ana Frazão e Ana Rafaela Martinez Medeiros alertam que “trata-se de tarefa bastante complexa, cujo desempenho inadequado poderá comprometer seriamente a efetividade do programa de *compliance*”²³⁹.

Além disso, conforme pontuado pelas autoras, se o que se pretende é minimizar a probabilidade da prática de atos ilícitos no ambiente corporativo, “a

²³⁷ LUZ, Ilana Martins. **Compliance e omissão imprópria**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 116.

²³⁸ FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. Desafios para a efetividade dos programas de compliance. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 92 e ss.

²³⁹ *Ibidem*.

primeira tarefa deve ser verificar, cuidadosamente, os pontos de vulnerabilidades a que está submetida a empresa”²⁴⁰.

Compartilhando desse mesmo entendimento, Carla Veríssimo reputa essencial a identificação e a análise dos riscos aos quais a empresa está sujeita, “levando em consideração aspectos específicos daquela empresa, ou seja, seu porte, ramo de atividade, base territorial etc.”, devendo ser analisados também “os riscos legais e reputacionais que poderão advir da ocorrência de atos ilícitos, e que o programa de *compliance* pretende mitigar”²⁴¹.

A análise e avaliação dos riscos contribui para que medidas preventivas sejam tomadas a fim de mitigar a concretização do risco. Além disso, a avaliação deve ser periódica, contínua, pois, conforme observa Carla Veríssimo, “sem avaliação continuada de riscos não há como saber: 1) se o risco foi corretamente avaliado como baixo; 2) se não houve modificação na situação ou circunstâncias, de forma a aumentar o risco”²⁴².

Os riscos devem ser avaliados em razão de seu significado, frequência, tipo e alcance de possíveis danos (prejuízos), sendo organizados em uma escala, em razão de sua intensidade (alto risco, risco moderado, baixo risco). A identificação e avaliação desses riscos deve ser revista e atualizada com alguma frequência, para garantir que modificações na situação sejam levadas em conta no programa de *compliance*. [...] Aprender com os defeitos e problemas do passado e adotar medidas corretivas faz com que o programa de *compliance* seja melhor, no futuro. Por outro lado, as revisões periódicas para adequá-lo a novas exigências legais ou regulamentares, ou ainda, a novos riscos, melhor será feita por um avaliador externo e independente, com conhecimentos especializadas na matéria²⁴³.

A adequada detecção de riscos, além disso, exige uma abertura constante da empresa para considerar e para reagir ante as falhas e gargalos apontados por todos aqueles que se relacionam com a empresa. Exatamente por isso, costuma-se apontar como uma das diretrizes básicas para a instituição de programas de *compliance* bem-sucedido a revisão periódica dos riscos e a atualização das normas e procedimentos internos²⁴⁴.

²⁴⁰ FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. Desafios para a efetividade dos programas de compliance. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 92 e ss.

²⁴¹ VERÍSSIMO, Carla. **Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorruptivas**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 279.

²⁴² *Ibid.*, p. 280.

²⁴³ *Ibid.*, p. 282; 303.

²⁴⁴ FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. Desafios para a efetividade dos programas de compliance. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 97.

A análise de riscos envolve uma série de fatores, entre eles, os países com que a empresa se relaciona, seu ramo de atividade, a celebração de contratos com a Administração Pública. Além disso, o mapeamento de riscos é importante na medida em que identifica aquelas áreas que exigem maior atenção e alocação prioritária de recursos financeiros.

O dinamismo é inerente à atividade empresarial. Dito isso, o *compliance* não pode constituir um obstáculo à gestão da empresa, a ponto de engessa-la, devendo, pois, haver uma sincronia entre o programa de integridade e a gestão empresarial, sem que um prejudique o regular funcionamento do outro.

Nesse sentido Ana Frazão e Ana Rafaela Martinez Medeiros asseveram que:

Na detecção de riscos, todavia, é necessário ter cuidado para que eventuais exageros não acabem transformando o programa de *compliance* em um verdadeiro obstáculo para o exercício da atividade empresarial. O que se pretende é identificar as áreas mais sensíveis e instituir mecanismos adequados para minimizar os riscos de responsabilização da empresa, mas não se pode, a pretexto disso, engessar demais a gestão empresarial. O desafio está justamente em encontrar esse equilíbrio²⁴⁵.

4.3.2. Código de Ética

A elaboração de um código de ética é apontado como um dos requisitos básicos para a implementação de um programa de *compliance*. O código de ética consiste em um documento no qual se encontram os valores e princípios a serem observados pelos funcionários, administradores e parceiros comerciais da empresa, além de prescrever as condutas autorizadas ou vedadas no ambiente corporativo.

Ana Frazão e Ana Rafaela Martinez Medeiros lembram que o Código de Ética cumpre a relevante função de traduzir, em linguagem mais simples e de fácil

²⁴⁵ FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. Desafios para a efetividade dos programas de compliance. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 97.

compreensão, “os diversos deveres legalmente exigíveis tanto da empresa como das pessoas naturais que dela fazem parte”²⁴⁶.

Por sua vez, Carla Veríssimo dispõe que o estabelecimento de normas legais e éticas são necessárias e devem vincular todos os membros da empresa, “de forma que cada empregado ou dirigente saiba, exatamente, que tipo de comportamento é esperado dele e quais ações violariam o código de ética e o programa de *compliance*”²⁴⁷.

4.3.3. Comprometimento da alta liderança da empresa (“alta cúpula”)

Ilana Martins Luz destaca que o comprometimento da alta cúpula da empresa é indispensável para o êxito do programa de *compliance* e que “apesar do *compliance* destinar-se a todos os membros da organização, o exemplo dos superiores tem papel fundamental na postura dos empregados e subordinados dentro da sociedade empresária”²⁴⁸.

De acordo com a autora, o manual do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União, o comprometimento da alta liderança da empresa é um dos cinco pilares para um programa efetivo de *compliance*.

A seu turno, no magistério de Ana Frazão e Ana Rafaela Martinez Medeiros, trata-se de requisito denominado “*tone from the top*”, em que os administradores sinalizam, de forma clara e inequívoca, “que a empresa está plenamente comprometida com o desenvolvimento de uma cultura organizacional na qual a ética

²⁴⁶ FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. Desafios para a efetividade dos programas de compliance. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 98.

²⁴⁷ VERÍSSIMO, Carla. **Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorruptivas**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 285.

²⁴⁸ LUZ, Ilana Martins. **Compliance e omissão imprópria**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 127.

e a observância das leis assumem papel prioritário”, e para tanto, “não basta o mero discurso, mas são necessários exemplos”²⁴⁹.

[...], o compromisso da alta administração deve traduzir-se na existência de um apoio concreto para a implementação de uma estrutura de *compliance* adequada, na qual sejam assegurados os recursos necessários para sua efetividade. Isso porque, embora nem todas as medidas demandem gastos, é certo que a implementação do programa dependerá de níveis razoáveis de investimento. Uma demonstração de que a alta administração está comprometida com o *compliance* é a outorga de poderes e autonomia adequados para que as áreas de *compliance* possam realizar investimentos, mesmo sem a autorização das áreas comerciais. Além disso, a alta administração deve participar, ativamente, da supervisão do programa de *compliance*, devendo ser informada sobre os problemas identificados, até para que possa promover a revisão do programa se necessário²⁵⁰.

4.3.4. A designação de oficial de cumprimento (*compliance officer*) com estabilidade, autonomia e independência funcional

A adoção do *compliance* pela empresa demanda a indicação de um colaborador (funcionário), que assumirá a responsabilidade pela execução, supervisão e fiscalização do referido programa no âmbito corporativo.

Carla Veríssimo esclarece que deve haver uma pessoa encarregada do funcionamento do programa de *compliance*, responsável por prestar contas regularmente à direção da empresa: é o oficial de cumprimento, ou *compliance officer*²⁵¹.

²⁴⁹ FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. Desafios para a efetividade dos programas de compliance. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 98.

²⁵⁰ *Ibidem*.

²⁵¹ VERÍSSIMO, Carla. **Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorruptivas**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 290.

No caso de haver na estrutura organizacional da empresa, um departamento de *compliance* estruturado, integrado por profissionais especializados no tema, com autonomia e independência funcional da direção da empresa, o chefe deste departamento é denominado *Chief Compliance Officer* (CCO).

Conforme observa Ana Frazão e Ana Rafaela Martinez Medeiros, a efetividade do *compliance* está condicionada à garantia de determinado nível de autonomia, que se apresenta, por exemplo, na disponibilização de recursos (material e humano) suficientes para o funcionamento independente do programa²⁵².

Ilana Martins Luz faz uma sugestão pertinente acerca da estabilidade do oficial de cumprimento:

Além da independência, é fundamental que este profissional tenha autonomia e estabilidade na empresa, evitando-se, assim, que sua atuação seja limitada temendo as represálias que pode sofrer. Neste contexto, é interessante um contrato de estabilidade com o profissional, nos moldes similares ao que já existe no Direito Brasileiro nos casos do Dirigente Sindical (previsto no artigo 535, § 3º da Consolidação das Leis do Trabalho) e do membro da Comissão Interna para a Prevenção de Acidentes do Trabalho (previsto no artigo 10, inciso II, alínea “a” do Ato das Disposições Constitucionais e Transitórias)²⁵³.

O oficial de cumprimento é um dos personagens fundamentais quando se analisa a responsabilidade penal do dirigente de empresa. A relação jurídica envolvendo o oficial de cumprimento e o dirigente de empresa, conforme se verá, é crucial para se estabelecer critérios técnicos na difícil e árdua tarefa de se apurar a culpabilidade do dirigente de empresa, por infrações penais cometidas em decorrência da atividade empresarial.

²⁵² FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. Desafios para a efetividade dos programas de compliance. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 99.

²⁵³ LUZ, Ilana Martins. **Compliance e omissão imprópria**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 133.

4.3.5. Existência de canais de comunicação

Um programa de *compliance* eficiente deve contar com canais de comunicação para apresentação de denúncias e práticas ilegais e/ou vedadas pelo Código de Ética/Conduta da empresa. Canais de comunicação consistem no instrumental necessário e indispensável a fim de que o dirigente empresarial, o diretor e os demais órgãos da empresa (Conselho de Administração, Conselho Fiscal, por exemplo) tomem ciência de atos ilegais, permitindo a adoção imediata de medidas necessárias para prevenir e/ou coibir o cometimento de condutas semelhantes.

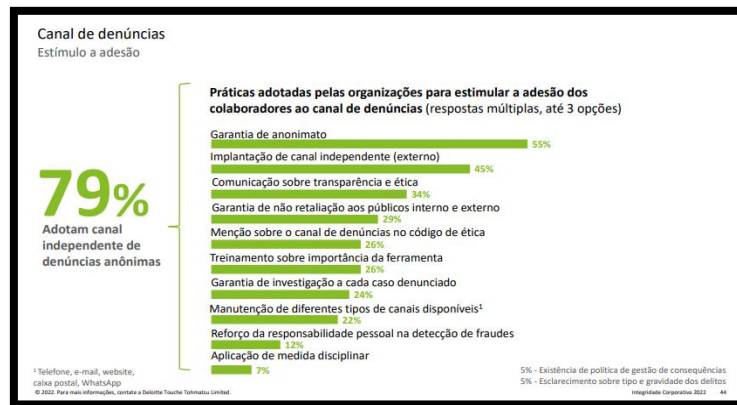
Além disso, a existência de canais de comunicação permite que o *compliance officer* investigue as denúncias que cheguem ao seu conhecimento, reportando, se for o caso, à alta cúpula da empresa.

Sobre a importância dos canais de comunicação para a eficiência e aprimoramento dos programas de *compliance*, vale citar novamente a pesquisa já mencionada²⁵⁴, que nos fornece dados sobre o requisito em análise.



Fonte: Deloitte Touche Tohmatsu Limited.

²⁵⁴ DELOITTE. Integridade Corporativa no Brasil. **Evolução do compliance e das boas práticas empresariais nos últimos anos Pesquisa 2022**. Disponível em: <<https://rbpcimagens.s3.sa-east-1.amazonaws.com/pesquisa-integridade-corporativa-brasil-2022.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2023.



Fonte: Deloitte Touche Tohmatsu Limited.

4.3.6. Monitoramento e revisão contínuos do programa de *compliance*

A efetividade do *compliance* demanda o monitoramento, acompanhamento e revisão contínuos do programa. Conforme lembra Ilana Martins Luz, os programas de *compliance* são procedimentos dinâmicos²⁵⁵, ou seja, estão em constante modificação e aprimoramento, daí a importância da vigilância e revisão constantes, a fim de identificar a verificação de novos riscos que surgirem durante o funcionamento do programa, permitindo, dessa forma, os ajustes necessários para prevenir tais riscos.

Nessa mesma toada, Ana Frazão e Ana Rafaela Martinez Medeiros destacam que é imprescindível o monitoramento contínuo do programa, “para checar se seus destinatários estão efetivamente cumprindo o previsto nos Códigos de Ética e Conduta bem como reagindo adequadamente às falhas ou violações”²⁵⁶.

²⁵⁵ LUZ, Ilana Martins. **Compliance e omissão imprópria**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 137.

²⁵⁶ FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. Desafios para a efetividade dos programas de compliance. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 101.

Esse monitoramento impõe a realização de avaliações periódicas do programa, para identificar eventuais falhas e corrigi-las o mais rápido possível. O monitoramento serve, portanto, para identificar os mecanismos que não estão funcionando adequadamente e devem ser aperfeiçoados. Paralelamente ao monitoramento, é essencial que haja também a atualização do programa de *compliance*. Identificados novos riscos, deve haver a adaptação do programa. Um programa de *compliance* defasado pode acabar tornando-se inócuo. A necessidade de atualização pode decorrer de mudanças regulatórias, mas também de alterações promovidas na estratégia de negócios e/ou na estrutura societária de empresa²⁵⁷.

A “Integridade corporativa no Brasil - Evolução do *compliance* e das boas práticas empresariais nos últimos anos”²⁵⁸, pesquisa realizada pela Deloitte Touche Tohmatsu, aponta que 58% das empresas pesquisadas utilizam sistemas ou ferramentas que permitem acompanhar a execução do programa de *compliance*.



Fonte: Deloitte Touche Tohmatsu Limited.

²⁵⁷ FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. Desafios para a efetividade dos programas de compliance. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 101.

²⁵⁸ DELOITTE. Integridade Corporativa no Brasil. **Evolução do compliance e das boas práticas empresariais nos últimos anos Pesquisa 2022**. Disponível em: <<https://rbpcimagens.s3.sa-east-1.amazonaws.com/pesquisa-integridade-corporativa-brasil-2022.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2023.

4.3.7. Cultura corporativa de *compliance*

O engajamento dos funcionários da empresa bem como de todos aqueles que com ela mantém relação negocial é fundamental para a efetividade do programa de *compliance*. De nada adianta a adoção de programa de integridade pela empresa, se não há o comprometimento de seus funcionários em alinhar sua conduta às normas estabelecidas no programa de *compliance*.

Diante disso, é importante incorporar o *compliance* à cultura dos negócios da empresa, e ao modo de agir dos funcionários da corporação. Outrossim, deve haver a difusão e promoção da cultura do *compliance* no ambiente empresarial, contando com a adesão de todos aqueles que integram ou mantem relação jurídica com a empresa.

Ana Frazão e Ana Rafaela Martinez Medeiros prelecionam que “a efetividade do programa será tanto maior quanto mais o *compliance* deixar de ser visto como um entrave para o desenvolvimento empresarial e passar a ser considerado como uma regra fundamental, que assegura segurança e estabilidade ao negócio”²⁵⁹.

Decorrente da cultura corporativa do *compliance* é o treinamento adequado e constante dos funcionários integrantes da base ao topo da hierarquia da empresa, de modo que todos tenham ciência e assimilem os valores e regras de conduta adotadas pelo programa de integridade.

Isso permite aos destinatários a compreensão de que o *compliance* deve ser visto como um referencial de conduta, ou seja, o comportamento que deles se espera.

²⁵⁹ FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. Desafios para a efetividade dos programas de compliance. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 101.

Nesse sentido a pesquisa anteriormente mencionada²⁶⁰, onde é possível verificar a periodicidade do treinamento dos funcionários acerca do *compliance*.

Iniciativas de gestão de riscos

Periodicidade de treinamento em integridade

	Mês	Bimestre	Quadrimestre	Semestre	Anual	Renovação de contrato
Alta administração	4% das empresas	3% das empresas	8% das empresas	8% das empresas	69% das empresas	8% das empresas
Funcionários	6% das empresas	6% das empresas	8% das empresas	12% das empresas	63% das empresas	5% das empresas
Fornecedores	0% das empresas	2% das empresas	0% das empresas	6% das empresas	32% das empresas	60% das empresas

Fonte: Deloitte Touche Tomatsu.

Esses são, portanto, os requisitos básicos mais citados pela doutrina especializada, para que um programa de *compliance* seja considerado efetivo.

