



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUIZA DE SENA GÓES LEAL

**A RESPONSABILIDADE JURÍDICO-PENAL DO
COMPLIANCE OFFICER PELA SUA OMISSÃO ANTE AS
INFRAÇÕES COMETIDAS NO ÂMBITO DA PESSOA
JURÍDICA**

Salvador
2018

LUIZA DE SENA GÓES LEAL

**A RESPONSABILIDADE JURÍDICO-PENAL DO
COMPLIANCE OFFICER PELA SUA OMISSÃO ANTE AS
INFRAÇÕES COMETIDAS NO ÂMBITO DA PESSOA
JURÍDICA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Doutor Sebastián Borges de Albuquerque Mello.

Salvador
2018

LUIZA DE SENA GÓES LEAL

**A RESPONSABILIDADE JURÍDICO-PENAL DO
COMPLIANCE OFFICER PELA SUA OMISSÃO ANTE AS
INFRAÇÕES COMETIDAS NO ÂMBITO DA PESSOA
JURÍDICA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em 26 de fevereiro de 2018.

Sebastião Borges de Albuquerque Mello
Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Fabiano Cavalcante Pimentel
Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Thaize de Carvalho Correia
Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

LEAL, Luiza de Sena Góes. **A responsabilidade jurídico-penal do *compliance officer* pela sua omissão ante as infrações cometidas no âmbito da pessoa jurídica.** Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

RESUMO

O presente estudo tem por finalidade fazer uma análise a respeito da responsabilidade jurídico-penal do *compliance officer* pela sua omissão ante infrações cometidas no âmbito das pessoas jurídicas no Brasil. Para tanto, inicialmente serão feitas considerações acerca do surgimento e do que são sistemas de *compliance*, demonstrando a importância desses elementos na atualidade e a necessidade de sua implantação no contexto do mundo globalizado. Por conseguinte, far-se-á uma verificação do regulamento normativo existente sobre o tema, adentrando na análise da Lei Anticorrupção, a fim de compreender seus reflexos nas pessoas jurídicas e nos programas de *compliance*. Em seguida, passa-se à análise da figura do *compliance officer* por meio do estudo de suas funções, deveres e poderes, a fim de definir o seu papel dentro da empresa. Nesse diapasão, emerge a discussão a respeito das consequências jurídico-penais para o *compliance officer* pela omissão no cumprimento dos seus deveres de controle e vigilância, perpassando pela análise da figura do garantidor na teoria do delito, a fim de definir a natureza jurídica da posição assumida pelo *compliance officer* na empresa. Desse modo, serão expostas diferentes teorias sobre o tema, para, ao final, estabelecer se o mesmo é um autêntico garantidor à luz do ordenamento jurídico brasileiro, definindo o alcance e limites de sua possível responsabilização penal por omitir-se diante de condutas delituosas.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO PENAL ECONÔMICO; *COMPLIANCE OFFICER*; RESPONSABILIDADE; CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS; FIGURA DO GARANTIDOR.

LEAL, Luiza de Sena Góes. **A responsabilidade jurídico-penal do *compliance officer* pela sua omissão ante as infrações cometidas no âmbito da pessoa jurídica.** Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

ABSTRACT

The present study has the purpose of analyzing the criminal liability of the compliance officer for their omission in relation to infractions committed within the legal entities in Brazil. For this purpose, initially, consideration will be given to the emergence of compliance systems, demonstrating the importance of these elements in terms of the need for their implementation in the globalized world context. Certainly, there is a verification of the existing normative regulation on the subject, entering into an analysis of Anti-Corruption Law, to understand its legal reflexes and compliance programs. Then, will analyze the status of the compliance officer through a study of their roles, duties and powers to define or be their position within the company. In this passage, a discussion arises regarding the legal-penal consequences for the compliance officer by omission non-compliance of his duties of control and surveillance, going through the analysis of the guarantor figure in crime theory, in order to define the legal nature of the compliance officer's assumed position in the company. In this way, different theories will be displayed on the subject, in order to establish or be an authentic guarantor of the Brazilian legal order, defining or reaching and limiting its possible criminal responsibility for omitting to criminal offenses.

KEYWORDS: ECONOMIC CRIMINAL LAW; COMPLIANCE OFFICER; RESPONSIBILITY; IMPROPER OMISSIVE CRIMES; GUARANTEE FIGURE.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	O QUE É COMPLIANCE	9
2.1	SURGIMENTO DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE E SUA IMPORTÂNCIA NOS TEMPOS ATUAIS	10
2.2	REGULAMENTO NORMATIVO SOBRE A MATÉRIA.....	12
2.2.1	A lei anticorrupção	15
2.3	A FIGURA DO COMPLIANCE OFFICER.....	22
2.3.1	Funções do compliance officer	24
2.3.1.1	Projeto idôneo	24
2.3.1.2	Implementação adequada	24
2.3.1.3	Controle interno	25
3	A INOBSERVÂNCIA DO DEVER DE CONTROLE E A OMISSÃO PENALMENTE RELEVANTE	27
3.1	CRIMES COMISSIVOS E CRIMES OMISSIVOS.....	28
3.1.1	Critérios de diferenciação	29
3.2	A CAUSALIDADE NA OMISSÃO	33
3.3	CRIMES OMISSIVOS PRÓPRIOS E IMPRÓPRIOS	35
3.3.1	A posição de garantidor	37
3.3.2	A Tríade legal de garantes do Código Penal Brasileiro	39
3.3.2.1	Uma análise sobre a alínea “b”, §2º, do artigo 13 do Código Penal	41
3.3.3	Pressupostos fundamentais da posição de garante	43
3.3.3.1	O Dever de agir	43
3.3.3.2	O Poder agir	43
3.3.3.3	Evitabilidade do resultado.....	44
4	A DISCUSSÃO SOBRE A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO JURÍDICO-PENAL DO COMPLIANCE OFFICER PELA OMISSÃO NO CUMPRIMENTO DOS DEVERES DE VIGILÂNCIA	45
4.1	O COMPLIANCE OFFICER É UM GARANTIDOR?.....	46
4.1.1	Ponto de partida: a tese do garantidor por delegação	47
4.1.1.1	Teoria do domínio do fato.....	51
4.1.1.2	Teoria da diferenciação: garante de proteção ou garante de vigilância? ...	53
4.1.1.3	Teoria do conceito indiferenciado de omitente	55

4.1.1.4	Teoria dos delitos de infração de dever.....	56
4.1.2	Tomada de posição	57
4.1.2.1	Pressupostos para responsabilização	62
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	67
	REFERÊNCIAS.....	70

1 INTRODUÇÃO

Ao longo da presente monografia foi feita uma análise, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, acerca do entendimento atual sobre a responsabilidade jurídico-penal do *compliance officer* que se omite diante dos delitos ocorridos no âmbito das pessoas jurídicas.

Para tanto, inicialmente buscou-se compreender o que são *compliance programs* e o seu surgimento nos fins do século passado, decorrente das diversas mudanças ocorridas na economia do mundo globalizado, com o fim de detectar e prevenir que condutas criminosas ocorram dentro da empresa de modo a garantir a integridade corporativa.

Em seguida, passa-se à análise do regulamento normativo existente sobre a matéria, especialmente da Lei n. 12.846/13 (Lei Anticorrupção), que trouxe o instituto da responsabilização objetiva administrativa e civil das pessoas jurídicas por infrações cometidas por seus prepostos e funcionários.

Por conseguinte, o referido diploma legal passou a estimular as empresas a implantarem programas de *compliance* na sua estrutura organizacional, adotando códigos de ética e de conduta com o fim realizar uma gestão de riscos e, ao mesmo tempo, demonstrar às autoridades o seu comprometimento em evitar a ocorrência de infrações, podendo ter suas sanções abrandadas.

É nesse contexto que surge a figura do *compliance officer*, o indivíduo que trabalha no programa de *compliance* junto às empresas, tornando-se responsável por preservar os interesses da companhia por meio da prevenção de perdas e controle de fontes delituosas dentro da própria pessoa jurídica. Todavia, caso ainda assim ocorram infrações, o responsável pela conformidade terá por função atuar identificando-as para que sejam devidamente combatidas.

Desse modo, estabelecem-se as funções e deveres do *compliance officer* no âmbito da pessoa jurídica para que seja possível alcançar o objetivo almejado de prevenir a ocorrência de condutas delituosas, quais sejam: criar um projeto idôneo a ser implantado na empresa; realizar a adequada implementação do programa; e por fim, controlar e vigiar o seu cumprimento, fiscalizando se está sendo devidamente seguido e respeitado pelos funcionários da empresa.

A respeito desta última etapa de suas funções, emerge a questão a respeito da possibilidade de responsabilização penal do *compliance officer* se este infringir seu dever de controle e vigilância, omitindo-se diante da ocorrência de uma infração no âmbito interno da pessoa jurídica.

Para tanto, fez-se necessário adentrar no estudo dos crimes omissivos na teoria do delito, focando, especialmente, no instituto da omissão imprópria e na figura do garantidor e seus pressupostos fundamentais, a fim de estabelecer a natureza jurídica da posição assumida pelo *compliance officer* dentro da empresa, e, assim, poder determinar se a sua omissão diante da ocorrência de condutas delitivas é penalmente relevante e se o torna garantidor da integridade corporativa à luz do art. 13, §2º, do Código Penal.

Assim, partiu-se à análise da tese do garantidor por delegação, segundo a qual o responsável pela conformidade assume a posição derivada de garante por meio da delegação de funções realizadas pelos membros da direção da empresa, que são os garantes originários.

Desse entendimento decorrem diferentes correntes, abordadas nesse estudo, que tratam da natureza jurídica do papel assumido pelo *compliance officer*, e apontam, por diferentes critérios, seu grau de responsabilização pela omissão diante dos delitos ocorridos na empresa. São elas: a teoria do domínio do fato, teoria da diferenciação, teoria do conceito indiferenciado de omitente e a teoria dos delitos de infração de dever.

Ao final, a partir da análise de tudo que foi exposto, foi tomado um posicionamento sobre o tema, estabelecendo se é possível a responsabilização penal do *compliance officer* pela sua omissão ante a ocorrência de uma conduta delituosa na pessoa jurídica e de que forma esta se daria, fixando seus pressupostos e limites, para, por fim, concluir se este responsável pela conformidade assume ou não o papel de autêntico garantidor à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

2 O QUE É COMPLIANCE

A palavra *compliance* se origina no verbo inglês “*to comply*” que significa “agir de acordo com uma regra, uma instrução ou a pedido de alguém”¹.

No ramo empresarial, o *Compliance Program* (Programa de Comprometimento), pode ser entendido como o dever das instituições de cumprir e estar em consonância com o ordenamento, por meio da criação de um código de conduta interno, proibindo-se condutas arriscadas e estruturando uma cultura ética na empresa, verificando e sancionando os comportamentos desviados².

Desse modo, *compliance* representa um sistema de organização e direção de empresas, fazendo com que estas estejam sempre de acordo com os regulamentos internos e externos impostos às atividades da instituição, configurando-se como uma espécie de mandamento ético regulado pelo direito econômico, sendo fundamental no âmbito das práticas negociais da atualidade.

Portanto, um programa de *compliance* eficaz é, em verdade, um mecanismo interno implantado pela própria empresa, que antecipa, detecta e previne a ocorrência de condutas delituosas dentro da corporação³.

Isto posto, verifica-se que os programas de comprometimento são caracterizados pela autorregulação, pois introduzem tanto no Poder Público, quanto na pessoa jurídica, a aceitação de que é possível que a própria entidade fiscalize seu cumprimento da lei por meio da inserção de procedimentos a serem seguidos pela empresa⁴.

¹ GLOECKNER, Ricardo J. **Criminal compliance, lavagem de dinheiro e o processo de**

² FIGUEIREDO, Rudá Santos. **Direito de intervenção e Lei 12.846/2013: a adoção do compliance como excludente de responsabilidade.** 2015. 229 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2015, p. 117.

³ WELLNER, Philip A. **Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions.** Disponível em: <www.friedfrank.com/sitefiles/publications/cdb6714353b1b712d3a5db85f508483e.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2017.

⁴ MATTIUZZO, Marcela. Concorrência e corrupção – programas de compliance no debate jurídico-institucional brasileiro. **Revista de Defesa da Concorrência**, vol. 5, n. 1, 2017. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrência/article/view/292/151>>. Acesso em: 11 dez. 2017, p. 9

Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz⁵ explicam o propósito dos referidos programas:

[...] de maneira geral, refletem uma ideia de autorregulação regulada de pessoas jurídicas vistas como empresas com o propósito básico de se evitar o cometimento de ilícitos. Como se sabe, conforme seja a dimensão posta, a resposta penal aos ilícitos no âmbito empresarial pode se dá mediante responsabilizações individuais ou de pessoas jurídicas.

Na ideia de Kuhlen, os programas de *compliance* configuram “as medidas mediante as quais as empresas pretendem assegurar-se que sejam cumpridas as regras vigentes para elas e para seu pessoal, e que, por igual, se descubram e se sancionem as eventuais infrações a tais regras”⁶.

Portanto, a partir do exposto, infere-se que *compliance* traduz-se na adoção de um comportamento empresarial de compromisso com o ordenamento jurídico, tendo como objetivo a prevenção de ilícitos a fim de impedir a responsabilização de membros da instituição ou da própria pessoa jurídica por meio da utilização de métodos que evitem a prática delitiva⁷.

Todavia, os programas de *compliance* não são capazes de criar uma barreira inexpugnável ao crime, mas figuram, ao menos, como elemento restritivo do mesmo, promovendo-se uma gestão de riscos de natureza penal e possibilitando um maior controle das instituições financeiras e econômicas⁸.

2.1 SURGIMENTO DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE E SUA IMPORTÂNCIA NOS TEMPOS ATUAIS

Nos fins do século XX, com a consolidação do sistema capitalista e as inúmeras mudanças ocorridas na dinâmica das relações humanas e empresariais, nações de todo o planeta perceberam a necessidade de expandir seus mercados, lançando-se na conquista de novos consumidores. Desse modo, realizaram uma

⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge e SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 113.

⁶ KUHLEN, Lothar. Cuestiones Fundamentales de Compliance y Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar (eds.). MONTIEL, Juan Pablo (eds). GIMENO, Iñigo Ortiz De Urbina (eds). **Compliance y teoría del Derecho Penal**. 1. Ed. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 51.

⁷ LEAL, Luiza de Sena G. A responsabilidade jurídico-penal do compliance officer pelas infrações cometidas no âmbito da pessoa jurídica. **Revista jurídica da Faculdade 2 de julho**, ano 3, n. 3, Fev./Jun. 2017, Salvador, 2017, p. 28.

⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Op. cit., p. 126.

grande quebra de fronteiras nacionais, intensificando a integração das relações socioespaciais e as conexões entre os indivíduos e os países.

Por conseguinte, tal fenômeno acabou promovendo significativas alterações na realidade que conhecíamos até então; interferindo nas relações econômicas, culturais e, inclusive, no direito, vindo a converter-se no processo conhecido por globalização⁹.

Com o advento da globalização, diante da possibilidade da prática de condutas ilícitas diretamente ligadas às relações econômicas, surgiram novos métodos de controle da economia com o objetivo de implantar regras de segurança inovadoras para as instituições financeiras, criando-se imposições internacionais a fim de alcançar a uniformização de determinados comportamentos¹⁰.

Nesse ínterim, emerge uma discussão inovadora no âmbito da dogmática penal a respeito da importância da implantação de um novo modelo de gestão empresarial, o *criminal compliance*.

Com a implementação desse sistema, deixou-se de pensar no direito penal sob um viés apenas punitivo individual, para preocupar-se com a prevenção “*ex ante*”¹¹, passando a existir, principalmente no direito penal econômico, uma postura diferente frente às novas relações de mercado e práticas delitivas que surgiam, com a assunção de preceitos éticos e cumprimento normativo prévios por parte das empresas, com o objetivo de se autorregularem.

Essa evolução além de decorrer da impossibilidade natural de o Estado tudo fiscalizar, está diretamente ligada ao grande protagonismo conferido à ética e à moralidade nos negócios atualmente. Diante dos impactos sofridos pelas empresas identificadas com práticas ilícitas, tais como perda de oportunidades comerciais, queda do valor das ações, menor atratividade enquanto empregador, entre outros, as entidades buscaram mecanismos internos de solução de problemas a fim de minimizá-los¹².

⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Op. cit., p. 26.

¹⁰ Id. Ibid.

¹¹ Id. Ibid..

¹² MATTIUZZO, Marcela. Op. cit., p 09.

Todavia, de acordo com a literatura a respeito dos programas de *compliance*, a sua implantação efetiva ocorrerá apenas em jurisdições nas quais o *enforcement*, isto é, a aplicação das leis, esteja devidamente consolidada¹³.

Isto porque as principais motivações para a adoção de uma política de *compliance* estão no medo da punição – o qual só existirá se a possibilidade de punição for real – e no senso de obrigação. No que tange à punibilidade, esta não se limita a ser apenas um incentivo negativo que leva as empresas a adotarem uma política de *compliance* pela certeza da punição, mas também serve de incentivo positivo, uma vez que a implementação do programa pode mitigar as penalidades¹⁴.

Isso é o que tradicionalmente é conhecido como a lógica do *stick and carrot*¹⁵: além de haver a punição severa pela autoridade competente daqueles que infringem a lei, há a criação de incentivos positivos que estimulem o seu cumprimento¹⁶.

Assim, percebe-se o alvorecer de um novo cenário no direito penal, preocupado com a prevenção da ocorrência de atos ilícitos que possam prejudicar a própria instituição, como atos de corrupção, lavagem de dinheiro, ocorrência de danos ambientais, realização de acordos para formação de cartéis, colocação de produtos ou serviços nocivos no mercado, entre outros, de modo a defender os interesses da empresa, evitar danos à Administração Pública, bem como a terceiros¹⁷.

2.2 REGULAMENTO NORMATIVO SOBRE A MATÉRIA

No Brasil, uma previsão legal expressa sobre o *criminal compliance* surge apenas com a Lei n. 9.613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro), que sofreu profundas alterações com a entrada em vigor da Lei n. 12.683/12, que reestruturou toda a

¹³ Id. Ibid., p. 7.

¹⁴ Id. Ibid.

¹⁵ A expressão *carrot and stick*, traduzida no seu sentido literal, significa 'cenoura e vara'. Todavia, é em verdade uma metáfora da combinação de recompensa (cenoura/carrot) e punição (vara/stick) para induzir um comportamento desejado. A expressão surgiu em 1876, época na qual as pessoas conduziam jumentos segurando uma cenoura pendurada a sua frente que servia de incentivo ao animal para que não parasse de andar em busca da recompensa. Em contrapartida, caso não andasse pelo estímulo oferecido, andaria por medo da punição de ser açoitado com a vara na sua parte traseira (CARROT AND STICK, disponível em: < https://en.wikipedia.org/wiki/Carrot_and_stick>. Acesso em 10 fev. 2018).

¹⁶ MATTIUZZO, Marcela. Op. cit., p. 7.

¹⁷ LEAL, Luiza de Sena G. Op. Cit., p. 29.

dinâmica relativa à lavagem de capitais¹⁸ no intuito de tornar mais eficiente a persecução penal desses crimes, e com a Resolução 2.554/98, do Conselho Monetário Nacional.¹⁹

Ambos os diplomas normativos obrigam determinada categoria de pessoas a estabelecer um sistema de controle de riscos oriundos das atividades financeiras e econômicas²⁰.

Constata-se que a Lei 9.613/98, com a redação dada pela Lei 12.683/2012, estabelece um dever preventivo de cooperação entre as instituições financeiras e o sistema criminal, determinando a obrigação daquelas de informarem aos órgãos competentes quando verificarem a ocorrência de atividades suspeitas, sob pena de serem responsabilizadas administrativamente²¹.

Desse modo, as instituições financeiras passaram a ter o dever de colaborar com as investigações e de implantar sistemas de controle interno para evitar a ocorrência de corrupção, lavagem de dinheiro, e outras condutas ilícitas que coloquem em risco a integridade do sistema financeiro, ficando claro que o referido diploma legal insere mecanismos de *compliance* nas investigações de lavagem de dinheiro²².

Todavia, a doutrina já vai além da literalidade da lei, trazendo a discussão a respeito de uma possível responsabilização criminal da pessoa jurídica no futuro, o que demandará uma interação ainda maior entre o direito penal e econômico-financeiro²³.

Complementando as leis penais, a resolução n. 2.554/98 do Conselho Monetário Nacional, estabelece um sistema de gerenciamento de riscos por meio de programas de cumprimento de deveres nas instituições financeiras, recomendando a implantação e implementação de sistemas de controle interno pela própria direção,

¹⁸ A lavagem de capitais configura-se pelo movimento de afastamento dos ativos financeiros ou bens patrimoniais da sua origem ilícita, escondendo-a ou dissimulando-a, para a introdução no circuito comercial ou financeiro com aparência legítima, justificando, assim, valores obtidos por meios ilícitos ou não declarados ao fisco no momento correto. (BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/1998 com as alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013, p. 23).

¹⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. cit.

²⁰ Id. *ibid*.

²¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge e SAAD-DINIZ, Eduardo. Op. cit., p. 244.

²² Id. *Ibid*, p. 272.

²³ Id. *Ibid*, p. 244.

por meio da criação de mecanismos de informação, canais de comunicação, auditorias internas, definição de responsabilidades dentro da instituição, entre outras medidas que se traduzem em verdadeiras técnicas de *compliance*²⁴.

Posteriormente, com o advento da Lei n. 12.846/13 (Lei Anticorrupção), em vigor desde 29 de janeiro de 2014, instituiu-se a responsabilização objetiva administrativa e civil das pessoas jurídicas por atos lesivos que seus funcionários e prepostos possivelmente cometam contra a Administração Pública nacional e estrangeira²⁵.

Sobre o tema, Enrique Bacigalupo assevera que, no atual contexto da atividade econômica, em que os gestores tomam decisões praticamente às cegas, essa crescente normatização do mercado global trará como consequência a aplicação de sanções administrativas e penais em caso de descumprimento das normas, aumentando o risco de responsabilização das empresas²⁶.