A presença de tais requisitos é importante, na medida em que permite distinguir um programa de *compliance* efetivo daquele programa de fachada, servindo de parâmetro ao intérprete na avaliação quanto à efetividade do programa de integridade.

Nesse sentido, Helena Regina Lobo da Costa e Marina Pinhão Coelho Araújo pontuam que:

[...] para determinar o que é efetivo, o FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act*) nomeia alguns critérios que podem ser reproduzidos no sistema brasileiro, tais quais: a criação de um manual de conduta escrito e distribuído a todos os colaboradores, a nomeação de um *compliance officer*, o treinamento habitual e adequado dos colaboradores e fornecedores, sistema eficiente de recebimento de denúncias, e a punição das condutas indesejadas no formato descrito no manual²⁶¹.

²⁶⁰ DELOITTE. Integridade Corporativa no Brasil. **Evolução do compliance e das boas práticas empresariais nos últimos anos Pesquisa 2022**. Disponível em: <<https://rbpcimagens.s3.sa-east-1.amazonaws.com/pesquisa-integridade-corporativa-brasil-2022.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2023.

²⁶¹ COSTA, Helena Regina logo da; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Compliance e o julgamento da APn 470. **Revista brasileira de ciências criminais**, v. 106, 2014.

Também abordando acerca da efetividade dos programas de *compliance*, Fabrizio Bon Vecchio e Francis Rafael Beck²⁶² informam que no ano de 2020, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos realizou uma terceira revisão do denominado “*Evaluation of Corporate Compliance Programs*”²⁶³, cujo documento consiste em diretrizes com o propósito de orientar promotores “na tomada de decisões em relação à avaliação da efetividade do programa de *compliance* de uma empresa sujeita à investigação criminal”.

Assim, o documento em questão fornece parâmetros para se avaliar a efetividade dos programas de *compliance* adotados pelas companhias dos Estados Unidos, e que se veem envolvidas em uma investigação criminal. Nesse entendimento:

Tal guia estabelece três questões fundamentais que devem ser observadas para a medição da adequação e efetividade de um programa de *compliance*: (1) o programa de *compliance* foi bem planejado; (2) o programa de *compliance* está sendo implementado de forma sincera e de boa-fé. Em outras palavras, o sistema foi implementado de forma eficiente, com alocação de recursos adequados?; (3) o programa de *compliance* é adequado e funciona na prática? Sua estruturação é dividida em dois blocos, abordando (i) a estrutura básica do programa de *compliance* e (ii) os critérios para avaliação de sua eficácia e adequação, conforme doze tópicos: risk assessment; policies and procedures; training and communications; confidential reporting structure and investigation process; third party management; mergers and acquisitions; commitment by senior and middle management; autonomy and resources; incentives and disciplinary measures; continuous improvement, periodic testing, and review; investigation of misconduct; analysis and remediation of any underlying misconduct²⁶⁴.

²⁶² VECCHIO, Fabrizio Bom; BECK, Francis Rafael. O criminal compliance e seus efeitos: entre a prevenção ao cometimento de crimes e o afastamento e mitigação da responsabilidade penal do administrador. **RGC - Revista de Governança Corporativa**. 24.05.2023. Disponível em: <<https://iberoamericancg.org/Journals/article/view/134>>. Acesso em: 19 jun. 2023.

²⁶³ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. **Evaluation of corporate compliance programs**. Disponível em: <https://www.justice.gov/crimina-l-fraud/page/file/937501/download> Acesso em: 19 jun. 2023.

²⁶⁴ Tradução livre: “[...] avaliação de risco; políticas e procedimentos; treinamento e comunicações; estrutura de relatórios confidenciais e processo de investigação; gestão de terceiros; fusões e aquisições; comprometimento da alta e média gerência; autonomia e recursos; incentivos e medidas disciplinares; melhoria contínua, testes periódicos e revisão; investigação de má conduta; análise e remediação de qualquer má conduta subjacente”.

Por fim, vale destacar importante iniciativa da Controladoria Geral da União (CGU), consistente na criação do denominado selo “Pró-Ética, que premia e fomenta a adoção voluntária de medidas de integridade pelas empresas, por meio do reconhecimento público daquelas que, independentemente do porte e do ramo de atuação, mostram-se comprometidas em implementar medidas voltadas para a prevenção, detecção e remediação de atos de corrupção e fraude.

O selo “Pró-Ética” é reconhecido internacionalmente por instituições como a OEA, OCDE, e nada impede que o selo em questão seja utilizado como critério a fim de avaliar a seriedade e idoneidade dos programas de *compliance*.

Na hipótese de violação ao programa de *compliance*, às normas legais ou regulamentares, Carla Veríssimo lembra que a empresa necessita estar preparada para tal situação. Diante disso, deverá a empresa estabelecer o que a autora denomina de “processo de apuração de violações ao programa de *compliance*”, dispondo sobre “quem investiga, o que, quando e em que extensão; como os procedimentos serão documentados, e quem será informado de quais resultados dessa investigação”²⁶⁵.

Além disso, “devem ser estabelecidos canais adequados para que o fluxo das informações se faça de tal maneira que, por um lado, seja possível uma apuração independente, e, por outro, respeitem-se os direitos fundamentais do investigado”²⁶⁶.

Do mesmo modo, deve a empresa estabelecer previamente as sanções que serão adotadas caso sobrevenha violação ao programa de *compliance*. As sanções devem estar determinadas previamente de forma clara, “como castigo pela falta de observância do programa de *compliance*, e precisam observar também os parâmetros legalmente estabelecidos pela legislação trabalhista”²⁶⁷.

²⁶⁵ VERÍSSIMO, Carla. **Compliance**: incentivo à adoção de medidas anticorruptivas. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 297.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 298.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 302.

Deve haver proporcionalidade na sanção aplicada, de acordo com a gravidade e as consequências do ato praticado, podendo consistir em uma repreensão verbal; advertência por escrito; transferência da função ou departamento ou, por fim, a demissão do empregado.

Importante, ainda, que os empregados saibam, de antemão, as sanções correspondentes a cada conduta vedada.

4.4. O *compliance* criminal: um breve panorama

Delineadas as noções básicas sobre o *compliance*, convém dedicar algumas linhas a respeito do *compliance* criminal, que interessa diretamente ao presente trabalho.

Na visão de Helena Regina Lobo da Costa e Marina Pinhão Coelho Araújo, os programas de *compliance* desenvolveram-se como consequência da crescente incriminação de comportamentos ocorridos no âmbito empresarial, argumentando que “o *compliance* representa o reconhecimento de que a persecução penal e as penas regulatórias por violações após a ocorrência das mesmas não são suficientes”²⁶⁸.

Débora Santos Tavares pontua que a criminalidade econômica apresenta “desafios à imputação da responsabilidade penal individual”, em razão da “pluralidade de agentes, a divisão de tarefas, a delegação de funções e a fragmentação de informações”, dificultando a identificação do responsável por “determinada conduta típica, ilícita e culpável praticada no âmbito da sociedade empresária”²⁶⁹.

²⁶⁸ COSTA, Helena Regina Lobo; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Compliance e o julgamento da APN 470. **Revista Brasileira de Ciências Jurídicas Criminais**. v. 106, 2014.

²⁶⁹ TAVARES, Débora Santos. Riscos criminais da atividade empresarial: considerações sobre a postura colaborativa das empresas no processo penal. In: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Estudos de compliance criminal**. Porto Alegre: Editora Fi, 2020. Disponível em: <https://www.editorafi.org/_files/ugd/48d206_f1addba45fcb4515a90abf1bb5999635.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2023.

No mesmo entendimento, Juan Borges de Abreu elenca as seguintes características que dificultam a persecução penal da criminalidade econômica:

I – Crimes complexos e camuflados de atividades lícitas; II – Crimes de difícil apuração e elucidação; III – Necessidade do dispêndio de elevada estrutura investigativa (pessoal e material); IV – Não percepção social da gravidade e das consequências do delito econômico; V – Temor à repercussão da persecução penal na atividade econômica e nos empregos gerados pela atividade econômica desempenhada pelo delinquente; VI – Aparato investigativo e judicial desinteressado na persecução dos crimes econômicos; VII – Proximidade social dos investigadores, acusadores e julgadores em relação aos delinquentes; VIII – Alto grau de cobrança de infalibilidade na atuação; IX – Sistema jurídico é um verdadeiro campo minado ao sucesso da persecução penal: (a) foro por prerrogativa; (b) competência estadual x federal x eleitoral; (c) requisitos legais de punibilidade – art. 180 da Lei de Recuperações Judiciais; (d) precedentes jurisprudenciais casuísticos, deficiência na fundamentação das decisões, ordem do interrogatório do colaborador, crime caixa dois eleitoral, proibição à condução coercitiva etc.; X – Desproporcionalidade do aparato defensivo, frente ao aparato estatal. Ao contrário do que se apregoa, a estrutura defensiva é muito superior; XI – Fatores político e extrajudiciais que impedem o êxito na punição; XII – Baixa efetividade: prescrição, trancamento da ação penal etc.; XIII – Desgaste: representações disciplinares e exposição na mídia²⁷⁰.

Fazendo uma associação entre *compliance* criminal e processo penal, Débora Santos Tavares afirma que:

Tendência em vários países do mundo, uma das estratégias político criminais de combate à criminalidade empresarial caracteriza-se pelo incentivo à colaboração das empresas no processo penal e à adoção de estruturas internas de prevenção de delitos conhecidas pelo termo *compliance* criminal²⁷¹.

²⁷⁰ ABREU, Juan Borges de. Justiça negociada e compliance. **ESUMP/GO**. <https://esump.mpggo.mp.br/cursos/pluginfile.php/38118/mod_folder/content/0/Apresenta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Justi%C3%A7a%20Negociada%20e%20Compliance%20.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2023.

²⁷¹ TAVARES, Débora Santos. Riscos criminais da atividade empresarial: considerações sobre a postura colaborativa das empresas no processo penal. In: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Estudos de compliance criminal**. Porto Alegre: Editora Fi, 2020. Disponível em: <https://www.editorafi.org/_files/ugd/48d206_f1addba45fcb4515a90abf1bb5999635.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2023.

Por sua vez, Fabrizio Bon Vecchio e Francis Rafael Beck lecionam que:

A primeira face de um *compliance* envolve a redução de crimes (prevenção) e o afastamento ou mitigação da responsabilidade penal na hipótese de cometimento de um delito (apesar das barreiras trazidas pelo programa). De fato, em um primeiro momento, quando existe a decisão empresarial de adoção de um programa de *compliance* que englobe o criminal *compliance*, claramente a expectativa não é a de um incremento de imputação penal, seja no que tange ao cometimento de crimes, seja em relação a um aumento das pessoas a serem responsabilizadas (especialmente os administradores) ou do quantum de sancionamento. O que se busca, em essência, é justamente o contrário, ou seja, que o cumprimento criminal evite que os crimes ocorram, hipótese em que sequer se discutirá eventual responsabilidade penal²⁷².

Segundo os autores, o *compliance* criminal centra-se na identificação das normas jurídico-penais “com maior probabilidade de violação por parte da empresa, assim como na determinação do que deve ser feito para prevenir fatos delitivos”. Não sendo isso possível, busca-se “evitar que a imputação penal se expanda na estrutura empresarial”²⁷³.

O *compliance* criminal exige uma mudança de perspectiva por parte do profissional que atua na seara criminal. Nesse sentido, Pierpaolo Cruz Bottini, Beatriz Dias Rizzo e Marcela Rocha lembram que por muito tempo a atividade do advogado criminalista consistia exclusivamente na promoção da defesa do cliente acusado de um crime, “e o profissional reagia por meio de estratégias e argumentos com o escopo de convencer as autoridades da inocência ou da menor culpabilidade de seu cliente”²⁷⁴.

²⁷² VECCHIO, Fabrizio Bom; BECK, Francis Rafael. O criminal compliance e seus efeitos: entre a prevenção ao cometimento de crimes e o afastamento e mitigação da responsabilidade penal do administrador. **RGC - Revista de Governança Corporativa**. 24.05.2023. Disponível em: <<https://iberoamericancg.org/Journals/article/view/134>>. Acesso em: 19 jun. 2023.

²⁷³ *Ibidem*.

²⁷⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz; RIZZO, Beatriz Dias; ROCHA, Marcela. Algumas linhas sobre compliance criminal. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 381-395.

Com o advento do criminal *compliance*, além da tradicional defesa, os profissionais “passaram a trabalhar com a prevenção de crimes, a desenvolver um conjunto de estratégias para evitar que pessoas físicas e jurídicas se envolvam com práticas criminosas”²⁷⁵.

Um sistema de controle preventivo das normas, portanto, implica em um giro da orientação prática tradicional do direito penal, assim como da atuação do penalista, que passa a ser orientada à prevenção dos riscos normativos a que estão expostas as empresas, bem como de ataques desde dentro e fora. Com efeito, uma prevenção ótima por parte de um programa de cumprimento não necessariamente levaria ao não cometimento de crimes (sejam eles de dano, sejam de perigo). Inexistente a tipicidade, por razões óbvias, não há que se falar em responsabilidade penal individual (tampouco da pessoa jurídica). Dessa forma, a finalidade preventiva do *compliance program*, uma vez alcançada, gera o maior benefício penal que consiste não na exclusão, mas na própria impossibilidade de responsabilização em razão da inexistência do delito²⁷⁶.

Quanto ao fato de o criminal *compliance* reduzir efetivamente a prática de ilícitos penais na empresa, Fabrício Vecchio e Francis Beck informam que os estudos empíricos ainda são muito limitados, e que “embora existam investigações criminológicas que neguem a todos os programas de cumprimento a idoneidade para diminuir realmente a criminalidade empresarial”²⁷⁷, a tendência é no sentido do reconhecimento de sua aptidão como instrumento preventivo de infrações penais.

Assim, o criminal *compliance* é um conjunto de medidas a serem implementadas com o escopo de evitar o envolvimento do cliente com delitos, assegurando, dessa forma, o cumprimento da norma penal a fim de impedir as consequências jurídicas de sua eventual violação.

²⁷⁵ VECCHIO, Fabrício Bom; BECK, Francis Rafael. O criminal compliance e seus efeitos: entre a prevenção ao cometimento de crimes e o afastamento e mitigação da responsabilidade penal do administrador. **RGC - Revista de Governança Corporativa**. 24.05.2023. Disponível em: <<https://iberoamericancg.org/Journals/article/view/134>>. Acesso em: 19 jun. 2023.

²⁷⁶ *Ibidem*.

²⁷⁷ Vecchio e Beck esclarecem que: “O ponto de apoio dessa afirmação é que a conduta dos membros da empresa está fortemente influenciada pelo entorno, no sentido de que um ambiente de cumprimento da legalidade, instalado na organização a partir do compliance, favorece a observância da regulação legal”. VECCHIO, Fabrício Bom; BECK, Francis Rafael. O criminal compliance e seus efeitos: entre a prevenção ao cometimento de crimes e o afastamento e mitigação da responsabilidade penal do administrador. **RGC - Revista de Governança Corporativa**. 24.05.2023. Disponível em: <<https://iberoamericancg.org/Journals/article/view/134>>. Acesso em: 19 jun. 2023.

Conforme se depreende, o *compliance* criminal só faz sentido quando se pretende evitar delitos praticados no ambiente empresarial. Isso porque, o *compliance* criminal foi estruturado para evitar o cometimento de delitos advindos da atividade econômica, como é o caso dos crimes contra o sistema financeiro, contra a ordem tributária, lavagem de dinheiro etc.

Nesse raciocínio, o ambiente propício para a implementação de um programa de *compliance* criminal é a empresa, cuja estrutura organizativa envolve divisão de tarefas e delegação de poder, demandando, portanto, um conjunto de estratégias desenvolvidas para evitar ou mitigar o risco de violação à norma penal.

Pierpaolo Cruz Bottini, Beatriz Dias Rizzo e Marcela Rocha fazem interessante observação sobre a importância do *compliance* criminal no ambiente empresarial:

Às vezes, uma conduta aparentemente neutra e inócua pode ser a chave para uma atividade de relevância penal. Uma assinatura em demonstrativos financeiros, a autorização para venda de produtos, a concordância com um contrato de consultoria podem ser a *conditio sine qua non* para a gestão fraudulenta, para um crime contra o consumidor ou para a lavagem de dinheiro. A assinatura pode ser indispensável para dar ares de regularidade à fraude contábil; a autorização para a distribuição de bens adulterados; o contrato de consultoria para dar aparência de licitude à transferência de vantagem indevidas a servidores públicos. [...] Em segundo lugar, é importante lembrar que executivos e gestores, em âmbitos empresariais, não respondem apenas por suas ações, por atos positivos de prática ou colaboração com crimes. Ao ocupar determinadas posições, tais personagens podem ser considerados garantes, o que significa que têm o dever de impedir delitos nos setores que dirigem, sobre os quais têm domínio funcional. Nesses casos, segundo a lei penal, caso tenham condições de impedir o crime e não o façam, respondem como se o tivessem praticado diretamente. [...] Por fim, há a imensa seara dos crimes culposos, nos quais o executivo responde por imprudência ou negligência. Nesses casos – que abundam na seara do consumidor, do meio ambiente, em âmbito hospitalar – não é necessária uma resolução de delinquir. A mera falta de cuidado é suficiente para a responsabilidade penal. E a indefinição sobre o conceito de *cuidado* faz da insegurança jurídica o pano de fundo de tais atividades²⁷⁸.

²⁷⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz; RIZZO, Beatriz Dias; ROCHA, Marcela. Algumas linhas sobre compliance criminal. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 382.

Vê-se, portanto, que a atividade empresarial, em razão de sua estrutura organizacional, exige cuidados específicos, e “por mais que o gestor ou executivo não tenha a intenção de praticar crimes, eventuais falhas ou omissões podem atrair a imputação penal”²⁷⁹.

Daí a relevância e utilidade do *compliance* criminal para evitar a responsabilidade penal por “omissão, imprudência, ou por atos de terceiros, com os quais o executivo tenha relação horizontal (sócios, pares na administração), vertical (funcionários), parceiros comerciais ou mesmo com clientes”²⁸⁰.

Conforme já dito, nenhum programa de integridade é infalível, tampouco o *compliance* criminal. Entretanto, com a adoção do *compliance* criminal, “ao menos restará delimitada a responsabilidade sobre aquele que agiu com dolo ou má-fé, e protegidos os demais profissionais cuja atuação não era direcionada à conduta delitiva”²⁸¹.

Pierpaolo Cruz Bottini, Beatriz Dias Rizzo e Marcela Rocha comparam a atuação do profissional do *compliance* criminal com a de um jogador de xadrez que joga consigo mesmo, “adiantando movimentos que poderiam ser feitos por um adversário inexistente, e que, se a política for bem-sucedida, jamais virá a existir. A prevenção, e não a absolvição, passa a ser o foco”²⁸².

Para além de evitar a prática delitiva no seio da empresa, Fabrizio Vecchio e Francis Beck²⁸³ citam outras facetas do *compliance* criminal não tão óbvias e que comportam discussão.

²⁷⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz; RIZZO, Beatriz Dias; ROCHA, Marcela. Algumas linhas sobre compliance criminal. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 382.

²⁸⁰ *Ibidem*.

²⁸¹ *Ibidem*.

²⁸² *Ibidem*.

²⁸³ VECCHIO, Fabrizio Bom; BECK, Francis Rafael. O criminal compliance e seus efeitos: entre a prevenção ao cometimento de crimes e o afastamento e mitigação da responsabilidade penal do administrador. **RGC - Revista de Governança Corporativa**. 24.05.2023. Disponível em: <<https://iberoamericancg.org/Journals/article/view/134>>. Acesso em: 19 jun. 2023.

Com efeito, havendo falha no cumprimento do programa de *compliance* e que importe na ocorrência de lesão a um bem jurídico-penal, almeja-se que o *compliance* criminal “sirva como uma espécie de defesa (ou escudo) para a imputação criminal, seja afastando-a (quanto a algumas ou todas as pessoas vinculadas à empresa), seja mitigando-a”²⁸⁴.

Nessa linha de pensamento, Fabrizio Vecchio e Francis Beck esclarecem que:

[...] uma vez verificado o cometimento de um crime por terceiro no contexto de um criminal *compliance*, importa analisar qual é o papel que os programas e deveres de *compliance* desempenham para fins de atribuição de responsabilidade penal em relação não só às pessoas jurídicas, mas especialmente quanto aos seus administradores. Isso porque, afora o já referido efeito preventivo, o criminal *compliance*, em primeiro lugar, pretende afastar a responsabilidade penal da empresa e, num segundo momento, pode ser analisado como um benefício a partir da responsabilidade individual dos administradores e colaboradores (delegados) decorrentes da omissão do cumprimento dos deveres do programa, uma vez que representa, em muitas matérias, parte do dever de cuidado do empresário. Portanto, o segundo âmbito de análise das expectativas de não responsabilização decorrentes do *compliance* passa pelo campo da punição. Em outras palavras, questiona-se se a existência de um programa efetivo de cumprimento pode interferir na imputação em caso de falha que implique na verificação de um delito²⁸⁵.

No entanto, os autores alertam que *compliance* criminal não se trata de um mecanismo que tem por finalidade blindar os dirigentes da empresa de uma eventual imputação penal por delitos decorrentes da atividade econômica, pois, se assim o fosse, isso “levaria a uma simples transferência da imputação penal dos dirigentes para outros colaboradores da organização”²⁸⁶.

Do mesmo modo, impõe-se que não haja uma sobrecarga de responsabilidade no *compliance officer*, como se este fosse “o bode expiatório de todas as falhas da empresa”, assumindo a responsabilidade que seria dos administradores, caso contrário, o *compliance* criminal “se tornaria um estratagema de fuga à responsabilidade”.

²⁸⁴ VECCHIO, Fabrizio Bom; BECK, Francis Rafael. O criminal compliance e seus efeitos: entre a prevenção ao cometimento de crimes e o afastamento e mitigação da responsabilidade penal do administrador. **RGC - Revista de Governança Corporativa**. 24.05.2023. Disponível em: <<https://iberoamericancg.org/Journals/article/view/134>>. Acesso em: 19 jun. 2023

²⁸⁵ *Ibidem*.

²⁸⁶ *Ibidem*.

Na ótica de Fabrizio Vecchio e Francis Beck, se a não adoção de um programa de *compliance* ou a sua implementação deficiente ou ineficaz permite a discussão da responsabilidade penal do dirigente da empresa a título de omissão imprópria, “é razoável que a criação, implementação e execução de uma forma efetiva desse programa permita a análise da exclusão ou mitigação dessa responsabilidade”²⁸⁷.

Diante disso, sustentam que, em se tratando de um programa de *compliance* efetivo, e não meramente de fachada, “o administrador não deve ser reprovado (ou o deva em menor intensidade) quando, exercendo devidamente suas funções, amparado pelo programa de cumprimento, houver um crime sido praticado por terceiro no âmbito da empresa”²⁸⁸.

Em síntese, os autores defendem que, partindo-se do pressuposto de um programa de integridade efetivo, o *compliance* criminal “pode (e deve) produzir efeitos de exclusão e mitigação da responsabilidade penal, não apenas em relação à pessoa jurídica, mas também em relação à pessoa do administrador”²⁸⁹.

Um programa de *compliance* criminal efetivo também surte efeitos no campo processual penal. Conforme já mencionado, na hipótese de violação ao programa de *compliance* e concomitante superveniência do ilícito penal, compete à empresa, através de investigações internas, apurar a conduta violadora, o responsável pela violação, as circunstâncias e consequências advindas da violação ao programa de integridade, sendo que o resultado dessa investigação certamente interessa aos órgãos de persecução penal, “uma vez que lhes ajuda a reduzir notavelmente os custos da investigação penal, que são especialmente altos em delitos cometidos no âmbito empresarial”²⁹⁰.

²⁸⁷ VECCHIO, Fabrizio Bom; BECK, Francis Rafael. O criminal compliance e seus efeitos: entre a prevenção ao cometimento de crimes e o afastamento e mitigação da responsabilidade penal do administrador. **RGC - Revista de Governança Corporativa**. 24.05.2023. Disponível em: <<https://iberoamericancg.org/Journals/article/view/134>>. Acesso em: 19 jun. 2023.

²⁸⁸ *Ibidem*.

²⁸⁹ *Ibidem*.

²⁹⁰ *Ibidem*.

Nessa diretriz, Débora Santos Tavares observa que “a postura colaborativa como meio de defesa está diretamente relacionada à realização de investigações internas em sociedades empresárias, fenômeno ainda pouco explorado no processo penal brasileiro”²⁹¹.

A autora atribui o fato de a investigação interna realizada pelas empresas ser pouco explorado no processo penal brasileiro, tendo em vista que “no Brasil os principais incentivos legais à cooperação de empresas com o Estado para a apuração de ilícitos ainda são restritos ao direito administrativo sancionador”²⁹².

De outro lado, consoante bem destacado por Fabrizio Vecchio e Francis Beck, a empresa está em “melhores condições para acessar determinadas fontes de informação (e-mails, registros contábeis, contratos de demais documentos internos) ou para realizar entrevistas do que juízes e promotores”²⁹³.

Dessa forma, o material obtido com a investigação interna realizada pela sociedade empresária poderá ser útil para subsidiar a investigação oficial levada a cabo pelos órgãos estatais de persecução penal, na apuração de delito praticado no âmbito da empresa.

Os autores ainda lembram que “raciocínio semelhante no aspecto processual pode ser aplicado também aos administradores, desde que não verificada uma das hipóteses de possível exclusão da responsabilidade criminal”²⁹⁴, incentivando-os a realizar acordos de não persecução penal, “aproveitando-se de previsões já existentes no ordenamento jurídico (*lege lata*) ou criando-se normas específicas (*lege ferenda*), com requisitos próprios a serem identificados nos programas de cumprimento”²⁹⁵.

²⁹¹ TAVARES, Débora Santos. Riscos criminais da atividade empresarial: considerações sobre a postura colaborativa das empresas no processo penal. In: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Estudos de compliance criminal**. Porto Alegre: Editora Fi, 2020. Disponível em: <https://www.editorafi.org/_files/ugd/48d206_f1addba45fcb4515a90abf1bb5999635.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2023.

²⁹² *Ibidem*.

²⁹³ VECCHIO, Fabrizio Bom; BECK, Francis Rafael. O criminal compliance e seus efeitos: entre a prevenção ao cometimento de crimes e o afastamento e mitigação da responsabilidade penal do administrador. **RGC - Revista de Governança Corporativa**. 24.05.2023. Disponível em: <<https://iberoamericancg.org/Journals/article/view/134>>. Acesso em: 19 jun. 2023.

²⁹⁴ *Ibidem*.

²⁹⁵ *Ibidem*.

Apesar das vantagens advindas da adoção do *compliance* criminal, razão assiste aos autores, quando observam que, no plano legislativo, “verifica-se ainda distante a opção de o legislador incentivar a adoção de um programa de cumprimento normativo como forma de afastar ou mitigar eventual imputação penal”²⁹⁶ do dirigente de empresa, embora nada impede que a jurisprudência utilize os programas de *compliance* como critério de imputação.

Uma vez concluída a investigação interna²⁹⁷ para apuração de irregularidades pela empresa, tem a pessoa jurídica o dever de comunicar o resultado dessa investigação às autoridades? Dito de outra forma, a pessoa jurídica é obrigada a comunicar ilícitos penais praticados no âmbito da empresa?

Débora Santos Tavares entende que, à exceção da obrigação de denunciar operações suspeitas atribuídas às pessoas físicas e jurídicas sujeitas aos mecanismos de controle previstos na Lei de Lavagem de Capitais (Lei n. 9.613/1998), a empresa não é obrigada a comunicar ilícitos e colaborar com investigações criminais ou eventuais ações penais propostas, argumentando que, nesse caso, aplica-se a garantia constitucional da não autoincriminação, prevista no art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal de 1988²⁹⁸.

A autora sustenta que, não obstante a garantia de não autoincriminação não seja expressamente prevista em favor de pessoas jurídicas, certo é que, se os entes coletivos estão sujeitos à responsabilização criminal²⁹⁹, também devem ser protegidos pelo direito de não produzir provas contra si mesmas.

²⁹⁶ VECCHIO, Fabrizio Bom; BECK, Francis Rafael. O criminal compliance e seus efeitos: entre a prevenção ao cometimento de crimes e o afastamento e mitigação da responsabilidade penal do administrador. **RGC - Revista de Governança Corporativa**. 24.05.2023. Disponível em: <<https://iberoamericancg.org/Journals/article/view/134>>. Acesso em: 19 jun. 2023.

²⁹⁷ Por investigação interna entende-se o procedimento adotado pelas empresas com o objetivo de apurar supostas irregularidades e ilícitos praticados pela ou em nome da pessoa jurídica afetada ou relacionada à conduta lesiva.

²⁹⁸ TAVARES, Débora Santos. Riscos criminais da atividade empresarial: considerações sobre a postura colaborativa das empresas no processo penal. In: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Estudos de compliance criminal**. Porto Alegre: Editora Fi, 2020. Disponível em: <https://www.editorafi.org/_files/ugd/48d206_f1addba45fcb4515a90abf1bb5999635.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2023.

²⁹⁹ Atualmente, as pessoas jurídicas podem ser responder por crimes ambientais, nos termos do § 3º, do art. 225 da CF/88.

Contudo, a comunicação às autoridades públicas de ilícitos penais praticados no ambiente empresarial pode consistir em condição *sine qua non* para celebração de acordo de leniência, conforme estabelece o inciso V, do art. 37 do Decreto n. 11.129/2022³⁰⁰.

Débora Santos Tavares lembra que, nos termos do disposto no “Programa de Integridade – Diretrizes para Empresas Privadas”³⁰¹, a empresa deve utilizar os dados obtidos com a investigação interna para subsidiar uma cooperação efetiva com as autoridades, em troca de benefícios no processo administrativo de responsabilização.

Vê-se, portanto, que o compartilhamento com as autoridades públicas do resultado da investigação pela empresa na apuração de ilícitos penais pode trazer benefícios à pessoa jurídica, como é o caso da celebração de acordo de leniência, que, de modo genérico, equivale a não persecução penal.

O valor probatório do material obtido com a investigação interna realizada pela empresa é outro tema que comporta discussões na doutrina.

Nesse sentido, Adán Nieto Martín tece críticas à investigação interna promovida pelas empresas, asseverando que:

Através de diversos mecanismos (atenuações da pena, não responsabilização da empresa), o Estado premia aquelas empresas que colaborem com o processo penal ou administrativo sancionador, aportando provas. Convém não perder de vista que a investigação interna pode se converter em um processo penal “teleguiado” por parte do promotor de justiça ou do juiz, abrindo-se a porta de uma sorte de fraudes, na qual o Estado se afasta das estritas regras do jogo, aplicáveis ao processo penal, para tentar investigar por meio da própria empresa, em um marco jurídico mais flexível, como é o caso das investigações internas³⁰².

³⁰⁰ Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

³⁰¹ PROGRAMA DE INTEGRIDADE. Diretrizes para Empresas Privadas. **Controladoria Geral da União**. 2015. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf> Acesso em: 18 abr. 2024.

³⁰² MARTÍN, Adán Nieto. Investigações internas. In: MARTÍN, Adan Nieto (Org). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 2º ed., São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 296-297.

Débora Santos Tavares argumenta que “a atividade investigativa privada não poderá ser utilizada em benefício da pessoa jurídica quando violar direitos fundamentais do investigado”³⁰³, devendo ser observadas as garantias penais e processuais penais, as normas de Direito do Trabalho e da Lei Geral de Proteção de Dados.

Nesse contexto, é preciso estabelecer limites para a validade da investigação e utilização da prova obtida em futura ação penal. O procedimento de investigação interna deve ser previamente estabelecido e acessível a todos os empregados e diretores da empresa, a fim de assegurar o “devido processo legal interno”. Para suprir a ausência de normas jurídicas que regulamentem concretamente o tema, recomenda-se a criação de um código de investigações internas pela empresa, com regras expressamente definidas sobre prazos, garantias e deveres do investigado, proteção do denunciante, sigilo das informações, equipe responsável pelo comando da investigação, documentação das provas obtidas e medidas cautelares que podem ser adotadas pela organização³⁰⁴.

De fato, não se pode ignorar a controvérsia doutrinária que permeia as investigações internas realizadas pelas empresas. Embora seja indispensável a previsão de investigações internas na elaboração de programas de *compliance* efetivos, certo é que além dos órgãos estatais, os particulares, na condição de destinatários, também estão sujeitos à força vinculante dos direitos e garantias fundamentais.

Dito isso, a problemática que se apresenta consiste no respeito aos direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição, por ocasião da condução e realização das investigações internas promovidas pelas empresas, a fim de apurar a violação às normas de *compliance*.

Nesse cenário, vê-se que a utilização das investigações internas como material probatório pelos órgãos estatais de persecução penal na apuração de prática delitiva é discutível.

³⁰³ TAVARES, Débora Santos. Riscos criminais da atividade empresarial: considerações sobre a postura colaborativa das empresas no processo penal. In: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Estudos de compliance criminal**. Porto Alegre: Editora Fi, 2020.

³⁰⁴ TAVARES, Débora Santos. Riscos criminais da atividade empresarial: considerações sobre a postura colaborativa das empresas no processo penal. In: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Estudos de compliance criminal**. Porto Alegre: Editora Fi, 2020.

Débora Santos Tavares pontua que a atividade investigativa privada pode afetar significativamente “a relação laboral existente entre a empresa e o empregado eventualmente investigado”, de modo que “a validade do procedimento interno de investigação pressupõe também a estrita observância das normas de direito do trabalho”³⁰⁵.