Por conseguinte, a atuação empresarial de modo a tentar impedir a ocorrência de infrações, deve ser levada em consideração no momento de avaliar a sua responsabilidade jurídica, desde que verificada a real eficiência do programa de *compliance* implantado²⁷.

Logo, resta claro que a Lei 12.846/13 promoveu uma verdadeira reviravolta no *criminal compliance*, de modo que a implantação de um sistema de comprometimento com o ordenamento jurídico, bem como o papel desenvolvido pelo *compliance officer* nas empresas, passaram a ser questões de fundamental importância²⁸.

Ademais, existem outros diplomas legais no ordenamento jurídico brasileiro que penalizam agentes públicos por atos corruptivos, como a Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), que comina sanções civis nos casos de: a)

²⁴ BRASIL. Banco Central do Brasil. **Resolução nº 2.554**, de 24 de setembro de 1998. Dispõe sobre a implantação e implementação de sistema de controles internos. Brasília, DF, 1998. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1998/pdf/res_2554_v3_P.pdf>.

²⁵ SION, Alexandre; RECHULSK, David. **As Responsabilidades na nova lei anticorrupção**. Disponível em: <http://sionadvogados.com.br/site/wpcontent/uploads/2014/07/INCONSULEX_28_temadaseman_a_3a4.pdf>. Acesso em 30 mar. 2017.

²⁶ BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y derecho penal**. Editorial Arazandi, 2011, p. 34.

²⁷ LEAL, Luiza de Sena G. Op. Cit., p. 30.

²⁸ Id. Ibid.

enriquecimento ilícito; b) lesão ao erário; c) violação de princípios no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública²⁹.

2.2.1 A lei anticorrupção

Inicialmente, para adentrarmos no assunto é necessário compreender o significado da palavra corrupção. Segundo Andvig, configura-se como um ato de corrupção aquele em que membro de uma organização utiliza-se de sua posição, acesso a informação ou direito de decisão, para obtenção de vantagem ilegal ou contrária às diretrizes ou regras da organização, para si ou para outrem, recebendo em troca vantagem econômica, em dinheiro, bens ou serviços³⁰.

Promulgada em 1º de Agosto de 2013, num cenário de constante insatisfação da sociedade com os recorrentes escândalos de corrupção no país³¹, a Lei Anticorrupção veio para abarcar os diferentes tipos de corrupção praticados pelas pessoas jurídicas que se relacionam com a administração pública, com exceção dos crimes próprios de agentes públicos³².

Esta medida veio para suprir uma lacuna existente no ordenamento jurídico, mostrando-se imprescindível diante do aumento, nos últimos anos, dos escândalos de corrupção ocorridos no país envolvendo empresas privadas e políticos. De acordo com o ranking organizado pela Transparência Internacional de 2016, o Brasil dentre 167 (cento e sessenta e sete) países ocupa a 76ª (septuagésima sexta) posição no que se refere aos índices de corrupção, sendo o 1º (primeiro) colocado o país mais transparente, e o último, o mais corrupto, demonstrando a precisão de se discutir a política e legislação brasileira³³.

Isto posto, a Lei Anticorrupção veio com o escopo de positivar a punição em desfavor de pessoas jurídicas por atos de corrupção, fraude a licitações, entre outras hipóteses de lesões à administração pública, trazendo inúmeras inovações para o

²⁹EVENTO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA, 11, 2016. TOMAZETI, Rafael. et al. A importância do *compliance* de acordo com a Lei Anticorrupção. **Anais do XI EVINCI**. Unibrasil, 2016. Disponível em: <<http://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/anaisevinci/article/view/1693/1131>>. Acesso em: 04 dez. 2015, p. 6.

³⁰ Id. Ibid.

³¹ FIGUEIREDO, Rudá Santos. Op. cit., p. 64.

³² TOMAZETI, Rafael. Op. cit., p. 6

³³ Id. Ibid., p. 2.

direito brasileiro, uma vez que endurece as sanções, prevê a possibilidade de responsabilização objetiva de pessoas jurídicas e passa a considerar a adoção de programas de *compliance* como atenuantes na aplicação de penas a estas³⁴.

Além disso, consagra a possibilidade de responsabilização objetiva da pessoa jurídica na esfera administrativa e civil pelos atos lesivos previstos na lei praticados em seu interesse ou benefício, bem como a responsabilidade individual e subjetiva dos dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural que venha a realizar ou participar do ato ilícito³⁵.

Com efeito, no contexto atual, no qual se propaga a responsabilização objetiva da pessoa jurídica, tornou-se indiferente a comprovação da intenção de seus diretores em realizar ou mandar alguém realizar determinado ato ilícito, isto é, mesmo que não seja comprovado o dolo ou a culpa do agente ao cometer a conduta delitativa, a pessoa jurídica será responsabilizada objetivamente. Por conseguinte, a própria empresa se tornará a maior interessada em promover a fiscalização e vigilância dentro da sua estrutura³⁶.

Nesse sentido, é possível perceber que a intenção do legislador é coibir a corrupção por meio da prescindibilidade de comprovação da culpa para que haja a responsabilização da corporação, sendo necessário apenas a configuração de três requisitos: a) conduta; b) dano ao bem jurídico tutelado e; c) nexo de causalidade entre eles³⁷.

Quanto às sanções previstas na referida legislação extravagante, estas podem ser de natureza administrativa ou judicial. A primeira, prevista no artigo 6º da Lei 12.846/13, prevê a aplicação de multa sobre faturamento bruto da empresa do último exercício anterior à instauração do processo administrativo, bem como a publicação extraordinária da condenação em veículo de grande circulação do local onde ocorreu a infração³⁸.

No campo judicial, as sanções podem ser de perdimento de bens, direitos ou valores decorrentes da conduta que obteve vantagem ou proveito; a suspensão ou

³⁴ FIGUEIREDO, Rudá Santos. Op. cit., p. 64.

³⁵ LEAL, Luiza de Sena G. Op cit., p. 31.

³⁶ Id. Ibid.

³⁷ TOMAZETI, Rafael. Op. cit., p. 8.

³⁸ SANTOS, José Anacleto A. Et al. **Comentários à Lei nº 12.846/2013: Lei Anticorrupção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 15.

interdição parcial das atividades da pessoa jurídica ou sua dissolução compulsória; e a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades da Administração Pública, conforme listado no artigo 19 da referida legislação³⁹.

O diploma legal em referência traz, ainda, no seu art. 7º, inúmeras circunstâncias que serão utilizadas para a dosimetria da pena, tais como a gravidade da infração, o grau de lesão e a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações penais⁴⁰.

Nesse sentido, a Lei Anticorrupção passou a utilizar como critério para imposição de sanções à pessoa jurídica a adoção de determinadas condutas capazes de comprovar o seu comprometimento em evitar a ocorrência de infrações, como “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”⁴¹.

Logo, a novel legislação traz à baila a importância da criação de uma cultura de *compliance* no país para coibir a corrupção⁴², implementando uma série de deveres no âmbito intraempresarial que serviram de estímulo para a criação de novas práticas corporativas e de um novo padrão de conduta no âmbito das relações de mercado com o intuito de evitar o cometimento de ilícitos e a consequente responsabilização da pessoa jurídica.

Assim, é possível verificar a importância para a pessoa jurídica de incorporar as recomendações éticas constantes nos seus códigos de conduta, uma vez que estes podem demonstrar a postura da empresa diante da ocorrência de uma possível infração, abrandando, ou até mesmo afastando a sua responsabilização civil e administrativa⁴³.

³⁹ Id. Ibid.

⁴⁰ TOMAZETI, Rafael. Op. cit., p. 9.

⁴¹ Art. 7º, inciso VIII. (BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. 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. **Diário Oficial da União**, Presidência da República, Brasília, 02 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em 10 jan 2018).

⁴² Id. Ibid.

⁴³ LEAL. Luiza de Sena G. Op cit., p. 31.

Em 2015, após intenso apelo popular, foi publicado o Decreto Federal nº 8420/15, regulamentando o novo sistema anticorrupção, demonstrando a necessidade de alinhar os *compliance programs* a fim de que se tornassem mecanismos efetivos de prevenção da prática delituosa⁴⁴, possibilitando, assim, que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas que os implementaram fosse atenuada.

O referido decreto regulador no seu artigo 41 conceitua e delimita, ainda melhor, o que seria um programa de integridade:

[...] consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

A atualmente extinta Controladoria-Geral da União (CGU), cujas competências foram transferidas para o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle, elaborou um guia às empresas privadas chamado “Programa de Integridade – Diretrizes para empresas privadas”, com o intuito de orientar as corporações na implementação dos programas de *compliance*, a fim de que efetuem a prevenção, detecção e remediação eficiente dos atos lesivos tratados pela lei 12.846/2013⁴⁵.

O referido documento estabelece cinco pilares do programa, quais sejam: a) comprometimento e apoio da alta direção; b) existência de uma instância responsável pelo programa; c) análise de perfil e riscos; d) estruturação de regras e instrumentos; e, e) monitoramento contínuo⁴⁶.

O primeiro pilar é o comprometimento e apoio da alta direção, que se traduz no estímulo a uma cultura de respeito às normas internas de conduta ética, bem como às leis a fim de que haja a efetivação do Programa de Integridade. Os

⁴⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Op. cit., p. 325.

⁴⁵ TOMAZETI, Rafael. Op. cit., p. 10.

⁴⁶ CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Programa de integridade: Diretrizes para empresas privadas**. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>>. Acesso em 05 dez. 2017, p.6.

membros da alta direção devem servir de exemplo de boa conduta, bem como fornecer apoio permanente⁴⁷.

Isto é chamado de “*tone at the top*”, que pode ser explicado pela expressão “o exemplo vem de cima”⁴⁸, traduzindo a ideia de que para uma real efetividade e relevância dos programas de *compliance* dentro da pessoa jurídica é necessário que haja o comprometimento da alta direção da empresa fornecendo um verdadeiro suporte ao programa⁴⁹.

Em outras palavras, apenas instituir e dizer que apoia o programa não é suficiente para sua efetividade, uma vez que os gestores precisam verdadeiramente incorporar os princípios instituídos pelo programa, e efetivamente exercê-los, para que os demais funcionários se espelhem e sigam o exemplo dado por seus chefes, transformando, assim, a empresa num ambiente ético e íntegro⁵⁰.

Desse modo, a conduta dos membros do alto escalão perante a possível ocorrência de ato lesivo irá demonstrar se há comprometimento da empresa com o Programa de Integridade. Logo, quando se constata a participação de membro da direção em atos lesivos, ou quando possuem ciência da ocorrência de eventuais irregularidades e não adotam as providências cabíveis, bem como quando evitam intencionalmente saber de tais fatos, fica evidente a falta de comprometimento de uma empresa com o programa⁵¹.

O segundo pilar do programa de integridade diz respeito à implantação de uma instância responsável, autônoma, independente e imparcial, dotada de recursos materiais, humanos e financeiros que viabilizem seu funcionamento, devendo possuir acesso direto ao alto escalão decisório da empresa⁵².

Ademais, a instância deve ser competente para aferir supostas irregularidades de forma efetiva, mesmo que envolvam outros setores ou membros da direção. Desse modo, devem ser implantados mecanismos de proteção que assegurem a atuação independente dos membros do setor de integridade, evitando,

⁴⁷ Id. Ibid., p. 8.