Ainda sobre o tema, Danilo Emanuel Barreto de Oliveira observa que inexistente no Brasil um marco legal dispor sobre os “procedimentos e balizas das investigações internas” e diante desse vácuo legislativo bem como da existência de eventuais conflitos decorrentes da apuração de ilícitos/irregularidades praticados no âmbito da empresa e lesões à intimidade e privacidade de colaboradores, o autor defende que compete ao Poder Judiciário “o papel de regular e depurar a validade dos procedimentos de investigação interna realizados”³⁰⁶.

Na visão do autor, se a investigação interna for mal conduzida, além de gerar custos às empresas, poderá resultar ineficaz para fins de redução ou exclusão de responsabilizações, bem como provocar “uma série de lesões a direitos de privacidade e intimidade de colaboradores e terceiros relacionados à empresa”³⁰⁷.

Entre as dificuldades enfrentadas pela falta de regulação estatal sobre as investigações internas, Danilo Oliveira cita, como exemplo, a questão atinente à aplicabilidade do direito ao silêncio, previsto no art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal de 1988.

De acordo com o autor, a doutrina entende que a garantia constitucional acima mencionada deve ser observada nos interrogatórios tomados dos colaboradores na investigação interna, do mesmo modo que ocorre no processo penal por ocasião do interrogatório do réu, razão pela qual os colaboradores poderiam, com escudo no

³⁰⁵ *Ibidem*.

³⁰⁶ OLIVEIRA, Danilo Emanuel Barreto de. Redução de riscos da investigação interna autorregulada. In: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Estudos de compliance criminal**. Porto Alegre: Editora Fi, 2020. Disponível em: <https://www.editorafi.org/_files/ugd/48d206_f1addba45fcb4515a90abf1bb5999635.pdf> Acesso em: 20 jun. 2023.

³⁰⁷ *Ibidem*.

princípio do *nemo tenetur se detegere*³⁰⁸, se recusar a prestarem informações sobre fatos aos seus empregadores.

Em arremate, o autor faz a seguinte ponderação:

Desse cenário emergem diversos conflitos de direitos e deveres, tornando a investigação interna por vezes problemática, na medida em que dessa investigação se desdobram diversos riscos prováveis e em problemas, como a responsabilização por violações à privacidade e à intimidade de seus colaboradores por ela investigados, o que em última instância deve ser evitado diante do império do Estado de Direito. [...] Diante do problema de marco legal insuficiente, concluiu-se pela necessidade de edição, por parte das empresas, de regulamentos internos estabelecendo seus procedimentos de investigação interna, bem como, a edição por parte do Estado, de regras e critérios objetivos para verificação de sua eficácia e validade. Essa regulação dar-se-ia por meio de um sistema de rigor intermediário, que visasse a conciliação da natureza da relação privatística laboral e a manutenção de direitos e garantias individuais existentes no Estado de Direito³⁰⁹.

De fato, a validade probatória do material obtido das investigações internas realizadas pelas empresas é tema que necessita de disciplina pelo ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que sua utilização como meio de prova tem repercussões nos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

Nesse raciocínio, enquanto permanecer a ausência de disciplina jurídica sobre o tema, razão assiste à Adán Nieto Martín, ao afirmar que se a investigação interna é a antessala do processo penal, há de se oferecer garantias similares ao colaborador³¹⁰.

³⁰⁸ Ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo.

³⁰⁹ OLIVEIRA, Danilo Emanuel Barreto de. Redução de riscos da investigação interna autorregulada. In: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Estudos de compliance criminal**. Porto Alegre: Editora Fi, 2020. Disponível em: <https://www.editorafi.org/_files/ugd/48d206_f1addba45fcb4515a90abf1bb5999635.pdf> Acesso em: 20 jun. 2023.

³¹⁰ MARTÍN, Adán Nieto. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. **Compliance y Teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 48.

4.5. Um olhar (crítico) sobre o acórdão da Ação Pena nº 470

Não se poderia deixar de abordar a forma como o criminal *compliance* foi tratado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Penal n. 470, conhecida como caso “mensalão”. Débora Santos Tavares³¹¹ informa que o termo “*compliance*” é citado mais de 500 vezes no acórdão³¹² do STF.

Inicialmente, importante esclarecer que não se irá fazer uma análise aprofundada e detalhada sobre um caso complexo, mesmo porque não é o foco do trabalho. Em outras palavras, não será realizado um estudo de caso.

O que se pretende neste tópico é apenas destacar a leitura realizada pelo Supremo Tribunal Federal acerca do criminal *compliance*, no julgamento da Ação Penal n. 470, e a crítica da doutrina sobre esse ponto do julgado.

Pois bem. Durante o governo do então Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva, no ano de 2005, instaurou-se a Ação Penal n. 470, a fim de apurar suposta compra de votos de parlamentares, para que estes votassem a favor de projetos de lei de interesse do Governo.

As imputações consistiam em delitos de corrupção, lavagem de dinheiro, crime contra o sistema financeiro, peculato, evasão de divisas, com envolvimento de parlamentares, Ministros de Estado, banqueiros, publicitários.

No julgamento da Ação Penal n. 470, em determinado ponto do acórdão, discutiu-se sobre as consequências jurídicas advindas do não cumprimento dos deveres de vigilância impostos pela Lei n. 9.613/98, e as implicações na verificação da responsabilidade penal dos envolvidos.

³¹¹ TAVARES, Débora Santos. Riscos criminais da atividade empresarial: considerações sobre a postura colaborativa das empresas no processo penal. In: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Estudos de compliance criminal**. Porto Alegre: Editora Fi, 2020.

³¹² Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11541>>.

Na visão de Silveira e Diniz, o julgamento da ação penal em questão revelou, de um lado, “um desconhecimento total e completo do significado e da abrangência que deve ter o conceito de *compliance*. Por outro, uma leitura questionável sobre como o Judiciário entendeu dever ser a resposta legal às quebras do dever de *compliance*”³¹³.

Para elucidar tal ponto de vista, os autores destacam o depoimento de uma das testemunhas inquiridas:

Quanto ao primeiro ponto, são inúmeros os exemplos que denotam o completo desconhecimento das verdadeiras margens do conceito de *compliance*. Um dos mais elucidativos diz a uma das testemunhas, Superintendente de *compliance* da instituição financeira investigada. Após descrever o fato de que existiu toda a avaliação de risco, conforme a Resolução n. 2.554, do Banco Central, assim descreveu o seu suposto papel: ‘como funciona o *compliance*?’ O *compliance* é como um advogado que tem que analisar as normas, a legislação e verificar se o Banco está em conformidade com aquilo. Ele não faz uma fiscalização, ele recomenda: ‘Olha, se não fizer isso, pode acarretar um risco de imagem, um risco legal, uma multa, perder um cliente’. Então são recomendações, que a Diretora acata ou não. Por que isso? Porque sempre, a nível de Banco Central, tem que ter um Diretor estatutário para ser o responsável por prevenção à lavagem de dinheiro, por controles internos e *compliance*, por recursos de terceiros e uma série de procedimentos que o Banco Central exige do Diretor estatutário³¹⁴.

Renato Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz argumentam que “os simplistas termos utilizados para descrever as funções do *compliance* talvez expliquem os alegados desmandos ocorridos na instituição”³¹⁵.

Além disso, “a ideia transmitida é que o *compliance* unicamente traça recomendações sem nenhum valor vinculante, e que seu não seguimento unicamente implica ‘risco de imagem’, ‘risco legal’, ‘uma multa’, ‘perder um cliente’”. Diante disso, os autores concluem que no caso havia uma simulação de *compliance*, ou seja, um *compliance* de fachada³¹⁶.

³¹³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 200.

³¹⁴ *Ibidem*.

³¹⁵ *Ibidem*.

³¹⁶ *Ibidem*.

Com relação às consequências jurídicas decorrentes da inobservância das regras de *compliance*, Renato Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz assinalam que:

Em apertada síntese, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela responsabilização dos Dirigentes da Instituição Financeira também por lavagem de dinheiro pelo estrito descumprimento das previsões relativas à prevenção impostas pela Lei e regulamentadas pelo Banco Central, mencionando, expressamente, que ‘o elemento subjetivo do crime de lavagem de dinheiro pode ser inferido do tipo objetivo’, apesar de mencionar que isso não equivaleria a uma responsabilidade objetiva”. [...] Claramente deixou-se pontuado no voto do Ministro Relator seu entendimento sobre *compliance*: ‘o que é *compliance*?’ É, nada mais nada menos, do que a área incumbida de fazer com que se cumpram, dentro da instituição, as normas internas e externas, o ordenamento jurídico nacional pertinente àquela área, que no caso era a área bancária, financeira’. Tal percepção sustentou, assim, que a quebra dos deveres de *compliance* estabelece a imputação a título de autoria aos dirigentes da instituição financeira³¹⁷.

Para os autores, no julgamento da Ação Penal n. 470, “o que se teve, sinteticamente, foi a utilização do preceito do *compliance program* para o incremento de imputação, mesmo havendo déficit legislativo para tanto”³¹⁸.

Nessa ordem de ideias, Renato Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz encerram a análise do julgado no tocante às consequências do não cumprimento do *compliance*, tecendo uma crítica acompanhada de um alerta, conforme se extrai do seguinte trecho:

³¹⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 200.

³¹⁸ *Ibidem*.

Pretender utilizar a autorregulação como simples instituto de reforço de imputação de um Direito Penal tradicional, como aparentemente se fez, e ignorando-se as particularidades (erráticas) da lei nacional, equivale a uma perigosa confusão de institutos e Escolas, podendo gerar unicamente punições esvaídas de justificativa, não raro com infrações de direitos fundamentais das pessoas físicas imputadas. Isso, quanto mais, quando se está a tratar de normas penais que não necessariamente detém o desenho ideal de responsabilização como pretenderia o julgador. Tratar-se-ia, em outras palavras, de uma tese não salvacionista, mas temerariamente ampliativa do teor legal, indo além da significação do tipo para a determinação da autoria e para além de um esperado controle de arbitrariedade. Imaginando que essas soluções sempre devem ser dar *cum grano salis*, de modo algum pode se aceitar o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Espera-se, pois, que o trato com os institutos em pauta acabe por defletir outra linha de entendimento, buscando-se mais serenas e embasadas linhas de decisão, emparelhando-se a decisões da realidade comparada para, enfim, chegar-se à realidade imaginada desse apregoadado novo Direito mundial³¹⁹.

A irresignação dos autores, portanto, se deve ao fato de o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Penal n. 470, ter utilizado o instituto do *compliance* como fundamento para alargar a imputação jurídico-penal a fim de responsabilizar criminalmente os dirigentes de instituição financeira investigados por crime de lavagem de dinheiro, o que é discutível, pois, a violação ao dever de vigilância decorrente do *compliance program*, por si só, não é penalmente punível, e, quando muito, enseja apenas a responsabilidade administrativa³²⁰.

De outro lado, a quebra dos deveres de *compliance* é somente um dos elementos a serem analisados pelo julgador na apuração da responsabilidade penal do dirigente empresarial, sendo imprescindível a verificação dos demais elementos componentes da estrutura delitiva dos crimes omissivos impróprios, conforme ressaltam Helena Regina Logo e Marinha Pinhão Coelho Araújo, e que não foi feito pelo STF, segundo a crítica, no julgamento da Ação Penal n. 470:

³¹⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 200.

³²⁰ O art. 12, da Lei n. 9.613/98 estabelece sanções de natureza administrativa, e não penal, em caso de descumprimento das regras de compliance, no âmbito dos crimes de Lavagem de Dinheiro.

[...] apesar de os elementos terem se apresentado e sido objeto de questionamento, o STF não se valeu, mais marcadamente, da dogmática penal dos crimes comissivos por omissão, para sua análise. Não se vislumbra, nos votos e nas discussões havidas, menções à configuração dessa estrutura delitiva, tampouco exame de seus componentes acima arrolados – a impressão que se tem, a partir da leitura, é que os votos se construíram de modo mais intuitivo. Diante disso, deve-se lamentar que o tribunal não tenha feito uso de uma ferramenta que vem sendo acurada ao longo de décadas de discussões pela doutrina penal e que visa, justamente, tentar conferir maior rigor e segurança jurídica às decisões, sobretudo em um caso complexo como esse³²¹.

4.6. Considerações finais do capítulo

Por tudo o que foi exposto no presente capítulo, é possível concluir que a implementação de um programa de *compliance* se revela vantajoso para a empresa, conforme restou analisado.

São múltiplos os benefícios proporcionados à empresa que adota um programa de *compliance* efetivo. No entanto, há muitas questões relacionadas à aplicação do *compliance* e que necessitam de intervenção por parte do legislador, a fim de aprimorar o instituto.

É o caso, por exemplo, da ausência de norma dispondo sobre parâmetros para aquilatar a idoneidade do programa de *compliance*, separando, pois, “o joio do trigo”. O que se tem atualmente são documentos esparsos tratando do assunto, mas sem efeito vinculante para as empresas.

O ideal seria a edição de uma norma dispondo sobre o que se entende por um programa de *compliance* efetivo, quais são os requisitos mínimos que o programa deve contemplar, a existência de um órgão estatal que fiscalize as empresas com a finalidade de atestar a qualidade do programa de integridade por elas adotado.

³²¹ COSTA, Helena Regina Lobo; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Compliance e o julgamento da APN 470. **Revista Brasileira de Ciências Jurídicas Criminais**. v. 106, 2014.

Do mesmo modo, não se tem, no plano legislativo, um incentivo à adoção de um programa de integridade pela empresa, como forma de afastar ou mitigar eventual imputação penal do dirigente de empresa.

Renato Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz destacam questão debatida na doutrina, que consiste em saber se há responsabilidade penal do dirigente de empresa que não estabelece um *compliance program*, ou que estabelece um programa de *compliance* deficiente ou propositadamente ineficaz, violando, dessa forma, “o dever de cuidado que deveria ter em relação à criminalidade empresarial”³²².

Vê-se, portanto, que o *compliance* é um instituto promissor que fincou raízes em nosso ordenamento jurídico e, ao que tudo indica, é uma tendência irreversível. No entanto, sua regulamentação no Brasil ainda é tímida, confusa e lacunosa em alguns pontos. Além disso, é preciso torná-lo mais atrativo aos olhos das empresas.

³²² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 132.

5. A DELEGAÇÃO DO DEVER DE VIGILÂNCIA NO ÂMBITO DO CRIMINAL COMPLIANCE

5.1. Introdução

Uma vez estabelecidas as noções básicas acerca do *compliance*, cumpre neste momento abordar o tema relativo à delegação do dever de vigilância no âmbito do criminal *compliance*.

Trata-se de assunto de suma importância para a obtenção da resposta ao problema de pesquisa proposto. Não bastasse isso, o tema em questão é cercado de debates no meio acadêmico, conforme observa Heloisa Estellita:

Trata-se do tema tão em voga dos sistemas de *compliance* e da designação de uma pessoa encarregada dessas tarefas, o *compliance officer* (adiante, tão somente CO), e que passou a ocupar grande espaço no debate acadêmico e profissional nas últimas duas décadas. As causas dessa fama são variadas e vão desde as iniciativas agressivas do Departamento de Justiça norte-americano contra empresas nacionais e estrangeiras submetidas às normas do *Foreign Corruption Practice Act* (FCPA), passando pela promulgação do *Bribery Act* da Grã-Bretanha, pela introdução de dispositivos similares na legislação de diversos países, inclusive o nosso, até julgamentos emblemáticos que envolveram responsáveis por esses setores³²³.

No exercício a atividade empresarial, sobretudo quando se tem em mente empresas de grande porte, o administrador normalmente não executa pessoalmente todas as tarefas decorrentes da atividade econômica, de modo que a distribuição de competências e a delegação de funções são instrumentos necessários para o bom e eficiente funcionamento da organização empresarial.

³²³ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 209.

Nesse raciocínio, o dever de vigilância a fim de coibir a prática de condutas ilícitas no ambiente empresarial também pode ser objeto de delegação, e para tanto existe um profissional específico para o exercício do dever de vigilância a ele delegado, e que vem ganhando cada vez mais importância e notoriedade: o *compliance officer*, ou oficial de cumprimento.

No entanto, é preciso ressaltar que a delegação do dever de vigilância acima mencionado surte efeitos na responsabilidade penal do dirigente empresarial e do *compliance officer*, por eventual conduta ilícita praticada no seio da empresa.

Nesse contexto, o presente capítulo irá tratar das questões e consequências jurídicas advindas da delegação do dever de vigilância envolvendo o dirigente de empresa e o *compliance officer*, tendo como cenário o *criminal compliance*.

Para tanto, é imprescindível analisar o papel do *compliance officer* (oficial de cumprimento) e as consequências jurídicas advindas do dever de vigilância a ele atribuído, em razão da relação de delegação estabelecida entre ele e o dirigente de empresa. Feito isso, será possível esboçar os reflexos jurídicos dessa delegação do dever de vigilância na seara penal.

5.2. A delegação dos deveres de vigilância e seus efeitos jurídicos: o papel assumido pelo *compliance officer*

Conforme já mencionado, normalmente os administradores não desempenham pessoalmente todas as funções derivadas da atividade econômica, de modo que a delegação de tarefas se faz necessária para o êxito da organização empresarial.

De outro lado, o exercício da atividade empresarial implica em riscos, tanto é que a empresa é considerada uma fonte de perigo permitida. Heloisa Estellita assinala

que “os perigos podem ser intrínsecos às atividades desenvolvidas pela empresa ou resultar de atos de organização e gestão dos administradores”³²⁴.

Em contrapartida, o ordenamento jurídico impõe, a determinados agentes, o dever de controlar os riscos e agir para evitar resultados lesivos a terceiros.

Dito isso, o risco da atividade empresarial inicialmente é assumido pela pessoa jurídica constituída sob a forma de sociedade empresária. No entanto, certo é que a pessoa jurídica atua por meio de pessoas naturais, que representam os interesses da sociedade empresária, praticando todos os atos necessários à consecução de seu objetivo social.

Nessa ordem de ideias, o dever de controlar os riscos e agir para evitar resultados lesivos advindos da atividade empresarial recairão sobre as pessoas naturais que apresentam a sociedade empresária.

Assim, o dever de controlar riscos e agir para evitar a ocorrência de atos ilícitos se traduzem no dever de vigilância, que originariamente é atribuído aos administradores e demais dirigentes da empresa (membros da diretoria ou do conselho de administração), assumindo eles, portanto, a posição de garantidor originário, à luz do disposto no § 2º, do art. 13 do Código Penal.

Estellita nos adverte que o âmbito do dever de vigilância não é irrestrito, ou seja, se limita ao “dos crimes relacionados à atividade econômica da empresa, que são aqueles que traduzam uma interação da empresa com terceiros, por meio da qual é criado um perigo que decorre dos processos empresariais”³²⁵.

Conforme já dito, o dever de vigilância a fim de coibir a prática de condutas ilícitas no ambiente empresarial também pode ser objeto de delegação. Nesse sentido, ganha destaque os programas de criminal *compliance* e o *compliance officer* (oficial de cumprimento).

³²⁴ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 168.

³²⁵ *Ibid.*, p. 169.

A respeito das tarefas desempenhadas pelo *compliance officer*, Heloisa Estellita leciona que:

O CO³²⁶ nada mais é do que uma pessoa encarregada de zelar pela observância das normas e procedimentos internos dentro da empresa, incumbindo-lhe a vigilância de práticas ilícitas – não limitadas às penais – ou mesmo antiéticas por seus integrantes contra a empresa ou contra terceiros, a ela externos. No que aqui interessa – a vigilância sobre pessoas como fontes de perigo -, suas tarefas podem ter por objeto atos ilícitos definidos como de corrupção de funcionários públicos, mas também ambientais, financeiros, de concorrência, do mercado de valores mobiliários, da lavagem de capitais, de segurança dos trabalhadores etc. Qualquer área de atuação da empresa pode ser submetida ao desempenho de vigilância por um ou mais encarregados. Concentra-se, assim, o feixe de deveres de vigilância dos garantidores em uma só pessoa ou grupo de pessoas³²⁷.

Por sua vez, Aldredo Liñan Lafuente arremata, afirmando que:

Se puede entonces concluir que el *compliance officer* será el responsable de que el programa de prevención de riesgos penales concebido para prevenir delitos, o reducir de forma significativa el riesgo de su comisión, que ha sido adoptado por una empresa, se conozca, se respete y se cumpla, y para llevar a cabo esa función se le deberá dotar de poderes concretos y autónomos de iniciativa y control³²⁸.

Assim, ao *compliance officer* é transferido, por delegação do dirigente de empresa, o dever de vigilância e controle sobre as fontes de perigo, a fim de prevenir a ocorrência de ilícitos no interior da empresa.

Embora tenhamos afirmado no item 3.3.1, que o efeito primário da delegação é a constituição de novo garantidor, configurando, pois, a posição de garantidor por assunção, com fundamento no § 2º, alínea “b”, do art. 13 do Código Penal, essa afirmação é discutível quando o delegado é o *compliance officer*.

³²⁶ Abreviação de *Compliance Officer*.

³²⁷ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 210.

³²⁸ LAFUENTE, Aldredo Liñan. **La responsabilidad penal del compliance officer**. Cizur Menor: Thomson Reuters Arazandi, 2019. Tradução livre: “Pode-se então concluir que o responsável pela conformidade será responsável por garantir que o programa de prevenção de riscos criminais destinado a prevenir crimes, ou reduzir significativamente o risco da sua prática, que tenha sido adotado por uma empresa, seja conhecido, respeitado e seja cumprido, e para desempenhar essa função deve ser dotado de poderes concretos e autónomos de iniciativa e control”.

Nesse ponto, razão assiste à Heloisa Estellita, quando afirma que “não se pode fazer uma afirmação apriorística quanto à existência ou não da posição de garantidor na pessoa do encarregado de vigilância”³²⁹.

Nesse mesmo entendimento, Artur de Brito Gueiros Souza preceitua que, no tocante ao *compliance* como critério de aferição de responsabilidade no interior da empresa, questiona-se “sobre quem, em uma empresa organizada sob a forma de *compliance*, deve responder pelos delitos praticados em benefício da corporação”³³⁰.

Segundo o autor, há aqueles que entendem que, a princípio, a responsabilidade seria do oficial de cumprimento, “na medida em que repousa sobre ele o dever de atuação relativamente ao delito, mesmo se o fato tiver sido cometido por um empregado ou dirigente da companhia”. Entretanto, Artur de Brito Souza ressalta que essa presunção é relativa, pois “depende de um conjunto de fatores que fundamentam a relação de delegação do dever de garantia no âmbito de um *compliance*”³³¹.

Em suma, o fato de o dever de vigilância ser transferido ao *compliance officer* não faz dele, automaticamente, um garante ou dever de garantidor da não produção do resultado naturalístico, nos termos do § 2º, alínea “b”, do art. 13 do Código Penal.

Dito isso, para se firmar a posição de garantidor do *compliance officer*, o intérprete deve analisar as múltiplas camadas da delegação do dever de vigilância que envolvem o delegante (dirigente da empresa) e o delegatário (*compliance officer*), verificando, por exemplo, o grau de autonomia funcional do *compliance officer* para agir diante da situação de perigo ao bem jurídico de terceiro, bem como a extensão e o alcance dos poderes transferidos ao *compliance officer* por conta da delegação do dever de vigilância.

³²⁹ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 214.

³³⁰ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Direito penal empresarial**: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance. São Paulo: Editora LiberArs, 2021, p. 190.

³³¹ *Ibidem*.

Desse modo, somente a análise do caso concreto revelará se o *compliance officer* assume ou não, a posição de garantidor, nos termos do § 2º, alínea “b”, do art. 13 do Código Penal. Por conseguinte, uma vez verificada a posição de garantidor, parte-se para apuração da responsabilidade penal do *compliance officer* por crimes omissivos impróprios.

É bom que se diga que a delegação do dever de vigilância não tem o condão de desobrigar, por completo, o delegante de qualquer responsabilidade, remanescendo ao delegante o dever de supervisão e fiscalização sobre as atividades do delegado, inclusive adotando uma postura reativa, quando chegar ao seu conhecimento uma situação de perigo ao bem jurídico alheio.

Nessa diretriz, Heloisa Estellita pontua que, com a delegação, forma-se “uma dupla camada de deveres de vigilância onerando delegante e delegado de forma distinta”, acrescentando que “a delegação de atividades de vigilância igualmente não tem efeito exoneratório”³³².

A autora ainda esclarece que:

Remanescendo com o delegante os deveres reativos, ou seja, receber informações periódicas e intervir em caso de situação de perigo para bens jurídicos de terceiros, muito embora a delegação de deveres de vigilância constitua uma nova posição de garantidor na pessoa do delegado, tem como efeito uma diminuição na amplitude dos deveres do delegante. É justamente neste sentido que a implementação de sistemas de integridade e prevenção de crimes nas empresas (*compliance*) tem por efeito o cumprimento de diversos deveres de vigilância ativos e reativos dentro da empresa, evitando que se impute aos garantidores o resultado típico por omissão uma vez que há o cumprimento de seus deveres de vigilância³³³.

³³² ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 151; 159.

³³³ *Ibidem*.

Nesse mesmo entendimento Silva Sánchez escreve que:

Como ya se indicaba más arriba, la implantación de um *compliance program* eficaz *ex ante* tiene, de entrada, un efecto de exclusión de responsabilidad para los miembros del órgano de administración de la persona jurídica. Pero estos, en todo caso, siguen ostentando la obligación de gestionar, si bien a través de terceros, dicho *compliance program*. Una gestión defectuosa del programa puede generar, por tanto, responsabilidades penales conforme a reglas generales. Ahora bien, por otro lado es cierto que la implantación de *compliance programs* hace surgir nuevas posiciones de deber para personas físicas. Pues tales programas contienen controles que deben ser asignados precisamente a personas físicas. Así, es cierto que para estas personas surgen nuevos deberes, cuya infracción puede dar lugar a responsabilidad penal. Este es el caso, entre otros, de los *compliance officers*³³⁴.

Por sua vez, Artur de Brito Gueiros Souza registra “os inconvenientes que teriam, no âmbito da empresa, o efeito exonerante da delegação para o delegante: as responsabilidades se acumulariam por baixo”³³⁵, alcançando aqueles que ocupam postos de trabalho com menos poder de administração.

Logo, ao delegar o dever vigilância ao *compliance officer*, o delegante (dirigente, administrador, gestor, diretor) não abdica do dever de diligência, ou seja, o dever de fiscalizar e supervisionar a atividade do delegado.

³³⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. In: LOTHAR, Kuhlen; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (eds.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. Tradução livre: “Conforme já indicado acima, a implementação de um programa eficaz de compliance *ex ante* tem, desde logo, um efeito de exclusão de responsabilidade para os membros do órgão de administração da pessoa jurídica. Mas estes, em qualquer caso, continuam a ter a obrigação de gerir, ainda que através de terceiros, o referido programa de compliance. A gestão deficiente do programa pode, portanto, gerar responsabilidade criminal de acordo com as regras gerais. Agora, por outro lado, é verdade que a implementação de programas de compliance dá origem a novos postos de deveres para as pessoas singulares. Bem, esses programas contêm controles que devem ser atribuídos precisamente a pessoas físicas. Assim, é verdade que surgem novos deveres para estas pessoas, cuja violação pode dar origem a responsabilidade criminal. É o caso, entre outros, dos *compliance offices*”.

³³⁵ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Direito penal empresarial: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance**. São Paulo: Editora LiberArs, 2021, p. 191.

5.3. A posição de garantidor do *compliance officer*

Consoante já se adiantou no item antecedente, o fato de o dever de vigilância ser transferido ao *compliance officer* não faz dele, automaticamente, um garante ou dever de garantidor da não produção do resultado naturalístico, nos termos do § 2º, alínea “b”, do art. 13 do Código Penal.

Diante disso, impõe-se analisar o alcance do dever de vigilância transferido ao *compliance officer*, por meio da delegação, pois, somente assim será possível delimitar a responsabilidade penal do *compliance officer* por crimes omissivos impróprios.

Nessa perspectiva, vale citar a preciosa contribuição didática de Heloisa Estellita ao analisar a questão, lecionando que se faz necessário “distinguir entre quatro possibilidades principais de conformar a função do encarregado de vigilância, as quais, por suas diferenças, apontam também para respostas possivelmente diversas”³³⁶ quanto à posição de garantidor do *compliance officer*.

Heloisa Estellita ressalta que em quaisquer dessas possibilidades, é condição necessária, embora não suficiente, que a delegação dos deveres de vigilância seja feita de forma clara e explícita, preferencialmente no contrato de trabalho ou na *job description*³³⁷, “compreendendo o encarregado o feixe e a amplitude dos deveres que assume”³³⁸.

Dessa forma, para fins didáticos e com o intuito de identificar a posição de garantidor, será aqui utilizada a classificação elaborada por Heloisa Estellita. Assim, a posição de garantidor no âmbito do *compliance* poderá dar-se das seguintes formas:

³³⁶ ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 215-225.

³³⁷ *Job description* ou descrição do trabalho, em tradução livre, é o termo utilizado pelo RH para a descrição de um cargo. O *job description* serve para listar as tarefas, responsabilidades e competências para uma vaga de emprego, e é utilizado no anúncio de vagas.

³³⁸ ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 215-225.

5.3.1. Por expressa imposição³³⁹ legal

Nessa hipótese, a função de vigilância é imposta por lei ao encarregado de vigiar e controlar os riscos advindos da atividade econômica, que assume a posição de garantidor originário. Ao ocupar efetivamente o cargo, seja o administrador da empresa, seja um empregado, assume ele a posição de garantidor de vigilância sobre a área da empresa delimitada legalmente.

Estellita exemplifica a hipótese citando que o responsável pela vigilância das operações suspeitas de configurarem prática de crimes de lavagem de capitais na empresa recebe também, por determinação legal, os deveres de implementar a política interna de prevenção e de comunicar operações suspeitas. É o que estabelece o art. 10, inc. II, da Lei n. 9.613/1998.

5.3.2. Função exercida por administrador

Trata-se da situação na qual o dever de vigilância é atribuído aos administradores, seja por determinação legal, seja por escolha da administração da empresa, e “dada a relação juridicamente fundada de controle que este tem sobre a empresa como fonte de perigo, a posição de garantidores está constituída”³⁴⁰.

³³⁹ Preferimos substituir o vocábulo “disposição” utilizado por Heloisa Estellita pela palavra “imposição”, pois é a que melhor se adequa à situação jurídica analisada.

³⁴⁰ ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 217.

5.3.3. Função exercida por não-administrador

Cuida-se de hipótese em que o dever de vigilância é atribuído a um não-administrador, ou seja, um empregado, a quem normalmente os órgãos de administração da sociedade empresária delega a função de vigilância. Essa delegação, pode ou não, conferir ao delegado poderes de intervenção direta para a evitação do resultado.

Heloisa Estellita nos lembra que essa delegação pressupõe que o delegado seja o garantidor originário, resultando em uma “cadeia de imputação”, onde haverá mais de um garantidor, “desde que ao encarregado sejam atribuídas tarefas de vigilância originariamente de competência de diversos dirigentes”³⁴¹.

Nesse contexto, ao delegante compete decidir se transfere ao delegado poderes, “ainda que parciais, de intervenção direta ou se os reserva para si”. Quando a delegação contemplar a possibilidade ao delegatário de agir de uma situação de risco a bem jurídico alheio, a questão não oferece discussão.

Por outro lado, a autora sublinha que “a polêmica fica por conta dos casos nos quais não há delegação de competência para a intervenção direta”, restando o seguinte questionamento: “pode-se constituir uma posição de garantidor por derivação (assunção) quando ao encarregado de vigilância não são igualmente delegados poderes de intervenção direta?”³⁴²

Na visão de Heloisa Estellita, na hipótese em questão, o estabelecimento da posição de garantidor do encarregado de vigilância “dependerá ou de a delegação de tarefas vir acompanhada de algum poder diretivo sobre subordinados ou de algum poder jurídico de controle conectado ao âmbito vigiado”³⁴³.

³⁴¹ ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 217.

³⁴² *Ibidem*.

³⁴³ *Ibidem*.

A autora preleciona que:

A praxis adotada na constituição de COs aponta para a alocação do cargo em um nível inferior ao da administração (no sentido societário do termo), com incumbências de implementar um sistema de prevenção e detecção, treinar empregados, vigiar o cumprimento de normas legais e regras internas da sociedade, investigar irregularidades e transmitir as informações à administração da empresa, acompanhada ou não de aconselhamento sobre como proceder. Uma figura, portanto, destituída de poder disciplinar sobre os membros da empresa, ocupem eles o escalão que for³⁴⁴.

Assim, quando se trata de delegação parcial de competências e deveres, permanece exclusivamente nas mãos do delegante o poder de intervir diretamente a fim de evitar a produção do resultado lesivo.

Nessa situação, o que o delegante transfere ao delegado são deveres diversos do poder de intervir, quais sejam: os deveres de seleção, informação, controle e supervisão, recebimento de denúncias de práticas ilícitas.

Nesse raciocínio, a delegação que não confere ao delegado o poder de intervir diante da situação de perigo ao bem jurídico de terceiros, tem por efeito excluir a posição de garantidor do delegatário, de modo que “a responsabilidade pela evitação do resultado típico causado por crimes praticados por integrantes da empresa contra terceiros permaneceria nas mãos do garantidor originário, ou seja, o administrador (delegante)”³⁴⁵.