⁴⁸ GIOVANINI, Wagner. **Tone from the top**. Disponível em: <https://www.compliancetotal.com.br/compliance/tone_from_the_top>. Acesso em 10 jul. 2016.

⁴⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge ; SAAD-DINIZ, Eduardo. Op. cit. p. 328.

⁵⁰ GIOVANINI, Wagner. Op. cit.

⁵¹ CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Op. cit., p. 9.

⁵² Id. Ibid., p. 6.

assim, punições arbitrárias contra os mesmos decorrente do exercício de suas atribuições⁵³.

Como terceiro pilar, tem-se a análise de perfil e riscos, que estabelece que o Programa de Integridade deve ser desenvolvido tendo em vista o porte e as especificidades da empresa, baseando-se em informações como: estrutura organizacional e seus processos; área de atuação; parceiros e nível de interação com o setor público, entre outros⁵⁴.

Outrossim, é necessária a realização de um mapeamento periódico a fim de identificar situações de risco previstas na Lei Anticorrupção, considerando as características dos mercados onde a empresa atua e a probabilidade de ocorrência de fraudes e corrupção, possibilitando, assim, o desenvolvimentos de políticas que mitiguem os riscos e previnam, detectem e remediem a ocorrência de novos ilícitos⁵⁵.

O quarto pilar traz a necessidade de estabelecer uma estruturação das regras e instrumentos, isto é, após a análise do perfil e riscos da empresa, deve-se formular ou atualizar o seu código de ética e de conduta para que atenda aos requisitos da Lei n. 12.846/13, criando, assim, uma importante ferramenta de comunicação da empresa com seus funcionários e com a sociedade, por meio da qual é possível revelar, de forma clara e concisa, seus valores e as condutas esperadas e proibidas⁵⁶.

Outrossim, deve-se estabelecer políticas e procedimentos para mitigar os riscos, bem como mecanismos de detecção e reporte de irregularidades, como canais de denúncias, prevendo, inclusive, regras de confidencialidade e a vedação de retaliações, além de criar meios para que o denunciante acompanhe o andamento da denúncia, dando transparência ao processo e aumentando a sua credibilidade⁵⁷.

Além disso, deve-se prever a aplicação de medidas disciplinares para aqueles que descumprirem as regras de integridade, garantido a efetividade e seriedade do

⁵³ Id. Ibid., p. 10.

⁵⁴ Id. Ibid.

⁵⁵ Id. Ibid.

⁵⁶ Id. Ibid, p. 14.

⁵⁷ Id. Ibid.

programa. Desse modo, as normas disciplinares devem estabelecer a área e a pessoa responsável pela aplicação das sanções, bem como descrever os procedimentos formais a serem seguidos, de modo que as punições previstas sejam proporcionais à infração e ao nível de responsabilidade dos envolvidos⁵⁸.

Por conseguinte, a implementação do programa torna necessária a criação de ações de remediação. Isto é, uma vez confirmada a ocorrência de ato lesivo, devem ser tomadas providências no sentido de interromper as irregularidade, promover soluções e reparar os danos causados⁵⁹.

Por fim, o quinto pilar para a implementação do Programa de Integridade é a adoção pela empresa de estratégias de monitoramento contínuo. Obviamente, depois de aplicado o programa, necessária se faz a sua execução contínua e correta para a prevenção de eventuais irregularidades por parte da empresa e, para tanto, é preciso estabelecer procedimentos de verificação desta aplicabilidade⁶⁰.

A avaliação dos programas de integridade são realizadas através da apresentação de relatório de perfil e relatório de conformidade, cujos elementos encontram-se na Portaria n. 909, de 7 de abril de 2015 da CGU. Assim, havendo um programa de integridade efetivo, que demonstre o engajamento e compromisso da empresa com uma cultura de *compliance*, sua existência será utilizada para a dosimetria das sanções a serem aplicadas, conforme estabelecido no art. 5º, §4º, do Decreto nº 8.420/15⁶¹.

No entanto, apesar da existência dos cinco pilares, a criação de um Programa de Integridade não é uma fórmula pronta, de modo que cada organização deve criar o seu próprio modelo com normas e procedimentos condizentes com a sua realidade, possibilitando, assim, o alcance da efetividade necessária⁶².

Diante do exposto, resta claro que a Lei Anticorrupção é um dos principais expoentes da adoção de um programa de integridade e da criação de uma cultura organizacional de *compliance*, tendo por objetivo a consolidação de um Estado

⁵⁸ Id. Ibid., p. 22.

⁵⁹ Id. Ibid., p. 23.

⁶⁰ Id. Ibid., p. 23.

⁶¹ TOMAZETI, Rafael. Op. cit., p. 11.

⁶² Id. Ibid., p. 12.

social e ético de direito e o combate ao vício social que é a corrupção, a fim de garantir o sucesso da empresa⁶³.

Todavia, cumpre destacar, não há uma imediata correspondência entre o “*non compliance*” (não conformidade) e a punibilidade da conduta, tampouco “*comply*” (cumprir) significa automaticamente ausência de punibilidade, sendo necessário garantir a real efetividade do programa para que seja possível levá-lo em consideração no momento de atribuir a responsabilidade da pessoa jurídica.⁶⁴

2.3 A FIGURA DO COMPLIANCE OFFICER

Com o advento da Lei Anticorrupção a figura do *compliance officer* (responsável pela conformidade) ganhou uma importância jamais imaginada, uma vez que é este o profissional responsável por coordenar a implantação das políticas de integridade e fiscalizar o seu cumprimento pelos demais funcionários, adotando políticas que minimizem os riscos para a empresa e para a administração pública⁶⁵.

Com efeito, o *compliance officer* é o indivíduo que aplica o programa de *compliance* junto às empresas, sendo o responsável por preservar os interesses da companhia, realizando a prevenção às fontes delituosas dentro da própria pessoa jurídica.

Desse modo, configura-se como o funcionário que efetuará o controle interno da referida empresa, tendo por principal objetivo a devida implementação e cumprimento dos códigos assumidos de acordo com a regulamentação do Estado⁶⁶.

Além disso, a sua função envolverá não somente a disseminação das normas de integridade de conduta aos funcionários da empresa, mas, principalmente, implementará controles efetivos de governança empresarial e fiscalizará sua real aderência⁶⁷.

⁶³ Id. Ibid.

⁶⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Op. cit., p. 322.

⁶⁵ RECHULSKI, David. **Compliance officer agora é o gestor da integridade da empresa**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-19/david-rechulski-compliance-officer-agora-gestor-integridade>>. Acesso em 19 dez. 2017.

⁶⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Op. cit., p. 143.

⁶⁷ LEAL, Luiza de Sena G. Op. Cit., p. 32.

Portanto, o *compliance officer* deve conhecer os princípios e diretrizes que regem o ramo da empresa para poder cumprir com sua função de prevenir o cometimento de delitos, e, caso sejam cometidos, facilitar a apuração dos mesmos. Para tanto, adotará códigos de conduta, métodos de fiscalização interna e instruirá funcionários, a fim de que estes conheçam as regras e atuem de acordo com os princípios éticos⁶⁸.

Portanto, terá poder de inspeção e de obtenção de informação de toda empresa, possuindo, ainda, poderes decisórios sobre os fatos investigados e possíveis suspeitas, uma vez que possui independência organizacional, econômica e material, ainda que não tenha poderes executivos, ocupando no nível hierárquico da empresa uma posição imediatamente subordinada aos órgãos diretivos⁶⁹.

Assim, pode-se dizer que o *compliance officer* é, primordialmente, o responsável pela gestão da integridade das condutas corporativas para com a Administração Pública, pela gestão do risco em bem desta, pela assunção efetiva dos deveres de cuidado, devendo, para tanto, possuir a confiança dos gestores, funcionários e prepostos da companhia⁷⁰.

A partir daqui, seu papel torna-se de fulcral relevância para o Direito Penal Econômico, uma vez que, em não cumprindo ou cumprindo seu papel de maneira insuficiente, o *compliance officer* poderá dar ensejo à aplicação de sanções administrativas e civis mais gravosas à empresa, bem como poderá ser eventualmente responsabilizado subjetivamente por suas omissões⁷¹.

Nesse ínterim, é importante ter em mente que para que possa cumprir com suas funções de maneira eficaz, é preciso que haja um total apoio do mais alto escalão da empresa (proprietário, CEO, presidente ou equivalente), que deve engajar-se na causa, promovendo os pilares do programa em atividades práticas e fomentando a sua comunicação em todos os níveis hierárquicos da corporação⁷².

⁶⁸ SION, Alexandre; RECHULSK, David. Op. cit. p. 28-28/4.

⁶⁹ PLANAS, Ricardo Robles. El responsable de cumplimiento (compliance officer) ante el derecho penal. In: SANCHÉZ, Jesús-Maria S; FERNÁNDEZ, Raquel Montaner. **Criminalidad de empresa y Compliance: prevención y reacciones corporativas**. Barcelona: Atelier libros jurídicos, 2013, p. 321.

⁷⁰ RECHULSKI, David. Op. cit.

⁷¹ SION, Alexandre; RECHULSK, David. Op. cit. p. 28-28/4.

⁷² GIOVANINI, Wagner. Op. cit.

2.3.1 Funções do *compliance officer*

O *compliance officer* pode assumir diferentes funções no âmbito do programa de cumprimento de acordo com a organização de cada empresa e da legislação vigente. Todavia, Mateo G. Bermejo e Omar Palermo, afirmam que, em regra, a atuação do *compliance officer* dentro do programa se dá em três etapas: projeto, implementação e controle interno⁷³.

2.3.1.1 Projeto idôneo

O *compliance officer* será o responsável pela criação do projeto do programa, que deve atender aos parâmetros de qualidade impostos pela lei e pelo código de conduta da empresa, devendo, em regra, passar pela aprovação da direção da corporação⁷⁴.

Com efeito, nesta etapa o responsável pela conformidade deverá criar um projeto idôneo, isto é, que se mostre apto a cumprir com os objetivos para o qual foi criado de: identificação, controle e informação dos riscos à pessoa jurídica⁷⁵.

Desse modo, o *compliance officer* tem o dever de apresentar um projeto de programa adequado a cumprir com sua finalidade preventiva, uma vez que a direção da empresa lhe delega esta função baseada no princípio da confiança, não podendo, portanto, agir com negligência para com seus deveres⁷⁶.

2.3.1.2 Implementação adequada

Após a apresentação de um projeto idôneo, o *compliance officer* deverá realizar uma adequada implementação do programa, garantindo a sua aplicação na empresa e promovendo o cumprimento do mesmo por todos os membros da corporação⁷⁷.

⁷³ BERMEJO, Mateo G; PALERMO, Omar. La intervención delictiva del compliance officer. In: KUHLEN, Lothar (eds.). MONTIEL, Juan Pablo (eds). GIMENO, Iñigo Ortiz De Urbina (eds). **Compliance y teoría del Derecho Penal**. 1. ed. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 182.

⁷⁴ Id. Ibid.

⁷⁵ Id. Ibid.

⁷⁶ Id. Ibid.

⁷⁷ Id. Ibid.