Dito isso, é forçoso concluir que o ato de delegação não é, por si só, fundamento de constituição de uma posição de garantidor do encarregado de vigilância. Nesse sentido, assiste razão à Heloisa Estellita ao observar que “[...] está descartado o reconhecimento de uma posição de garantidor na pessoa do encarregado de cumprimento sempre que não receber, juntamente com a competência pelas tarefas, o correlato direito diretivo sobre os empregados da empresa”³⁴⁶.

³⁴⁴ ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 215-225.

³⁴⁵ *Ibidem*.

³⁴⁶ *Ibidem*.

Em outras palavras, para o estabelecimento da posição de garantidor do encarregado de vigilância no âmbito do *compliance*, é fundamental que ele detenha um poder diretivo sobre os empregados da empresa, de modo a possibilitar sua intervenção para evitar a prática de ilícitos praticados no seio do ente corporativo.

Isso posto, somente o caso concreto poderá revelar se o “feixe de atribuições normalmente delegado ao encarregado de vigilância satisfaz algum desses fundamentos”³⁴⁷, e, assim, concluir se o encarregado de vigilância assume ou não a posição de garantidor, nos do art. 13, § 2º, “b”, do Código Penal.

5.3.4. Controle da informação como forma de controle penalmente relevante

Conforme é intuitivo, cuida-se de hipótese em que o *compliance officer* detém o controle da informação acerca de uma situação de perigo para bens jurídicos de terceiros, decorrente de atos praticados por membros da empresa.

Isso ocorre em razão da delegação parcial, na qual são transmitidas ao *compliance officer* as “incumbências de vigiar o cumprimento de normas legais e regras internas da sociedade, diretamente e por meio do recebimento de denúncias de irregularidades, de investigar irregularidades e de transmitir as informações à administração da empresa”³⁴⁸.

Nessa situação, Heloisa Estellita escreve que estamos “diante de caso de delegação parcial dos deveres de garantidor, pois a competência de intervir para evitar diretamente o resultado não é delegada ao encarregado, mas permanece nas mãos do garantidor originário”³⁴⁹.

³⁴⁷ ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 215-225.

³⁴⁸ *Ibid.*, p. 221.

³⁴⁹ *Ibidem.*

Nesse contexto, a autora entende que:

Uma delegação apenas parcial dos deveres de garantidor de vigilância, porém, não descaracteriza a sua natureza. Ela atinge, neste caso, o cumprimento do dever de supervisão, cuja finalidade é justamente viabilizar o dever último do garantidor originário, de intervenção. [...] esse dever de supervisão é instrumental ao exercício do comportamento mandado de agir para evitar a ofensa ao bem jurídico via intervenção sobre a fonte de perigo. Ao assumir esse dever, o encarregado de cumprimento assume um fragmento da função de vigilância sem o qual o garantidor originário não poderá exercer seus deveres adequadamente. O cumprimento dessa tarefa de obtenção de informação (supervisão) dá tamanha vantagem de conhecimento e informação ao CO que o torna capaz, inclusive, de controlar a atuação do garantidor primário no sentido da evitação do resultado³⁵⁰.

Conclui a autora que o poder de controle da informação sobre a situação de perigo a bem jurídico alheio coloca nas mãos do *compliance officer*, ao menos parcialmente, uma parte do controle sobre a fonte de perigo, de modo que, se não repassa as informações ao delegante, bloqueia a possibilidade deste de tomar as medidas para a evitação do resultado.

Assim, segundo a autora, “é por esta razão que a literatura especializada aponta, nestes casos, uma omissão favorecedora do crime ou, até mesmo, a possibilidade de uma instrumentalização do dirigente pelo encarregado de vigilância”, o que configuraria uma autoria mediata por omissão deste último. Daí porque, na visão da autora, há fundamento material e legal para se afirmar que o *compliance officer* assume a posição de garantidor de vigilância, com fundamento no art. 13, § 2º, “b”, do Código Penal.

Concordamos com essa linha de entendimento. Conforme já mencionado, o estabelecimento da posição de garantidor do encarregado de vigilância dependerá: ou de a delegação de tarefas vir acompanhada de algum poder diretivo sobre subordinados ou de algum poder jurídico de controle conectado ao âmbito vigiado.

³⁵⁰ ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 221.

Nesse entendimento, ainda que o *compliance officer* não tenha poder diretivo sobre subordinados ou de intervir para evitar o resultado, isso em nada afeta sua posição de garantidor caso o CO tenha controle da informação conexo ao âmbito de vigilância do qual ele é responsável.

Por outro lado, consoante observa Estellita, como estaremos diante de situações de omissões sucessivas, “surgirão obstáculos nestes âmbitos, porque será necessário comprovar que se o CO tivesse cumprido seu dever de informar à cúpula da empresa, esta teria certamente cumprido seu dever de intervenção e o resultado não teria ocorrido”³⁵¹.

Além da exigência da posição de garantidor para fins de responsabilidade penal do *compliance officer* por crimes omissivos impróprios, não se pode ignorar a exigência da possibilidade jurídica de agir para que o resultado possa ser a ele imputado.

Dito isso, a possibilidade jurídica de agir para evitar o resultado limita-se “à comunicação da suspeita acerca da existência de situação de perigo ao órgão encarregado de tomar medidas diretas de intervenção, que será um órgão da administração”³⁵².

Estellita afirma que o dever do CO se encerra quando “dá cumprimento ao compromisso assumido com os órgãos de administração, ou seja, a transmissão da informação aos dirigentes”, razão pela qual entende ser duvidoso o entendimento no sentido de que o *compliance officer* tem o dever de comunicar sobre a existência de situação de perigo para pessoas ou autoridades fora da empresa, pois o CO assume o dever de comunicação perante a empresa e os dirigentes que lhe delegaram funções.

³⁵¹ ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 223.

³⁵² *Ibid.*, p. 224.

No entendimento de Artur de Brito Gueiros Souza, “a obtenção de determinada informação, bem como sua comunicação à alta direção da empresa, para fins de emenda de condutas defeituosas e indicação de sancionamento aos responsáveis”³⁵³, é o que basta para a desoneração das obrigações do *compliance officer*.

Entretanto, na hipótese de os superiores hierárquicos ignorarem as informações repassadas pelo *compliance officer* para evitar a produção do resultado, o autor recomenda que “o caminho a ser seguido pelo oficial de *compliance* seria o da formalização de denúncia às autoridades externas – agências reguladoras ou o Ministério Público – atitude que lançaria a última ‘pá de cal’ a respeito de quaisquer dúvidas eventualmente remanescentes” sobre o envolvimento do *compliance officer* com o ilícito corporativo.

Salvo as exceções previstas na lei antilavagem, inexistente norma legal determinando ao oficial de *compliance* o dever de comunicar às autoridades competentes e/ou aos órgãos de persecução penal a ocorrência de ilícitos cometidos no âmbito da empresa.

Entretanto, a fim de evitar eventual responsabilização penal por crime omissivo impróprio, a orientação proposta por Artur de Brito Gueiros Souza é oportuna e cautelosa, no sentido de recomendar ao oficial de cumprimento a comunicação formal aos órgãos estatais de persecução penal acerca de delitos praticados no ambiente corporativo.

Por fim, não se configurando nenhuma das situações jurídicas tratadas nos itens de I a IV, o que se tem é a delegação, ao *compliance officer*, de atividades secundárias, e que não tem o condão de configurar a posição de garantidor do encarregado de vigilância.

Exemplificando a situação, Heloisa Estellita menciona a incumbência, ao oficial de *compliance*, de treinar empregados sobre processos de prevenção delitiva; a instalação de um sistema de denúncias; o aprimoramento ou instalação de um software de monitoramento, em suma, atividades nas quais o CO não detém “controle nem mesmo parcial sobre a empresa, nem pela via do controle sobre o dirigente

³⁵³ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Direito penal empresarial**: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance. São Paulo: Editora LiberArs, 2021, p. 202.

onerado com o dever de garantidor, razão pela qual não nos parece cabível a assunção de uma posição de garantidor pelo encarregado”³⁵⁴.

5.4. O criminal *compliance* e a responsabilidade penal do dirigente de empresa por crimes omissivos impróprios

Delineados os contornos da responsabilidade penal do *compliance officer* por crimes omissivos impróprios, cumpre neste momento analisar, também no âmbito dos crimes omissivos impróprios, a responsabilidade penal do dirigente de empresa sob a perspectiva do criminal *compliance*.

Conforme tratado anteriormente, o dever de vigilância a fim de coibir a prática de condutas ilícitas no ambiente empresarial também pode ser objeto de delegação, no caso, estabelecendo-se uma relação jurídica envolvendo o dirigente de empresa e o encarregado de vigilância (*compliance officer*), na qualidade de delegante e delegatário, respectivamente.

Pois bem. Para que se possa falar em responsabilidade penal do dirigente de empresa, inicialmente é preciso identifica-lo. Isso posto, indaga-se: Quem é o dirigente da empresa? Dirigente da empresa é o seu administrador. E quem é (são) o(s) administrador(es) da sociedade empresária?

Respondendo a tal pergunta, Heloisa Estellita leciona que “a determinação inicial, ou indiciária, de quem são esses administradores é feita com base na legislação de regência, ou seja, em conformidade com as normas societárias”³⁵⁵, esclarecendo ainda:

³⁵⁴ ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 225.

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 132.

Serão garantidores originários aquelas pessoas que tenham uma relação juridicamente fundada de controle sobre a fonte de perigo empresa, que tem que ser confirmada pela assunção fática dessas tarefas. Essa relação dá origem ao dever especial de vigiar pessoas, ou seja, um dever de garantidor. Com isso, estabelece-se o fundamento material e legal de garantidores dos dirigentes de empresas³⁵⁶.

Dessa forma, a identificação do(s) administrador(es) de uma empresa é obtida com base na lei regulamentadora da sociedade empresária. Além disso, o administrador da empresa é o garantidor originário do dever de impedir a produção de resultado lesivo a bem jurídico alheio, nos termos do art. 13, § 2º, “b”, do Código Penal.

Entretanto, a autora adverte que nem todos na empresa exercem todas as funções e tarefas inerentes à administração da sociedade empresária e que haverá, muitas vezes, “delimitações de competências e capacidades” que impactarão na determinação do âmbito e alcance dos deveres de garantidores³⁵⁷.

Outrossim, a autora assinala que a mera designação de administrador nos documentos societários ou no organograma da empresa será irrelevante se não corresponder ao exercício fático de funções de administrador da sociedade empresária. Isso implica dizer que, para fins de responsabilidade penal, “mais valerá o exercício de fato do que a designação em documentos societários ou em contrato de trabalho”³⁵⁸.

Em contrapartida, o administrador “laranja”, que nunca desempenhou, de fato e de direito, funções inerentes à administração da empresa, não assume a posição de garantidor.

Correlacionando os conceitos de administrador e garantidor originário, Heloisa Estellita arremata afirmando que “garantidores originários de vigilância na empresa serão os integrantes de órgãos de administração que tenham uma relação juridicamente fundada de controle, ainda que parcial, sobre a empresa, e que tenham

³⁵⁶ ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 225.

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 133.

³⁵⁸ *Ibid.*, p. 132.

assumido faticamente esse controle”³⁵⁹.

No tocante ao âmbito de vigilância, é preciso ressaltar que o dirigente de empresa não é um “segurador universal”. Isso significa dizer que o dever de vigilância imposto ao dirigente de empresa restringe-se às infrações penais relativas à atividade econômica da empresa.

Assim, o dever de vigilância alcança apenas os delitos relativos à atividade da empresa.

Se o fundamento da posição de garantidor dos dirigentes é seu controle sobre a fonte de perigo empresa, apenas os crimes que sejam decorrentes dos processos e atividades próprias dessa fonte de perigo é que podem ser submetidos aos deveres de vigilância dos dirigentes e, pois, em caso de omissão de agir para evita-los, serem imputados aos dirigentes³⁶⁰.

Uma vez identificado o dirigente de empresa e estabelecida a sua posição de garantidor originário, impondo-lhe o dever de agir para evitar a produção do resultado lesivo a bens jurídicos de terceiros, parte-se agora para a verificação de sua responsabilidade penal por crimes omissivos impróprios, na perspectiva do *criminal compliance*.

Nas lições de Artur de Brito Gueiros Souza³⁶¹, com fundamento em Silva Sánchez³⁶², a posição de garantidor dos administradores possui dupla vertente: (i) orientada a evitação de resultados lesivos para a própria empresa, que faz do administrador um garante de proteção (*ad intra*); (ii) orientada à evitação de resultados lesivos que se produzem sobre pessoas externas a partir da atividade dos membros da própria empresa, em cuja essência o administrador aparece como um garante de controle (*ad extra*).

³⁵⁹ ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 134.

³⁶⁰ *Ibidem*.

³⁶¹ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Direito penal empresarial**: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance. São Paulo: Editora LiberArs, 2021, p. 198.

³⁶² SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **La expansión del Derecho Penal**: Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales. 2.ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2001, p. 79-80.

Na visão do autor, a implantação de um *compliance* eficaz surtiria o efeito de excluir a responsabilidade do dirigente de empresa. “Este, porém, seguiria ostentando a obrigação de supervisionar o trabalho do oficial de *compliance*”. Todavia, “uma gestão defeituosa do programa pode acarretar, conseqüentemente, sua responsabilidade penal”³⁶³.

Por sua vez, Fábio Antônio Tavares dos Santos afirma que sob a ótica do sistema de delegações, quando realizado de forma correta, o *compliance* tem “o condão de limitar as responsabilidades da gestão e, assim, até evitar a contaminação em linha vertical da participação criminal”, concluindo que “um sistema de *compliance* eficiente poderia, em tese, funcionar como barreira interna da expansão penal”³⁶⁴.

Prima facie, o que parece óbvio é que o *compliance* tem a missão de prevenir condutas ilícitas, mas também de apontar, limitar e isolar pessoas e setores das empresas envolvidos em situações proibidas de risco e ilegalidades. Uma das funções do sistema de *compliance*, nunca trazido à baila por ocasião de sua implementação, é evitar a responsabilidade penal do topo, fazendo-a descer, retirando-a dos mais altos gestores e deixando-a aos hierarquicamente inferiores, e também barrar a subida na forma *bottom-up* à cúpula da empresa³⁶⁵.

Renato de Mello Jorge Silveira aduz que, com a atribuição de responsabilidades ao *compliance officer*, não se está “nomeando alguém como mero bode expiatório dos órgãos diretivos”, devendo-se sempre ter em mente que “existe uma retenção de competências, ou seja, pode, sim, haver a responsabilidade, nesse caso, do próprio delegante”³⁶⁶.

Mesmo que se imagine que a empresa é quem delega o papel ao *compliance officer* agindo este como figura originária, vícios podem tornar tal nomeação absolutamente nula, além do que cabe, aos órgãos diretivos, o papel de vigilância e controle. Nesses casos, sempre será presente certo grau de responsabilidade. Não se mostraria, assim, minimamente racional, desde um ponto de vista da economia empresarial ou de isenção de responsabilidades penais, a ilusória nomeação³⁶⁷.

³⁶³ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Direito penal empresarial: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance.** São Paulo: Editora LiberArs, 2021, p. 198.

³⁶⁴ SANTOS, Fábio Antônio Tavares dos. **Direito penal empresarial: a responsabilidade penal horizontal.** São Paulo: Editora LiberArs, 2022, p. 145.

³⁶⁵ *Ibidem.*

³⁶⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime.** Coleção Ciência Criminal Contemporânea. Vol. 5. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2022, p. 244.

³⁶⁷ *Ibidem.*

Em consonância com Renato Jorge Silveira, Susana Aires de Sousa argumenta que a delegação não afasta o dever de garante originário, libertando-o de qualquer tipo de responsabilidade, mas antes modifica o seus contornos, de modo que a criação de um departamento de *compliance* (e do responsável) é por si mesma constitutiva de novos deveres para o dirigente ou administrador, tal como o dever de proporcionar ao departamento de *compliance* os meios para a realização da sua função ou o dever de supervisão, de vigilância do próprio delegado³⁶⁸.

Antes de mais nada, é preciso sempre ter em mente que o criminal *compliance* não tem por objetivo transferir a quem quer que seja ou isentar a responsabilidade penal de ninguém, por crimes cometidos no ambiente corporativo.

Dito isso, se o objetivo da implantação do *compliance* for a transferência ou a exclusão de responsabilidade penal por eventual delito que venha a ocorrer no seio da empresa, isso não surtirá nenhum efeito prático.

Ademais, havendo um programa de *compliance* eficaz, o que se tem é a figura de um encarregado do dever de vigilância (*compliance officer*), que assume, de forma delegada, a responsabilidade de vigiar condutas ilícitas no interior da empresa.

Ou seja, é o instrumento jurídico da delegação, e não o *compliance*, que produz o efeito de transferir o dever de vigilância do delegante (dirigente de empresa) ao delegado (*compliance officer*).

Essa delegação, consoante já tratado, produz importantes efeitos jurídicos, alcançando tanto o delegante (dirigente de empresa) quanto o delegado (*compliance officer*).

Ao tratar da responsabilidade do *compliance officer*, Renato Jorge Silveira argumenta que este personagem “[...] exerce, sim, um papel de delegado com poderes de garantia, e, por isso, seria plenamente responsável a título penal.

³⁶⁸ SOUSA, Susana Aires de. **Questões fundamentais de Direito Penal da Empresa**. Portugal: Almedina, 2023.

A assunção desse papel de garante, com todas as implicações que lhe são impostas, deu-se a livre título”, concluindo que “havendo as condições para o exercício de seu desempenho, o *compliance officer* mostra-se penalmente solidário a tudo que for de seu mister cuidar, vigiar, controlar ou proteger”³⁶⁹.

Todavia, mais uma vez é preciso reforçar: ao delegar o dever vigilância ao *compliance officer*, o delegante (dirigente, administrador, gestor, diretor) não abdica do dever de diligência, ou seja, o dever de fiscalizar e supervisionar a atividade do delegado.

Some-se a isso o fato de que, a delegação que não confere ao delegado o poder de intervir diante da situação de perigo ao bem jurídico de terceiros, resulta na exclusão da posição de garantidor do delegado, de modo que “a responsabilidade pela evitação do resultado típico causado por crimes praticados por integrantes da empresa contra terceiros permaneceria nas mãos do garantidor originário, ou seja, o administrador (delegante)”³⁷⁰.

A literatura especializada informa que normalmente não se transfere ao *compliance officer* o poder de agir para evitar a produção do resultado, o que, conforme acima mencionado, exclui sua responsabilidade penal. Neste caso, a imputação jurídico-penal recai na figura do delegante (dirigente de empresa).

Ainda que se cogite da delegação, ao *compliance officer*, do dever de agir para evitar a produção do resultado, certo é que sempre haverá a obrigação dos órgãos diretivos de supervisionar e fiscalizar as atividades do *compliance officer*.

Logo, a delegação do dever de vigilância ao *compliance officer* não libera ou blinda os integrantes da alta cúpula da empresa da responsabilidade penal por delito empresarial. Portanto, o *compliance* não “poupa ninguém” por eventual crime de natureza econômica.

³⁶⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial**: a omissão do empresário como crime. Coleção Ciência Criminal Contemporânea. Vol. 5. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2022, p. 244.

³⁷⁰ ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 219.

Não se pode admitir, sob o pretexto da existência de um programa de *compliance* efetivo, a exclusão ou mesmo a mitigação da responsabilidade penal dos dirigentes de empresa em razão da transferência do dever de vigilância ao *compliance officer*.

Ao tratar da possibilidade de exclusão da responsabilidade penal do dirigente de empresa no âmbito do criminal *compliance*, Paulo César Busato afirma que “admitir esta perspectiva é transformar o *compliance officer* em um ímã para atrair a descarga elétrica penal, a absorver a responsabilidade que seria destinada aos diretores, sócios e à empresa”³⁷¹.

Nesse raciocínio, não se pode conceber a exclusão da responsabilidade penal do dirigente de empresa em razão da transferência do dever de vigilância com *compliance officer*. A responsabilidade penal do agente é regulada por normas de Direito Público, ao passo que a transferência do dever de vigilância decorrente do criminal *compliance* se insere na autonomia da vontade dos sujeitos envolvidos, não tendo aptidão para produzir efeitos na responsabilidade penal do dirigente empresarial que o ordenamento jurídico penal não prevê.

Conforme já mencionado, ainda que o dirigente de empresa transfira, por delegação, o dever de vigilância ao *compliance officer*, certo é que sempre haverá a obrigação dos órgãos diretivos de supervisionar e fiscalizar as atividades do oficial de cumprimento.

Nessa diretriz, Renato Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz lecionam que o *compliance officer* não assume todas as responsabilidades da empresa, porém assume, de forma delegada, a responsabilidade de vigilância sobre as condutas limites da empresa, de modo que suas funções “seriam para além de um funcionário ou auditor, aproximando-se da função de um criminólogo, o qual tem que controlar tudo o que se passa na empresa, para, em tempo, passar aos canais competentes”³⁷².

³⁷¹ BUSATO, Paulo César. O que não se diz sobre o criminal compliance. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. **Estudos sobre law enforcement, compliance e direito penal**. Portugal: Almedina, 2018, p. 42.

³⁷² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 145.

Na visão dos autores em tela, havendo falhas na vigilância, seria o *compliance officer* o responsável, pois “abandona a figura de *extraneus* e assume verdadeiramente a figura de *intraneus*”³⁷³. Entretanto, detectando os eventuais problemas e comunicando-os ao delegante, assume este a responsabilidade penal.

Diante disso, defendemos o entendimento de que a transferência do dever de vigilância ao *compliance officer* não tem o condão de excluir a responsabilidade penal do dirigente de empresa.

Isso porque, nosso ordenamento jurídico em nenhum momento atribui o efeito de excluir a responsabilidade penal do dirigente empresarial, na hipótese de transferência do dever de agir ao *compliance officer*.

Logo, não se pode atribuir um efeito jurídico consistente em afastar ou mesmo mitigar a responsabilidade penal do dirigente empresarial, que o Direito Penal e a legislação extravagante não preveem. Admitir o contrário, salvo melhor juízo, seria conferir poder legiferante aos particulares.

Nesse mesmo entendimento, Paulo César Busato conclui:

Portanto, o eventual incumprimento desta tarefa, que o diretor delega ao *compliance officer*, em princípio, não tem maiores efeitos do que cabe estabelecer na esfera do direito do trabalho (trata-se de um empregado da empresa) ou do direito civil (caso seja um terceiro que é contratado para a tarefa), já que se trata do incumprimento de uma tarefa de origem estritamente laboral ou de um contrato de prestação de serviço. Não tem nada a ver com a assunção de responsabilidade na empresa, e, menos ainda, no âmbito do direito penal. Isto é fácil de se observar, pois a atividade de *compliance officer* não se regula por normas públicas, mas sim por uma decisão entre partes privadas³⁷⁴.

Dessa forma, o criminal *compliance* não tem aptidão para surtir efeito na responsabilidade penal do dirigente empresarial, cabendo apenas ao Estado, no exercício do *jus puniendi* (direito de punir), afastar ou atenuar tal responsabilidade.

³⁷³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 145.

³⁷⁴ BUSATO, Paulo César. O que não se diz sobre o criminal compliance. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. **Estudos sobre law enforcement, compliance e direito penal**. Portugal: Almedina, 2018, p. 43.

Por outro lado, é possível vislumbrar consequências jurídicas de outra natureza no tocante à sanção penal imposta, conforme será analisado no item subsequente.

5.5. As repercussões jurídicas do *compliance* no âmbito penal

Caminhando para o desfecho do trabalho, retorna-se ao problema de pesquisa proposto: Qual(is) a(s) consequência(s) jurídica(s) da delegação do dever de vigilância dos programas de *compliance* na esfera criminal?

É possível vislumbrar efeitos jurídicos decorrentes da adoção do criminal *compliance* no tocante à dosimetria da pena imposta ao dirigente de empresa.

Com efeito, uma vez demonstrada e reconhecida a culpabilidade do dirigente de empresa por crime omissivo impróprio, nada impede o julgador de, na ocasião da dosimetria da pena, levar em consideração o programa de *compliance* na avaliação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

A norma penal em questão trata da fixação da pena, dispondo que o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Nesse raciocínio, entendemos que, por ocupar o dirigente de empresa a posição de garantidor originário quanto ao dever de vigilância em relação à fonte de risco empresa, o *compliance*, cujo objetivo primordial é evitar a produção do resultado, poderá ser utilizado pelo julgador como circunstância judicial, favorável ou desfavorável ao agente, no momento da dosimetria da pena.

Assim, ao avaliar as circunstâncias do crime imputado ao dirigente de empresa, poderá o julgador, na primeira fase de dosimetria de pena, deixar de exasperar a pena-base, caso verifique que, não obstante o *compliance* não tenha evitado a produção do resultado, o programa de integridade e as investigações internas dele decorrente forneceu ao julgador elementos probatórios idôneos e suficientes para o esclarecimento do delito, suas circunstâncias e respectiva autoria delitiva.

Nessa hipótese, o julgador estará valorando o *compliance* como circunstância judicial favorável ao agente, deixando, pois, de exasperar a pena-base do delito.

Por outro lado, o contrário também é possível, ou seja, o julgador poderá exasperar a pena-base do dirigente de empresa, ao verificar que o agente deixou de implementar um programa de *compliance* exigido pela legislação.

Nesse raciocínio, Artur de Brito Gueiros Souza entende que, caso ocorra a não implementação do *compliance* (*non-compliance*), mas a lei (*hard law*) ou a regulação setorial onde a empresa atue (*soft law*) exija a adoção de um programa de integridade, a atribuição de responsabilidade a título de autoria ao dirigente que se omitiu do controle seria juridicamente plausível³⁷⁵.

*Argumenta o autor que “haveria uma sintonia entre a situação de non-compliance e a imputação de autoria pela posição de garantidor, fundamentando-se uma omissão punível dos dirigentes, bem como da própria empresa, nos sistemas que a admitem”*³⁷⁶.

Diante disso, seria possível utilizar o *non-compliance* como circunstância judicial desfavorável ao dirigente de empresa, na fixação da pena pelo julgador.

Do mesmo modo, poderá o programa de *compliance* ser valorado como atenuante inominada, nos termos do art. 66 do Código Penal, que estabelece que a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

³⁷⁵ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Direito penal empresarial: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance.** São Paulo: Editora LiberArs, 2021, p. 183.

³⁷⁶ *Ibidem.*

Ilustrando tal hipótese, suponhamos que o *compliance* tenha falhado na evitação do resultado e o dirigente de empresa, após tomar ciência da ocorrência de crime empresarial, leve imediatamente ao conhecimento aos órgãos de persecução penal a existência do delito em questão. Nesse cenário, tal comportamento do dirigente de empresa poderá ser valorado pelo julgador como circunstância atenuante inominada, resultando, pois, na atenuação da pena imposta.

Vê-se, portanto, que o programa de *compliance* é uma via de mão-dupla, visto que possibilita ao julgador extrair tanto consequências favoráveis como desfavoráveis ao agente, na ocasião da dosimetria da pena.

Assim, defendemos o entendimento de que, se o programa de *compliance* contribuiu para a formação da convicção do julgador³⁷⁷, fornecendo elementos probatórios idôneos e suficientes para fundamentar a condenação do dirigente de empresa por crime omissivo impróprio, deverá o magistrado valorar tal situação jurídica como circunstância judicial favorável ao agente, ou, ainda, como atenuante inominada.

Fábio Ramazzini Bechara e Lucas Ferreira Cereser³⁷⁸ anotam que o *compliance* pode ser utilizado como “régua de fixação da culpabilidade, produzindo reflexos como fator de operação no campo da pena aplicada às pessoas jurídicas”³⁷⁹.

A nosso ver, embora os autores se refiram à culpabilidade da pessoa jurídica, trata-se de entendimento que, salvo melhor juízo, pode ser empregado ou adaptado na verificação da responsabilidade penal do dirigente de empresa por crimes omissivos impróprios.

Nesse panorama, os autores sustentam que o *compliance* permite o estabelecimento de “parâmetros pré e pós-delitivos, habilitando a interpretação judicial a respeito da determinação do grau de culpabilidade corporativa”, e sendo assim,

³⁷⁷ É o caso, por exemplo, da utilização, pelo magistrado, do material obtido com a investigação interna realizada pela empresa para fundamentar a condenação do dirigente empresarial.

³⁷⁸ BECHARA, Fábio Ramazzini; CERESER, Lucas. O caso Brumadinho: uma análise a partir da responsabilidade penal corporativa e dos programas de compliance. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**. 17, 1 (jul. 2022), p. 9 - 23. Disponível em: <<https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/266/196>>. Acesso em: 31 jul. 2023.

³⁷⁹ Nesse caso, o entendimento se aplica aos crimes ambientais imputados à pessoa jurídica.

deverá o julgador “se atentar para a extensão dos seguintes parâmetros”:

- Nível de engajamento da direção e administração na promoção de uma cultura de não tolerância a violações das políticas internas e dos preceitos normativos. O que pode ser comprovado por meio da transparência, da *Accountability* e da inclusão dos afetados (*stakeholders*) nos processos decisórios, bem como pelo apoio institucional na assimilação (ciência) de todos em relação aos valores e as políticas institucionais.
- Capacidade das políticas e valores internos (códigos de ética e de conduta corporativo) em orientar e vincular todos os integrantes da empresa (desde os mais altos administradores até o funcionário chão de fábrica), de forma que exista coerência entre a ética normativa e a ética aplicada no cotidiano da empresa. Importa saber como tais códigos internos eram comunicados aos empregados; como se lidava com as infrações éticas e se os resultados dos treinamentos implicavam na consolidação de uma mentalidade preventiva.
- Independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa, de modo que não seja um mero apêndice do setor jurídico da empresa ou subordinado a alta cúpula.
- Tratamento a respeito dos potenciais riscos previamente mapeados: havia alocação de recursos suficientes para o seu controle? Com que frequência ocorria sua revisão?
- Operacionalidade dos controles para a detecção dos riscos: Os canais de denúncia de irregularidades e eventuais auditorias captavam informações sensíveis? Permitiam a chegada de informações relevantes para que o órgão receptor responsável possa adotar procedimentos orientados à interrupção da infração praticada? Houve investigação interna transparente, com o fim de descobrir os envolvidos, os métodos utilizados e a dimensão do ilícito? Em envolvendo intermediação de terceiros, foi observado procedimentos de *due diligence*?
- Sistema para a “gestão de crises”, isto é, planejamento prévio para a contenção e minimização de danos, quando estes vierem a ocorrer. Importa, portanto, verificar a existência de procedimentos que permitam, em tempo hábil, remediar

maiores danos. Além disso, no caso de agravamento e ciência da crise, deve-se levar em conta a “comunicação plena dos fatos (*full disclosure*)” e o “dever de sinceridade (*duty of candor*)”.

Argumentam os autores que “a interpretação judicial não deveria desconsiderar a avaliação de estratégias de gestão de riscos como elemento importante de manifestação do comportamento corporativo autêntico”, e que para tanto, é “necessário que as empresas submetam as métricas de *compliance* a uma avaliação científica que seja capaz de demonstrar verdadeiros esforços institucionais” na prevenção e reação aos potenciais riscos advindos da atividade econômica, “daí a relevância em estabelecer parâmetros normativos que possam analisar essas métricas de *compliance* fornecidas pelas próprias entidades empresariais acerca de sua organização”³⁸⁰.

³⁸⁰ BECHARA, Fábio Ramazzini; CERESER, Lucas. O caso Brumadinho: uma análise a partir da responsabilidade penal corporativa e dos programas de compliance. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**. 17, 1 (jul. 2022), p. 9 - 23. Disponível em: <<https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/266/196>>. Acesso em: 31 jul.2023.

CONCLUSÃO

Conforme se procurou demonstrar ao longo do trabalho, os delitos de natureza econômica desafiam a dogmática penal tradicional, no sentido da necessidade premente de se reajustar o Direito Penal clássico às especificidades da criminalidade de empresa.

Nesse panorama, o contexto social atual demanda um Direito Penal readequado e readaptado às novas exigências da sociedade risco, de modo a torná-lo mais eficaz no combate à moderna criminalidade.

Diante disso, no âmbito da sociedade de risco, destaca-se a empresa como fonte de risco ou perigo a bens jurídicos alheios e a problemática consistente na imputação jurídico-penal dos delitos decorrentes da atividade econômica.

A forma como a empresa é estruturada, mediante a divisão e transferência de tarefas, a departamentalização, e o fluxo de informações que permeia a organização empresarial exigem dos agentes de persecução penal cautela redobrada quanto à imputação de delitos praticados no seio da empresa.

De outro lado, na era da sociedade de risco, o Estado já não consegue mais exercer com exclusividade o controle sobre as fontes de perigo aos bens jurídicos de natureza difusa, recorrendo aos agentes econômicos para que estes cooperem com o Estado a fim de evitar a lesão a bens jurídicos.

Nessa diretriz, surge o *compliance* como instituto jurídico que assume para si, entre outras, a tarefa de mitigar os riscos de lesão a bens jurídicos alheios decorrentes da exploração da atividade econômica.

Nesse cenário, da mesma forma que ocorre com outras tarefas inerentes à atividade econômica, a função de vigilância sobre as fontes de risco da empresa é comumente transferida de um agente para outro, mediante delegação, assumindo o delegante (dirigente empresarial) e o delegado (*compliance officer*) o dever de garante a fim de evitar a produção do resultado.

Dito isso, ganha destaque o *compliance officer* (oficial de cumprimento) como o responsável encarregado da implementação e funcionamento eficiente do programa de conformidade no ambiente corporativo.