Para isso, deverá realizar a difusão do programa e a devida capacitação dos funcionários e da alta direção da empresa para que comecem a agir de acordo com as regras e preceitos estabelecidos no programa, respeitando a legislação e os códigos de conduta internos da pessoa jurídica⁷⁸.

2.3.1.3 Controle interno

Por fim, o *compliance officer* terá a função de controlar o efetivo cumprimento do programa pelos membros da organização, verificando se as normas já devidamente projetadas e implementadas estão sendo seguidas e respeitadas⁷⁹.

Todavia, a sua intervenção pode ocorrer de dois modos, a depender das competências que lhe tenham sido delegadas. Por um lado, o *compliance officer* pode ter o dever de efetivamente evitar a ocorrência de atos ilícitos, comunicando posteriormente o fato para a direção da empresa. De outro modo, se não tiver este poder e competência, deve apenas informar diretamente a direção para que esta resolva o problema⁸⁰.

Nessa etapa, questiona-se se o *compliance officer* pode ser responsabilizado criminalmente por omitir-se diante dos delitos cometidos por órgãos e empregados sujeitos ao seu controle.

O fundamento de uma possível responsabilização, neste caso, consiste em não centrar esforços para prevenir o cometimento de ilícitos concretos por parte dos órgãos e funcionários da empresa. Isto é, apesar de criar um projeto idôneo e implementar devidamente o programa, o responsável pela conformidade infringe seu dever de controle e vigilância diante da ocorrência de uma infração⁸¹.

O direito penal tradicional não possui um regulamento expresso sobre o tema, visto que trata apenas da responsabilidade da pessoa física, deixando de lado a questão da responsabilidade no âmbito das organizações, na qual há uma enorme dificuldade de identificar a ocorrência de fatos delituosos e quem são seus autores devido à diluição de competências e funções internas.

⁷⁸ LEAL, Luiza de Sena G. Op. Cit., p. 34.

⁷⁹ BERMEJO, Mateo G; PALERMO, Omar. Op. Cit., p. 183.

⁸⁰ Id. Ibid.

⁸¹ Id. Ibid.

Entretanto, apesar da insuficiência, só é possível discutir a respeito de uma possível responsabilidade penal do *compliance officer* partindo dos paradigmas normativos existentes.

Assim, para estabelecer qual é a responsabilidade penal do *compliance officer* que não evita o cometimento de ilícitos ou que não informa à direção sobre eles, é necessário fazer uma análise à luz do sistema jurídico vigente, e isso perpassa pelo estudo da omissão na teoria do delito.

3 A INOBSERVÂNCIA DO DEVER DE CONTROLE E A OMISSÃO PENALMENTE RELEVANTE

A discussão sobre a relevância jurídico-penal da omissão do *compliance officer* decorre do surgimento de novos marcos teóricos na dogmática penal, tendo em vista que “os mecanismos de imputação tradicionais, excessivamente amarrados à delinquência individual cotidiana, são inidôneos para explicar os processos socioeconômicos de diluição da responsabilidade em estruturas organizacionais de alta complexidade”⁸².

Com as mudanças ocorridas na gestão dos perigos na pós-modernidade, estes na atualidade são denominados de riscos, pois, em regra, podem ser conhecidos com certa exatidão e controlados por um grupo restrito de pessoas que possuem competência para tanto, viabilizando, a partir da possibilidade de controle de tais riscos, a imputação da responsabilidade penal⁸³.

Nessa nova dimensão social do risco, sem olvidar de que a teoria do delito privilegia a conduta ativa, a omissão ganha nova atenção na seara penal, como uma busca de solucionar questões de atribuição de responsabilidades, acarretando, portanto, em repetidas construções penais omissivas.

Nesse contexto, o direito penal moderno passa a ir além das criminalizações de perigo, ampliando seu alcance ao âmbito ainda mais prévio, no qual as novas tipificações de condutas omissivas fundamentam-se em meras infrações de dever⁸⁴.

Este cenário privilegia a discussão no Direito Penal Econômico acerca da possibilidade de responsabilização do *compliance officer* pelo descumprimento do seu dever de controle e vigilância, questionando-se se a inobservância deste dever por meio da omissão diante da ocorrência de infrações dentro da empresa poderá trazer-lhe consequências penais.

⁸² MOURA, Bruno. Autoria e participação nos crimes desde a empresa: bases para um modelo de imputação individual. **Revista CEPPG**, ano15, n. 25, 2º sem/2011. Catalã: Centro de Ensino Superior de Catalão, 2011, p.63.

⁸³ CORCOI BIDASOLO, Mirentxu. Protección de bienes jurídicos supraindividuales Y derecho Penal Mínimo. In: MIR PUIG, Santiago (coord). Derecho Penal del Siglo XXI. **Cuadernos de Derecho Judicial VIII**. Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2008, p. 378.

⁸⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime. **Coleção Ciência Criminal Contemporânea**, vol. 5. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 49.

Assim, a compreensão do assunto demanda uma análise sobre a natureza e a estrutura dos crimes omissivos para se investigar se é possível enquadrar as condutas do *compliance officer* aos modelos normativos existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

3.1 CRIMES COMISSIVOS E CRIMES OMISSIVOS

É cediço que o direito penal tem por objetivo a tutela dos bens jurídicos mais caros à sociedade, que decorre justamente do caráter subsidiário e mínimo da intervenção penal, protegendo, portanto, estes bens, das lesões mais graves que possam lhes afetar⁸⁵.

Essa proteção se dá, principalmente, por meio da proibição de que o sujeito com seu comportamento crie o perigo a tais bens jurídicos. Todavia, a natureza tutelar do Direito Penal vai além, visto que em determinadas situações a exposição do bem jurídico a perigo pode dar-se em condições tais que, para afastá-lo, não será suficiente a simples não produção do perigo, sendo necessária a intervenção positiva do sujeito⁸⁶.

Por isso, o direito penal é composto de normas proibitivas e imperativas, de modo que a conduta criminosa pode realizar-se por comportamento ativo ou omissivo, conforme a natureza da norma penal em questão⁸⁷.

Na primeira hipótese, o autor viola vedação legal, por meio da execução de conduta proibida tendente à lesão de um bem jurídico. Na segunda, o autor viola preceito positivo, que ordena a realização de determinada conduta necessária à proteção do bem jurídico, abstendo-se dela⁸⁸.

⁸⁵ DUARTE, Luciana Sperb. A teoria moderna do crime omissivo. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 17, n. 6, jun. 2005. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/21480/teoria_moderna_crime_omissivo.pdf>, p. 44.

⁸⁶ Id. Ibid.

⁸⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 308.

⁸⁸ DUARTE, Luciana Sperb. Op. cit., p. 44.

Assim, diz-se, em regra que quando o agente realiza algo que está proibido no ordenamento jurídico, configura-se crime comissivo. Em contrapartida, quando o agente deixar de realizar algo a que estava obrigado, fala-se em crime omissivo⁸⁹.

Nesse sentido, é possível concluir que nem toda omissão é penalmente relevante, mas apenas a omissão de uma ação ordenada e esperada pelo ordenamento jurídico, numa situação em que o agente poderia ter agido, mas se omitiu.

Isto posto, depreende-se que as hipóteses de incidência penal podem se dar por ação (um fazer) ou por omissão (um não fazer o que é devido) do autor, orientada segundo a finalidade de violação da norma⁹⁰.

Por conseguinte, para que a omissão possa ser considerada causa do resultado é necessário que o sujeito não faça o que a lei determina que seja feito por ele naquela situação, ou seja, é necessário que haja uma obrigação legal do sujeito para que a sua inação seja apontada como causadora do resultado⁹¹.

3.1.1 Critérios de diferenciação

Apesar de aparentemente simples, a diferenciação entre crimes omissivos e comissivos é bastante complexa e enfrenta inúmeras dificuldades, de modo que a doutrina viu a necessidade de estabelecer critérios para facilitar essa distinção.

Em interessante artigo sobre o tema, Juarez Tavares⁹² expôs os dilemas da questão, trazendo exemplos curiosos, dentre os quais o de um médico cujo paciente sofreu parada cardíaca, aplicando-se-lhe técnicas de reanimação. Depois de um tempo, o médico desiste de prosseguir nas tentativas de salvá-lo e o paciente falece. Não há dúvidas que seu comportamento neste caso é omissivo.

Entretanto, o autor questiona se na mesma situação o médico instalasse um aparelho mecânico para realizar as massagens e diante da ausência de melhora no quadro clínico da vítima, julgasse inútil também essa tentativa de reanimação e

⁸⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p 227.

⁹⁰ DUARTE, Luciana Sperb. Op. cit., p. 44.

⁹¹ GRECO, Rogério. Op. cit., p. 227.

⁹² TAVARES, Juarez. Op. Cit., p. 135.

desligasse o aparelho que a mantinha viva, fazendo sobrevir-lhe a morte. Nesse caso, surge o questionamento: trata-se de conduta omissiva ou comissiva?

O primeiro critério a tentar delinear a diferença entre a conduta comissiva e omissiva é o da energia. Este critério mecanicista é o mais antigo, segundo o qual a diferença dos crimes comissivos e omissivos está no fato de que nos primeiros o sujeito precisa desprender certa energia para executar a ação. Logo, quando o agente não impulsiona nenhuma energia, o crime será omissivo⁹³.

Nesse caso, a distinção entre ação e omissão dependerá da possibilidade de se comprovar (ação) ou não (omissão) que houve uma “introdução positiva de energia” realizada pelo agente que causou a produção do resultado lesivo⁹⁴.

Todavia, este entendimento não se sustenta, uma vez que em diversas situações não é possível comprovar que houve efetivamente desprendimento de energia no momento da ocorrência do fato lesivo⁹⁵.

Com efeito, o critério da energia tomado isoladamente como fonte única de delimitação efetua a distinção entre crimes comissivos e omissivos considerando-os apenas num plano natural ou ôntico, deixando de lado qualquer valoração político-criminal e normativa⁹⁶.

O segundo critério é o da causalidade, segundo o qual há comissão quando o agente desenvolve um processo causal material, produzindo de forma dolosa ou culposa o resultado proibido⁹⁷.

Cumprе destacar, todavia, que a causalidade na omissão é *sui generis*, visto que não há propriamente uma causalidade física, mas sim jurídica ou normativa, porque não se pode, efetivamente, no plano da causalidade física, entender que a omissão seja causa de um resultado. Sua natureza decorre, sim, da infração de um dever de obediência às normas imperativas e fidelidade ao direito.

Desse modo, este critério recai nas mesmas deficiências do critério da energia, uma vez que ao permanecer no plano exclusivo da materialidade continua

⁹³Id. Ibid., p.136.

⁹⁴DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. Tomo 1. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 909.

⁹⁵TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 136

⁹⁶DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. Cit., p. 909.

⁹⁷TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 137.

sendo extramente difícil firmar uma diferença clara entre a comissão e a omissão. Assim, diante da dificuldade decorrente da adoção desses critérios, a doutrina buscou uma solução normativa chamada de ponto de gravidade da conduta penalmente relevante⁹⁸.

Isto porque os critérios da energia e da causalidade não são capazes de explicar, por exemplo, a situação narrada anteriormente do médico que desliga os aparelhos que estão mantendo o paciente vivo a fim de evitar um prolongamento ineficaz da vida humana em estado vegetativo. Para estes critérios, quando o médico mantém a vida do paciente com aparelhos de reanimação e posteriormente os desliga, em verdade, está causando a sua morte, despendendo, inclusive, energia para realizá-lo, visto que o paciente permaneceria vivo se o médico não desligasse os aparelhos, o que torna a sua ação condição indispensável para a ocorrência do resultado⁹⁹.

Assim, depreende-se que os critérios anteriores não apreendem a questão nos pontos principais, visto que sendo a vida humana já insustentável na situação, pelo contexto social, a conduta do médico que desliga os aparelhos não está ligada ao preceito proibitivo de não desligá-los, mas sim a um preceito mandamental de manter os aparelhos ligados, o que leva a considerar que esta é uma conduta omissiva¹⁰⁰.

Nesse sentido, o critério do ponto de gravidade da conduta penalmente relevante considera que a configuração da conduta como ação ou omissão deve ser inferida pelo sentido social, e não por critérios objetivos materiais. Logo, se terceiros desligassem o aparelho do paciente, haveria comissão, pois estariam violando uma norma proibitiva, visto que a norma mandamental não lhes seria aplicável já que não possuem qualquer relação com a manutenção da vida do paciente¹⁰¹.

O referido critério adota, portanto, uma clara postura valorativa de sentido social do comportamento com o objetivo de estabelecer a diferença entre crimes

⁹⁸ Id. Ibid., p. 138.

⁹⁹ Id. Ibid.

¹⁰⁰ Id. Ibid.

¹⁰¹ Id. Ibid.

comissivos e omissivos a partir do grau de censurabilidade jurídico-penal do comportamento do sujeito¹⁰².

Entretanto, esta teoria também vem sendo criticada sob a alegação de que viola o Princípio da Legalidade, pois para identificar a omissão ou a comissão não se fundamenta no que a legislação estabelece objetivamente, mas sim na valoração de ordem social, realizada pelo julgador, sem qualquer parâmetro, com grandes chances de prejudicar ou favorecer indevidamente o acusado¹⁰³.

Apesar da criação dos critérios elencados alhures, nenhum deles colheu os aplausos da doutrina, pois se mostraram insuficientes para solucionar inúmeros casos em que surgiram dúvidas sobre a qualificação da conduta penalmente relevante.

Parte da doutrina estabelece que o critério decisivo da distinção deve ser o da forma de criação do perigo para os bens jurídicos protegidos. Assim, haverá um crime comissivo quando o agente criar ou aumentar o perigo que se materializa no resultado. Em contrapartida, o crime será omissivo sempre que a inação do agente tenha diminuindo a possibilidade de sua não ocorrência¹⁰⁴.

Todavia, a aplicabilidade da referida teoria fica restrita aos crimes de resultado, de modo que as regras de imputação não podem ser substancialmente as mesmas nos crimes comissivos e omissivos, visto que estes podem configurar-se como delitos de infração de dever, não havendo, portanto, nesses casos que se considerar o aumento ou diminuição do risco, mas apenas detectar se houve a transgressão de um dever juridicamente estabelecido.

Desse modo, o entendimento mais atual é que a distinção entre crimes omissivos e crimes comissivos não deve ocorrer por meio da análise da modalidade da conduta realizada, mas sim ser estabelecida pelo exame da estrutura proibitiva ou mandamental da norma penal, visto que a omissão caracteriza-se porque a norma que a fundamenta determina um dever de agir ao omitente, enquanto a

¹⁰² DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. Cit., p. 909.

¹⁰³ TAVARES, Juarez. Op. cit., p.139.

¹⁰⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. Cit., p. 909.

comissão existe independentemente de qualquer dever de agir normativamente posto¹⁰⁵.

3.2 A CAUSALIDADE NA OMISSÃO

A omissão inicialmente era considerada como modalidade secundária de ação e, apesar de posteriormente passar à categoria de delito autônomo, só veio a ter regulamentação própria no século XIX, diante da necessidade de se criar uma regra geral da omissão¹⁰⁶.

Para a chamada Teoria Causal, a dificuldade estava em estender o seu conceito de ação para que este englobasse a modalidade da omissão. De acordo com esta teoria, a ação é um comportamento voluntário que produz uma modificação no mundo exterior, ou seja, é a causa de um resultado. Desse modo, uma vez que a ação é elemento primário que liga todos os demais componentes do delito, deve abranger também a omissão, que será considerada, nesse cenário, como causa de um resultado¹⁰⁷.

Nesse sentido, a causalidade é tida como relação de causa e efeito que liga a conduta do agente ao fato típico. No que tange à relação de causalidade nos crimes omissivos, existe uma problemática filosófica visto que esta, a princípio, refere-se apenas aos crimes de resultado, cuja consumação é superveniente¹⁰⁸.

Desse modo, a adequação de uma teoria da causalidade da ação para a omissão enfrenta certas dificuldades, uma vez que não é possível entender como causa de um resultado uma inação que não tem no mundo exterior qualquer expressão de causalidade, tornando-se dificultoso o enquadramento do conceito de omissão, considerada inatividade, ao conceito de causa, que justifica o conceito de ação¹⁰⁹.

Posteriormente, surge a Teoria Finalista que parte da afirmação de que a ação, precipuamente, tem um fundamento natural, pertencendo à categoria

¹⁰⁵ DUARTE, Luciana Sperb. Op. cit., p. 45.

¹⁰⁶ MEZGER, Tratado de Derecho Penal, tradução de Rodriguez Muñoz, 1955, apud TAVARES, Juarez, op. cit., p. 123.

¹⁰⁷ TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 124.

¹⁰⁸ BIERRENBACH, Sheila A. **Crimes omissivos impróprios**: uma análise à luz do Código Penal Brasileiro. 2 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 52.

¹⁰⁹ TAVARES, Juarez. Op. cit., p.126.

ontológica do ser, e só então poderá ter valor jurídico. Desse modo, a omissão é vista como modalidade de conduta, isto é, uma inação, que se contrapõe à ação que é uma conduta positiva¹¹⁰.

Todavia, esta teoria é também defeituosa, uma vez que trata a omissão sobre um enfoque naturalístico, considerando esta como integrante da categoria do ser, quando, em verdade, está só pode ser configurada diante da existência de um dever de agir. Desse modo, a partir do momento que associamos uma ação ou omissão a um dever de agir, torna-se impossível considerar esta atividade ou inatividade exclusivamente, uma vez que não possuem essência natural, mas sim axiológica. Logo, se o sujeito não possui um dever de agir, a sua inatividade não tem qualquer valor¹¹¹.

Portanto, sob o ponto de vista puramente naturalista, isto é, mecânico, a omissão jamais poderá ser causal, de modo que a causalidade omissiva só pode ser entendida sob a ótica normativa, pois o fato de o omitente não ter evitado o resultado não é suficiente para afirmar que ele o causou¹¹².

Desse modo, a omissão só terá relevância jurídico-penal quando incorporada a uma norma que estabeleça o dever de agir do omitente. Nesse caso, a norma pode estabelecer uma relação entre a omissão e o resultado a partir da constatação que a ação do omitente, em sendo possível, teria evitado a ocorrência do resultado, ainda que não haja causalidade física na omissão¹¹³.

Resta claro que o problema fundamental da causalidade na omissão consiste identificar que a omissão não é uma realidade perceptível através dos sentidos, não podendo, portanto, ser entendida a partir de uma concepção naturalística. Ao contrário, deve ter uma concepção normativa, uma vez que é fruto de uma criação legal que surge diante de uma exigência estabelecida pela norma¹¹⁴.

Por conseguinte, uma vez que a norma jurídica é um imperativo de conduta, que impõe aos indivíduos que se comportem da forma por ela esperada e desejada, expressa um valor sobre a conduta humana. Desse modo, para realizar uma

¹¹⁰ Id. Ibid., p.127.

¹¹¹ Id. Ibid., p.128.

¹¹² SOUZA, Carmo Antônio de. **Fundamentos dos crimes omissivos impróprios**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 80.

¹¹³ MUNHOZ NETTO, Alcides apud SOUZA, Carmo Antônio de. Op. Cit., p. 80.

¹¹⁴ SOUZA, Carmo Antônio de. Op. Cit., p. 72.

adequada análise da causalidade na omissão deve-se considerar seu conteúdo axiológico, visto que a omissão é modalidade de conduta valorada que não pode ser reduzida a elementos puramente naturalísticos já que é esta valoração que lhe torna relevante socialmente¹¹⁵.

Com efeito, este é o erro no qual incorrem a teoria causal e a teoria finalista: ambas consideram a ação e a omissão como um dado do ser (categoria ôntica) e não como um dado de valor normativo¹¹⁶.

Do ponto de vista físico, é evidente que a omissão nada pode causar. Isto posto, depreende-se que para o Direito Penal o conceito naturalístico da causa não é suficiente, sendo adotado, portanto, um ponto de vista lógico-normativo.

3.3 CRIMES OMISSIVOS PRÓPRIOS E IMPRÓPRIOS

A categoria dos crimes omissivos divide-se em próprios e impróprios. Nos primeiros, não há individualização do sujeito, de modo que qualquer pessoa pode praticar um crime omissivo próprio porque o dever de assistência pertence a toda a coletividade. Em contrapartida, nos crimes omissivos impróprios há uma delimitação do círculo de atores, sendo, por isso, chamado também de crimes de omissão qualificada, pois os sujeitos devem ter uma qualidade especial, específica, que o vincula à vítima colocando-o na condição de garantidor desses bens jurídicos¹¹⁷.

O segundo critério que os diferencia é o da previsão legal, uma vez que nos crimes omissivos próprios o legislador prevê expressamente a conduta típica que deve ser imposta ao agente, enquanto que nos impróprios não há uma definição típica prévia, sendo necessário realizar uma adequação dos fatos ocorridos para situar a posição de garantidor, considerando, ainda, a sua real possibilidade de agir¹¹⁸.

Com efeito, os próprios possuem tipos penais específicos e se caracterizam por serem crimes de mera conduta, como a omissão de socorro prevista no artigo

¹¹⁵ TAVARES, Juarez. Op. cit., p.131.

¹¹⁶ Id. Ibid.

¹¹⁷ Id. Ibid., p. 144.

¹¹⁸ GRECO, Rogério. Op. cit., p. 228.

135 do Código Penal Brasileiro¹¹⁹, consistindo na simples transgressão de uma norma jurídica, de modo que não é necessária a ocorrência de qualquer resultado naturalístico para a sua configuração¹²⁰.

Nestes tipos o que se proíbe é a omissão e, portanto, o que se ordena é a ação. A punibilidade correspondente se justifica pela não realização da ação ordenada, o que implica na infração do dever de atuar, de modo que a omissão própria se consuma com a simples não realização da ação ordenada no tipo penal¹²¹.

No sentido oposto, os crimes omissivos impróprios inserem-se na tipificação comum dos crimes de resultado. Nesse caso, não há, em verdade, uma causalidade fática, mas jurídica, em que o sujeito devendo e podendo não impede o resultado, tornando-se autor¹²².