Conforme exaustivamente mencionado, a assunção do dever de vigilância por parte do *compliance officer* não tem o condão de eximir o dirigente de empresa da responsabilidade penal por crime omissivo impróprio, posto que o gestor empresarial é o garantidor originário de evitar a produção do resultado, nos termos do art. 13, § 2º, “b”, do Código Penal.

Entretanto, o dirigente de empresa não é um “segurador universal”, isto é, ele não responde penalmente, em qualquer circunstância, por todo e qualquer delito decorrente da atividade empresarial, cabendo ao intérprete examinar a qualidade dos poderes por ele transferidos ao encarregado do dever de vigilância (*compliance officer*), por meio da delegação, com o intuito de apurar a eventual responsabilidade penal do dirigente de empresa por crime omissivo impróprio.

Não se pode, porém, ignorar as consequências jurídicas derivadas do *compliance* ou do *non-compliance* (não implementação do *compliance* quando sua adoção for exigida pela lei ou instrumentos regulatórios) no tocante à dosimetria da pena, repercutindo diretamente no grau de culpabilidade do agente, seja ele o dirigente de empresa ou o *compliance officer*.

Embora se trate de instituto jurídico de relevante utilidade, o que se nota é que o Estado pouco tem feito para estimular a cultura do *compliance* nas empresas. A impressão que se tem é que o *compliance* encontra-se em “fase experimental”, onde o Estado aguarda passivamente a adesão das empresas aos programas de integridade, sem, no entanto, implementar uma contrapartida vantajosa que torne o *compliance* um instituto atrativo e promissor aos olhos das empresas.

Ora, as vantagens decorrentes da adoção do programa de *compliance* são inúmeras, conforme abordado no item “4.1 Aspectos introdutórios”, do capítulo 4. Porém, quando voltamos os olhos para o criminal *compliance*, verifica-se a existência de uma legislação tímida e aquém do potencial de benefícios que o instituto pode proporcionar tanto aos órgãos de persecução penal quanto aos seus destinatários (empresas de um modo geral).

O *compliance* é uma tendência irreversível, daí porque é imperiosa a necessidade de uma legislação na seara criminal contemplando benefícios que tenham o poder de persuadir as empresas a implementar e colocar em prática um programa de criminal *compliance* efetivo, incorporado à cultura empresarial.

Nesse raciocínio, a fim de contribuir para o aprimoramento e consolidação do criminal *compliance* em nosso ordenamento jurídico, a proposta por nós aventada consiste em permitir o acordo de colaboração premiada entre o Ministério Público e o imputado/colaborador (dirigente empresarial, *compliance officer*), de modo que o material probatório obtido com a investigação interna levada a efeito pelas empresas na apuração de delito empresarial seja entregue aos órgãos de persecução penal, em troca da obtenção de benefícios em favor do colaborador.

Conforme leciona Júlia Flores Schütt, os crimes corporativos são difíceis de detectar e provar, uma vez que “o rastro que deixam – ainda que documental – geralmente é mantido sob o controle da própria entidade”, ou seja, “as únicas fontes probatórias capazes de elucidar tais crimes são os arquivos internos da organização, pois são os que permitem certa rastreabilidade de suas transações”³⁸¹.

Além disso, os crimes praticados no ambiente corporativo, em regra, são tecnicamente complexos e seu esclarecimento demanda um conhecimento especializado na obtenção de provas de conteúdo econômico ou contábil, resultando na “dilatação temporal das investigações” que tornam “os custos processuais tão altos, que dificilmente possui um Estado com capacidade orçamentária para suportar”³⁸².

Júlia Flores Schütt pontua que:

[...] as conclusões compiladas pelo *compliance officer* na antessala privada da investigação avançam para o conhecimento dos órgãos de persecução penal”, consistindo em robusto acervo probatório “apto a cooperar com as forças estatais no combate à criminalidade empresarial”³⁸³.

³⁸¹ SCHÜTT, Júlia Flores. Compliance criminal como instrumento de privatização da tutela de direito penal. In: SCHNEIDER, Alexandre; ZIESEMER, Henrique da Rosa (Coord.). **Temas atuais de compliance e Ministério Público: uma nova visão de gestão e atuação institucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 337.

³⁸² *Ibidem*.

³⁸³ *Ibidem*.

Menciona a autora, ainda, que:

Nítido, portanto, que a efetividade das funções investigativas desenvolvidas no âmbito empresarial, especificamente na execução das diligências esboçadas valendo-se de um programa de *compliance* penal, depende, necessariamente, de que os elementos probatórios colhidos ultrapassem as grades da empresa para chegar às mãos de quem poderá dar fiel cumprimento ao *ius puniendi* estatal, dando desfecho, assim, a um método cooperativo entre o Poder Público e a esfera privada na busca do combate à impunidade que tende a blindar as condutas criminosas que identificam na pessoa jurídica um escudo à tutela penal³⁸⁴.

Assim, no âmbito da Lei n. 12.850/2013, que trata, dentre outros assuntos, do instituto da colaboração premiada, nossa sugestão consiste na inclusão do § 1º-A ao art. 4º do diploma legal em questão, com a seguinte redação:

Art. 4º. § 1º-A No caso de infrações penais praticadas em decorrência da exploração de atividade econômica ou cometidas no âmbito de sociedade empresária, ainda que não configurada organização criminosa nos termos desta Lei, é admissível a celebração de acordo de colaboração premiada, desde que implementado pela empresa e em efetivo funcionamento um programa de *compliance*, e o colaborador forneça aos órgãos de persecução penal o material obtido com as investigações internas realizadas pela sociedade empresária, e sobrevenha um ou mais dos resultados previstos nos incisos I a IV, do caput deste artigo.

Dessa forma, para fins de obtenção dos benefícios de direito premial previstos no *caput* do art. 4º da Lei n. 12.850/2013, deverá haver um programa de *compliance* em efetivo funcionamento, exigindo-se do colaborador a entrega do material obtido com as investigações internas realizadas pelas empresas.

Nessa perspectiva, com a proposta legislativa acima sugerida almeja-se incentivar as empresas a implementarem programas de *compliance* idôneos e efetivos, e, ao mesmo tempo, colaborar com os órgãos de persecução penal na tarefa de investigar crimes empresariais de difícil e custosa apuração, evitando, assim, a impunidade.

³⁸⁴ SCHÜTT, Júlia Flores. Compliance criminal como instrumento de privatização da tutela de direito penal. In: SCHNEIDER, Alexandre; ZIESEMER, Henrique da Rosa (Coord.). **Temas atuais de compliance e Ministério Público: uma nova visão de gestão e atuação institucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 337.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Juan Borges de. Justiça negociada e *compliance*. **ESUMP/GO**. <https://esump.mpggo.mp.br/cursos/pluginfile.php/38118/mod_folder/content/0/Apresentata%C3%A7%C3%A3o%20-%20Justi%C3%A7a%20Negociada%20e%20Compliance%20.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2023.
- ARARUNA, Rangel Bento. A teoria do domínio do fato e sua adoção no Brasil. **Cadernos do Ministério Público do Estado do Ceará**. Disponível em: <<https://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2017/07/4-A-Teoria-do-Dom%C3%ADnio-do-Fato-e-Sua-Ado%C3%A7%C3%A3o-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2023.
- ARAÚJO, Fábio Roque. **Curso de Direito Penal** – Parte Geral. Salvador: Juspodivm, 2018.
- BASOCO, Juan María Terradillos. Concepto y método del derecho penal económico. In: SERRANO-PIEDRECASAS, José Ramón; DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir.). **Cuestiones actuales de derecho penal económico**. Madrid: Colex, 2008.
- BECHARA, Fábio Ramazzini; CERESER, Lucas. O caso Brumadinho: uma análise a partir da responsabilidade penal corporativa e dos programas de *compliance*. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**. 17, 1 (jul. 2022), p. 9 - 23. Disponível em: <<https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/266/196>>. Acesso em: 31 jul.2023.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade**. Tradução Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2011.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz; RIZZO, Beatriz Dias; ROCHA, Marcela. Algumas linhas sobre *compliance* criminal. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BRAITHWAITE, John. Enforced self-regulation: a new strategy for corporate crime control. In **Michigan Law**, v. 80, 1982.
- BRUNO, Aníbal. **Direito Penal** – Parte geral, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- BUSATO, Paulo César. O que não se diz sobre o criminal *compliance*. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa. **Estudos sobre law enforcement, compliance e direito penal**. Portugal: Almedina, 2018.
- CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia Programas de Compliance**. Janeiro/2016. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2023.

CALLEGARI, André Luís; ANDRADE, Roberta Lofrano. Sociedade do risco e Direito Penal. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, n. 26, p. 115-140, 2020.

CEBALLOS, Elena B. Marín de Espinosa. La responsabilidad penal en estructuras jerárquicamente organizadas y complejas. In **Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa**. CORIA, Dino Carlos Caro (Org.) Lima: INDECOPI, 2011.

COIMBRA, Marcelo Aguiar; BINDER, Vanessa Alessi Manzi (Org.). **Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações**. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

CONDE, Francisco Muñoz. Problemas de autoria y participación en el derecho penal económico, o ¿como imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ambito de la delincuencia económica empresarial? In **Revista Penal**. N. 9, Barcelona, 2002.

COSTA, Danilo Miranda. **Criminalidade de empresa – Sintomas e alternativas às dificuldades de responsabilização penal individual por ilícitos cometidos no âmbito da atividade empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 114/2015.

COSTA, Helena Regina Lobo; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Compliance e o julgamento da APN 470*. **Revista Brasileira de Ciências Jurídicas Criminais**. v. 106, 2014.

CRESPO, Eduardo Demetrio. Sobre la posición de garante del empresário por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados. In: PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel. **Direito penal empresarial, crime organizado, extradição e terrorismo**. Vol. VI. São Paulo: Ed. RT, 2011.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

DELOITTE. Integridade Corporativa no Brasil. **Evolução do compliance e das boas práticas empresariais nos últimos anos Pesquisa 2022**. Disponível em: <<https://rbpcimagens.s3.sa-east-1.amazonaws.com/pesquisa-integridade-corporativa-brasil-2022.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2023.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**. Parte Geral. Vol. 1. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa**. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

FRAZÃO, Ana. Programas de *compliance* e critérios de responsabilização de pessoas jurídicas por ilícitos administrativos. In: ROSSETI, Maristela Abla; PITTA, Andre Grunspun (Coord.). **Governança corporativa: avanços e retrocessos**. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. *Corrupção, cultura e compliance: o papel das normas jurídicas na construção de uma cultura de respeito ao ordenamento*. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. *Desafios para a efetividade dos programas de compliance*. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**, Belo Horizonte: Fórum, 2018.

GEMAQUE, Sílvio César Arouck. *Limites do direito penal na moderna sociedade de riscos*. **Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União**. n. 8, p. 137-149, 2003.

GRECO, Luís. **Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**. Tradução de Ronan Rocha. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

GÜNTHER, Klaus. **De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber ¿un cambio de paradigma em derecho penal?** Traducción por Jesús-Maria Silva Sánchez. VV.AA. *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000.

HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad penal: Bases para uma teoria de la imputación em derecho penal**. Trad. Francisco Munhõz Conde e Maria Del Mar Diaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

HASSEMER, Winfried. **Rasgos y crisis del derecho penal moderno**. Traducción de Elena Larrauri. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1992.

LAFUENTE, Alfredo Liñán. **La responsabilidad penal del compliance officer**. Cizur Menor: Thompson Reuters Aranzadi, 2019.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª Ed. Porto: Alegre, 2003.

LUZ, Ilana Martins. **Compliance e omissão imprópria**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do Risco e Direito Penal**. Uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e reflexividade: uma avaliação jurídico-sociológica de novas tendências político-criminais**. 2003. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. Acesso em: 13 fev. 2023.

MARRARA, Thiago. *Quem precisa de programas de integridade (compliance)?* In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**, Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MARTÍN, Adan Nieto. Investigações internas. In: MARTÍN, Adan Nieto (Org). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 2º ed., São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

MARTÍN, Adán Nieto. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. **Compliance y Teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

MASI, Carlo Velho. **A superação do Direito Penal “clássico”**: tendências político-criminais na sociedade contemporânea. Revista Liberdades nº 15. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Janeiro/abril de 2014. Disponível em: https://ibccrim.org.br/media/publicacoes/arquivos_pdf/integra15.pdf#page=46. Acesso em: 14 de mar. 2023.

MAYRINK, Renata Pereira. **Responsabilidade penal do compliance officer**: a omissão imprópria e os pressupostos para a tipicidade. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**. Vol. I. São Paulo: Ed. Forense, 2017.

OLIVA, Milena Donato; SILVA, Rodrigo da Guia. Origem e evolução história do *compliance* no direito brasileiro. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). **Compliance**: perspectivas e desafios dos programas de conformidade. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

OLIVEIRA, Danilo Emanuel Barreto de. Redução de riscos da investigação interna autorregulada. In: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Estudos de compliance criminal**. Porto Alegre: Editora Fi, 2020. Disponível em: <https://www.editorafi.org/_files/ugd/48d206_f1addba45fcb4515a90abf1bb5999635.pdf> Acesso em: 20 jun. 2023.

PEREIRA, Henrique Viana. **A função social da empresa e as repercussões sobre a responsabilidade civil e penal dos empresários**. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2014. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PereiraHVd_1.pdf. Acesso em: 13 fev. 2023.

PROGRAMA DE INTEGRIDADE. Diretrizes para Empresas Privadas. **Controladoria Geral da União**. 2015. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf> Acesso em: 18 abr. 2024.

RENNER, Mauro Henrique. **O crime organizado e a expansão do Direito Penal**: condições e possibilidades da repatriação de ativos no Brasil. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Porto Alegre, 2018. Disponível em: https://desenv.fmp.edu.br/wp-content/uploads/2021/03/Mauro_henrique_renner_dissertacao_mestradoFMP.pdf. Acesso em: 09 mar. 2023.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado.** Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Disponível em: <https://core.ac.uk/reader/79130050>. Acesso em: 28 jan. 2023.

ROCHA, Renan. **A relação de causalidade no direito penal.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Trad. Justa Gómez Navajas. *In Revista de Estudios de la Justicia*. N. 7, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2006.

SALLES, Leonardo Guimarães. **Criminal compliance: a delimitação da responsabilidade penal nas organizações empresariais complexas.** Dissertação – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SallesLG_1.pdf. Acesso em 13 fev. 2023.

SANCHEZ, Bernardo Feijóo. **Autoria e participação em organizações empresariais complexas.** Revista Liberdades, n. 9, p.26-57, 2012. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/media/posts/arquivos/11/artigo2.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2023.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal em las sociedades posindustriales.** 2.ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

SANTOS, Fábio Antônio Tavares dos. **Direito penal empresarial: a responsabilidade penal horizontal.** São Paulo: Editora LiberArs, 2022.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia.** Trad. Cuello Contreras y González de Murillo. Madrid: Marcial Pons: Madrid, 2009.

SCHÜTT, Júlia Flores. **Compliance criminal como instrumento de privatização da tutela de direito penal.** In: SCHNEIDER, Alexandre; ZIESEMER, Henrique da Rosa (Coord.). Temas atuais de *compliance* e Ministério Público: uma nova visão de gestão e atuação institucional. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

SCHÜTT, Júlia Flores. Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial. In: LOTHAR, Kühlen; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (eds.). **Compliance y teoría del derecho penal.** Madrid: Marcial Pons, 2013.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime.** Coleção Ciência Criminal Contemporânea. Vol. 5. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2022.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção.** São Paulo: Saraiva, 2015.

SIMONSEN, Ricardo. Os requisitos de um bom programa de *compliance*. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SOUSA, Susana Aires de. **Questões fundamentais de Direito Penal da Empresa**. Portugal: Almedina, 2023.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Direito penal empresarial: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do *compliance***. São Paulo: Editora LiberArs, 2021.

TAVARES, Débora Santos. Riscos criminais da atividade empresarial: considerações sobre a postura colaborativa das empresas no processo penal. In: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Estudos de *compliance* criminal**. Porto Alegre: Editora Fi, 2020.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. **Evaluation of corporate *compliance* programs**. Disponível em: <https://www.justice.gov/crimina-l-fraud/page/file/937501/download> Acesso em: 19 jun. 2023.

VALENTE, Victor Augusto Estevam. **Direito Penal de Empresa & Criminalidade Econômica Organizada**. Curitiba: Ed. Juruá, 2015.

VECCHIO, Fabrizio Bom; BECK, Francis Rafael. O criminal *compliance* e seus efeitos: entre a prevenção ao cometimento de crimes e o afastamento e mitigação da responsabilidade penal do administrador. **RGC - Revista de Governança Corporativa**. 24.05.2023. Disponível em: <<https://iberoamericancg.org/Journals/article/view/134>>. Acesso em: 19 jun. 2023.

VERÍSSIMO, Carla. **Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorruptivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.