O que caracteriza essa espécie delitiva é exatamente a transgressão do dever jurídico de evitar o resultado a que se estava obrigado¹²³. Cumpre ressaltar que não configura crime a simples infração de deveres éticos ou morais, mas apenas o descumprimento de um dever juridicamente estabelecido de agir para evitar o resultado.

Nos crimes omissivos próprios o tipo penal prevê uma conduta negativa, isto é, uma inação. Em contrapartida, nos crimes omissivos impróprios a conduta é positiva, só que praticada por omissão do agente, que, no caso concreto, podia e devia agir para evitar o resultado. Por isso, são também conhecidos como crimes comissivos por omissão, uma vez que o tipo prevê uma conduta comissiva que é praticada omissivamente pelo agente¹²⁴. Nesse caso, a omissão do sujeito que está obrigado a evitar o resultado lesivo é equivalente à realização do tipo por uma conduta ativa.

¹¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 308.

¹²⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 8. ed., vol. 1. São Paulo: Atlas, 1994, p. 124.

¹²¹ MARISCAL, Olga Islas de González. Op. Cit., p. 169.

¹²² BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 308.

¹²³ PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**: doutrina; casuística; conexões lógicas com os vários ramos do direito. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 79.

¹²⁴ GRECO, Rogério. Op. cit., p. 229.

Importante destacar que os crimes omissivos impróprios podem decorrer de condutas dolosas ou culposas¹²⁵, de modo que pode o sujeito omitir-se com a intenção de causar o resultado ou apenas deixar de agir por negligência, imprudência ou imperícia. Com efeito, a culpa nos crimes omissivos impróprios possui fundamentalmente a mesma estrutura que nos crimes comissivos, só havendo possibilidade de sua configuração, portanto, caso haja expressa previsão legal do crime na modalidade culposa¹²⁶.

No entanto, o garante só responderá pelo crime se ocorrer a lesão ao bem jurídico, visto que como crime material, a omissão imprópria depende da ocorrência do resultado naturalístico para a sua consumação.

3.3.1 A posição de garantidor

A figura do garantidor surgiu na Teoria do Delito como fruto de elaboração doutrinária e jurisprudencial que determinou situações nas quais o agente tem o dever de evitar o resultado, uma vez que no Código Penal de 1940 não havia norma legal que previsse o referido instituto, passando a ser expressamente regulado apenas em 1984, com o advento da Reforma Penal¹²⁷.

Existem três grupos de teorias acerca da posição de garantidor nos crimes omissivos impróprios. A primeira é a das Fontes Formais do dever jurídico, segundo a qual a posição de garante é derivada da lei, da aceitação voluntária do encargo ou do comportamento anterior do agente, conhecido por ingerência¹²⁸.

Todavia, esta teoria possui defeito fundamental que é a falta de critério objetivo para delimitar as posições de garantia, de modo que a doutrina e jurisprudência europeias acrescentaram “estreitas relações de vida” como fundamento da posição de garantia, dando origem, assim, à Teoria das Funções de Armin Kaufmann¹²⁹.

Segundo a referida teoria, os deveres de garante devem ser determinados por critérios materiais. Assim, distingue duas categorias de garante: de proteção e de

¹²⁵ Id. Ibid.

¹²⁶ BIERRENBACH, Sheila. Op. cit., p. 97.

¹²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 311.

¹²⁸ SOUZA, Carmo Antônio de. Op. Cit., p. 54.

¹²⁹ BIERRENBACH, Sheila. Op. cit., p. 74.

vigilância. Os primeiros possuem a obrigação de proteger determinados bens jurídicos de qualquer ameaça ou lesão. Os segundos são aqueles que possuem a função de vigiar e controlar determinadas fontes de perigo. Nesta categoria incluem-se as situações decorrentes da ingerência¹³⁰.

Desse modo, diz-se que a posição de garante está num plano material, uma vez que o dever de proteção decorre de relação estreita que o agente possui com bem jurídico específico e da função de vigilância de uma fonte de perigo.

Por fim, a última teoria a respeito da posição de garantidor é fruto da conjugação das duas teorias anteriores, sendo por isso chamada de Teoria Mista, visto que as fontes formais são somadas a outros critérios materiais, como a proteção de bens jurídicos e o controle das fontes de perigo.

O Código Penal Brasileiro adotou a Teoria das Fontes Formais estabelecendo a quem incumbe esse dever de evitar o resultado¹³¹, isto é, quem são os indivíduos que possuem uma relação tão especial com o bem jurídico tutelado, que acabam tornando-se responsáveis por garantir sua integridade.

Desse modo, diante do dever de proteção do garantidor para com a vítima, considera-se que a sua omissão, ao não evitar o resultado lesivo, corresponde à sua produção por ação.

Todavia, a indicação exclusivamente formal das fontes do dever de agir pode deixar de abarcar situações relevantes, levando a doutrina a incidir em outros critérios de imputação¹³².

Portanto, faz-se necessário advertir que a adoção de um critério exclusivamente formal da posição de garante pode prejudicar uma delimitação apropriada da responsabilidade penal do sujeito. Em contrapartida, adotar apenas uma diretriz material pode ensejar um menosprezo da legalidade necessária para garantir a liberdade do indivíduo diante da intervenção criminalizadora¹³³.

¹³⁰ SOUZA, Carmo Antônio de. Op. cit., p. 86.

¹³¹ GRECO, Rogério. Op. cit., p. 228.

¹³² TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 146.

¹³³ CARVALHO, Érika Mendes de; KASSADA, Daiane Ayumi. **O compliance officer é autêntico garante no âmbito dos crimes omissivos impróprios ambientais?** Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5727-O-compliance-officer-e-autentico-garante-no-ambito-dos-crimes-omissivos-improprios-ambientais>. Acesso em 15 jan. 2018.

Ante o exposto, conclui-se que é necessário aplicar a teoria das fontes formais adotada pelo Código Penal, buscando auxílio na teoria das funções, que apontará critérios materiais capazes de adequar a omissão imprópria às tendências contemporâneas, uma vez que aquela utilizada sozinha não traz critérios seguros para delimitar as posições de garantia e os deveres dela decorrentes¹³⁴.

3.3.2 A Tríade legal de garantes do Código Penal Brasileiro

Cedendo à já existente e antiga elaboração doutrinária, com a Reforma Penal de 1984, o legislador regulou a figura do garantidor, especificando as hipóteses em que há o dever de agir do sujeito para evitar o resultado, no art. 13, §2º, do nosso Código Penal¹³⁵:

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

Relevância da omissão

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

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;

b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado (grifos acrescentados);

c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

A primeira hipótese, prevista na alínea “a”, trata do dever de agir decorrente de obrigação legal, e se fundamenta no vínculo especial existente entre o garantidor e a vítima em virtude de relações sociais e familiares, sendo socialmente obrigados à proteção. Nesta hipótese, a posição de garante estará elencada em preceito legal, penal ou extrapenal, de direito público (constitucional ou administrativo, por exemplo) ou de direito privado, como no direito de família¹³⁶.

Esse dever está previsto, por exemplo, nos arts. 229 e 230 da Constituição Federal, referentes à família, à criança, ao adolescente e ao idoso, bem como no art.

¹³⁴BIERRENBACH, Sheila A. Op. cit., p. 76.

¹³⁵BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Presidência da República, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 20 jan. 2018.

¹³⁶BIERRENBACH, Sheila A. Op. cit., p. 76.

1634, do Código Civil que estabelecer um dever de assistência dos pais para com os filhos menores¹³⁷.

Outrossim, estão incluídos nesse rol de obrigados legais aqueles elencados no art. 144 da Constituição Federal como responsáveis pela segurança pública, tendo o dever de preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio. Portanto, o referido artigo transforma os policiais (federais, civis e militares) e os bombeiros militares em garantes desses bens jurídicos¹³⁸.

Cumprir destacar que o dever de agir decorrente de obrigação legal deve fundamentar-se apenas em lei em sentido estrito, do contrário, haveria violação ao Princípio da Legalidade¹³⁹.

Na alínea “c”, o dever de proteção decorre da responsabilidade pela produção do perigo. Aqui se inserem as pessoas que com sua conduta anterior originaram o perigo do resultado lesivo, conhecida como ingerência¹⁴⁰.

Desse modo, aquele que com sua conduta anterior criou situação de risco ao bem jurídico de terceiro é obrigado a agir para evitar a ocorrência do resultado lesivo, sob pena de responder pelo resultado típico como se o tivesse causado por ação, em caso de omitir-se¹⁴¹.

Neste caso, todavia, é preciso limitar a amplitude da ação antecedente, por meio da comprovação de que a conduta anterior que gerou perigo ao bem jurídico violou um dever de cuidado, evitando, assim, que a simples causação do perigo, sem qualquer fundamento legal, possa levar equivocadamente à imputação do papel de garantidor¹⁴².

Desse modo, com o desenvolvimento da doutrina, esta vem descartando a possibilidade de analisar o atuar precedentes apenas do ponto de vista formal, como elencado pelo Código Penal, tornando indispensável a adoção de uma postura que integre as doutrinas formal e material, impondo ao intérprete uma série de

¹³⁷ Id. Ibid.

¹³⁸ Id. Ibid., p. 77.

¹³⁹ De acordo com o princípio da Legalidade penal, expressamente previsto na Constituição Federal, no seu art. 5º, inciso XXXIX, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988).

¹⁴⁰ TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 147.

¹⁴¹ BIERRENBACH, Sheila A. Op. cit., p. 80.

¹⁴² TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 148.

orientações para evitar que a mera causação prévia do perigo leve à responsabilização do ingerente como garante¹⁴³.

3.3.2.1 Uma análise sobre a alínea “b”, §2º, do artigo 13 do Código Penal

O dispositivo legal em epígrafe estabelece que é garantidor quem “de outra forma assumir a responsabilidade de impedir o resultado”¹⁴⁴, isto é, quem possui o dever de impedir o resultado, apesar de não determinado pela lei, tratando, portanto, da hipótese de assunção voluntária de custódia.

Por muito tempo a doutrina majoritária estabeleceu que o especial dever de cuidado desse dispositivo era decorrente de relação contratual. Nesse sentido segue o entendimento de Luis Regis Prado¹⁴⁵:

Em nível de tipicidade, faz-se mister a concorrência de uma situação típica; da não realização de uma ação evitadora do resultado; da capacidade concreta de ação (conhecimento da situação típica e do modo de evitar o resultado/possibilidade real de fazê-lo).

Entretanto, o contrato não esgota todas as possibilidades de assunção voluntária da posição de garante, visto que ainda que inexista um contrato, o indivíduo pode assumir no plano fático a responsabilidade para com terceiros.

Nessa linha de raciocínio, Cezar Roberto Bitencourt entende que se encaixa na situação de garantidor, de acordo com o referido dispositivo legal, quem se coloca voluntariamente na situação de garante, assumindo por qualquer meio esse compromisso, ainda que de forma transitória¹⁴⁶.

De acordo com Juarez Cirino dos Santos, a responsabilidade de impedir o resultado pode ser assumida por ato de vontade do garantidor, seja contratual ou extracontratual, em que a assunção fática da proteção é decisiva, porque a

¹⁴³ BIERRENBACH, Sheila A. Op. cit., p. 84.

¹⁴⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940, art. 13º, §2º, alínea b. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm >. Acesso em 20 jan. 2018.

¹⁴⁵ PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 77.

¹⁴⁶ BITENCOURT. Cezar Roberto. Op. Cit., p. 313.

confiança na ação do garante cria relações de dependência e encoraja a exposição a riscos que, de outro modo, seriam evitados¹⁴⁷.

Assim, o entendimento atual da doutrina é que é prescindível a existência de um contrato para que o sujeito assuma a posição de garantidor, bastando, para tanto, que assuma efetivamente, por conta própria e independente de qualquer retribuição, a custódia de algo ou alguém.

Inserem-se nesta categoria de garantidores a babá em relação às crianças que lhe são confiadas, bem como aquele que simplesmente se oferece, voluntariamente para ajudar um deficiente visual a atravessar a rua, de modo que não poderá, no meio do caminho, desistir de auxiliá-lo¹⁴⁸.

Importante salientar que a babá contratada formalmente que desiste do emprego antes mesmo de iniciar o trabalho, obviamente não responderá por lesões que a criança venha eventualmente a sofrer. Todavia, se iniciar a relação de emprego, mesmo que o contrato seja nulo, será responsabilizada, tendo, ainda, o dever de permanecer no trabalho, mesmo após o término do seu expediente, até que alguém a substitua¹⁴⁹.

Cumprido destacar, ainda, que as correntes doutrinárias contemporâneas limitadoras da posição de garantia e dos seus deveres oriundos estabelecem que para que a omissão possa ser equiparada à ação, o agente quando assume a proteção do bem, deve fazê-lo de modo a levar o garantido a uma decisiva dependência em relação ao garantidor¹⁵⁰.

Ademais, há quem entenda que em determinadas situações, aquele que assumiu voluntariamente a custódia, além de proteger os bens do garantido tem o dever de vigiá-lo para que este não lesione bens de outrem. Desse modo, professores, médicos, babás, poderão ser responsabilizados criminalmente por condutas típicas praticadas por alunos incapazes, doentes mentais ou crianças. Todavia, este não é um entendimento unânime, pelo contrário, é um tema bastante

¹⁴⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 3. Ed. Curitiba: Lumens Juris, 2008, p. 215.

¹⁴⁸ BIERRENBACH, Sheila A. Op. cit., p. 79.

¹⁴⁹ Id. Ibid.

¹⁵⁰ Id. Ibid., p. 80.

controverso, que para muitos, levaria a uma indevida ampliação da posição de garantidor¹⁵¹.

3.3.3 Pressupostos fundamentais da posição de garante

Ante o exposto, para que determinado indivíduo se encaixe na condição de garantidor, foram estabelecidos três pressupostos fundamentais, quais sejam:

3.3.3.1 O dever de agir

Das posições de garantia elencadas no art. 13, §2º, decorre o dever legal de agir para evitar ou tentar evitar resultado lesivo ao bem jurídico tutelado. Este não é um dever genérico de proteção que recai sobre todos indistintamente como ocorre nos crimes omissivos próprios, trata-se de um especial dever de agir para impedir o resultado que torna o sujeito garantidor da sua não ocorrência¹⁵².

Desse modo, diante de uma situação de perigo ao bem jurídico de terceiro, apenas os garantes, que possuem dever específico e especial de proteção com este, assumido contratualmente ou de fato, têm o dever de agir para evitar a ocorrência da lesão.

3.3.3.2 O poder agir

É condição da posição de garantidor a real possibilidade de atuar, de modo que a impossibilidade física de agir afasta, no caso concreto, a responsabilidade do agente, quando este, em tese, tinha o dever de agir.

Portanto, para que determinado indivíduo seja responsabilizado por uma omissão, é necessário que esta seja voluntária, isto é, é preciso que o sujeito tenha a possibilidade de agir para que se configure a omissão penalmente relevante¹⁵³.

Assim, é evidente, que além do dever de agir, é necessário haver a possibilidade física de agir para que seja possível afirmar que o indivíduo não agiu voluntariamente.

¹⁵¹ Id. Ibid.

¹⁵² BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 312.

¹⁵³ Id. Ibid.

Cumprido destacar, todavia, que para que haja a real possibilidade de agir é necessário analisar a capacidade de agir com êxito para afastar o perigo que ameaça o bem jurídico. Desse modo, depreende-se que só responderá pela sua omissão como garantidor o sujeito que tinha condições físicas, psíquicas e habilidades e conhecimentos especiais necessários para agir, bem como os meios para executar o plano de ação¹⁵⁴.

3.3.3.3 Evitabilidade do resultado

Desse modo, além da possibilidade de agir, deve-se verificar se a realização da conduta devida seria capaz de evitar o resultado, pois, só assim, a omissão poderá ser considerada causa desse resultado¹⁵⁵.

Se o resultado ocorreria de qualquer forma, isto é, se a conduta devida não seria capaz de evitar a ocorrência do resultado, conclui-se, portanto, que não há uma relação de causalidade entre a omissão e o resultado, não podendo atribuir a responsabilidade ao omitente¹⁵⁶.

O legislador não exige que o garantidor evite a qualquer custo o resultado, mas informa o agente da sua obrigação, de modo que se este realiza tudo ao seu alcance para evitar a ocorrência do resultado lesivo, mas não tem sucesso, obviamente não poderá ser responsabilizado¹⁵⁷.

¹⁵⁴ BIERRENBACH, Sheila A. Op. Cit, p. 93.

¹⁵⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 312.

¹⁵⁶ Id. Ibid.

¹⁵⁷ GRECO, Rogério. Op. cit., p. 231.

4 A DISCUSSÃO SOBRE A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO JURÍDICO-PENAL DO *COMPLIANCE OFFICER* PELA OMISSÃO NO CUMPRIMENTO DOS DEVERES DE VIGILÂNCIA

A preocupação em determinar e delimitar a responsabilidade do *compliance officer* é justificada pelas inúmeras mudanças estruturais e organizacionais que a atividade empresarial vem sofrendo, passando a adotar programas direcionados para a prevenção de infrações e reparação dos impactos gerados por estas¹⁵⁸.

Segundo Feijoo Sánchez, surgem dois efeitos decorrentes da responsabilidade penal por atos ilícitos na empresa: por um lado, os novos deveres do governo corporativo com respeito à autorregulação empresarial e, por outro, o fenômeno crescente da existência de pessoas que dentro da empresa têm apenas a função de controlar, supervisionar ou vigiar que não se infrinjam as regras internas estabelecidas para o cumprimento das normas¹⁵⁹.

Assim, na atual realidade do direito penal empresarial, em que há uma crescente violação de condutas de regulação e autorregulação, se impõe a necessidade de estabelecer a responsabilidade pelas condutas omissivas, especialmente das omissões impróprias¹⁶⁰.

Nesta modalidade omissiva, a responsabilidade penal ganha contornos complexos, uma vez que desde o seu nascimento a omissão imprópria tem apresentado diversos problemas doutrinários em relação à causalidade, à fundamentação do dever jurídico, às fontes do dever de atuar para evitar o resultado material, à equiparação entre ação e omissão, à posição de garante e suas fontes, entre outros¹⁶¹.

Nesse contexto, a problemática da imputação penal assume contornos sensíveis à sua legitimidade, uma vez que se tornam evidentes as dificuldades em identificar e individualizar a responsabilidade do *compliance officer* partindo-se da

¹⁵⁸ ANDRADE, Andressa Paula de. Et al. Criminal compliance ambiental: medidas prévias ao delito e comportamento pós-delitivo positivo corporativo. **Revista dos Tribunais**, v. 959, set. 2015, p. 209.

¹⁵⁹ Id. Ibid., p. 184.

¹⁶⁰ SILVEIRA, Renato de Mello. Op. cit., p. 85.

¹⁶¹ MARISCAL, Olga Islas de González. **Responsabilidad penal por omisión**. Bases Doctrinarias. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3064/13.pdf>>. Acesso em 04 fev. 2018, p. 170.

análise de suas funções dentro de uma estrutura empresarial e econômica altamente complexa.

4.1 O *COMPLIANCE OFFICER* É UM GARANTIDOR?

É cediço que a responsabilidade penal dos indivíduos que desenvolvem suas tarefas no âmbito de pessoas jurídicas se vê profundamente alterado diante do surgimento do fenômeno autorregulatório¹⁶².

No que tange à responsabilidade penal do *compliance officer*, não há no ordenamento jurídico brasileiro a previsão de um tipo penal específico que trate da sua omissão no dever de controle e vigilância da pessoa jurídica, não podendo, portanto, à luz do Princípio da Legalidade, ser responsabilizado por um crime omissivo próprio.

Portanto, a questão da relevância penal da sua omissão centra-se na possibilidade de ser responsabilizado por um crime omissivo impróprio.

Quanto a estes, Juarez Tavares¹⁶³ afirma que:

[...] são crimes de omissão qualificada porque os sujeitos devem possuir uma qualidade específica, que não é inerente e nem existe nas pessoas em geral. O sujeito deve ter com a vítima uma vinculação de tal ordem, para a proteção de seus bens jurídicos, que o situe na qualidade de garantidor desses bens jurídicos.

Portanto, trata-se de delito especial, uma vez que só podem ser realizados por determinados sujeitos que possuem uma especial relação de proteção com o bem jurídico, sendo, por isso, chamados de garantidores¹⁶⁴. Aqui, a lei pune o não agir para evitar que o resultado descrito pelo tipo penal correspondente se materialize.

Nesse contexto, indaga-se a respeito da possibilidade de o *compliance officer* ser considerado garantidor dos danos derivados da atividade empresarial que caem em seu âmbito de controle, vindo a ser, portanto, responsabilizado por um crime omissivo impróprio.

¹⁶² BERMEJO, Mateo G; PALERMO, Omar. Op. cit., p. 183.

¹⁶³ TAVARES, Juarez. **As controvérsias em torno dos crimes omissivos**. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996, p 65.

¹⁶⁴ PRADO, Luiz Regis, 2010. Op. cit., p. 79.

Em regra, a sua possível responsabilização criminal derivará da omissão no controle da atividade dos empregados e dos processos da empresa. Todavia, o tema ainda é muito controvertido na doutrina e jurisprudência, existindo diferentes correntes e opiniões acerca da assunção da posição de garantia pelo *compliance officer*¹⁶⁵.

Primeiramente, para conseguir determinar os limites e alcance dessa possível posição de garante, é necessário definir o concreto círculo de deveres que assumiu o encarregado, centrando-se nas relações especiais da empresa e no fim da missão confiada¹⁶⁶.

É certo que a sua competência e funções contratualmente assumidas podem variar de acordo com a legislação ou a própria organização da pessoa jurídica, podendo estender-se ou contrair-se segundo o grau de intervenção que tenha na empresa¹⁶⁷.

Assim, a imputação da responsabilidade dependerá também das normas autorregulatórias da pessoa jurídica, que estabelece um sistema formal de divisão de funções que deverá ser considerado¹⁶⁸.

4.1.1 Ponto de partida: a tese do garantidor por delegação

O ponto de partida das diferentes correntes que defendem inúmeras possibilidades de responsabilização do *compliance officer* pelas infrações cometidas por terceiros no âmbito da empresa é essencialmente o mesmo: a tese do garantidor por delegação¹⁶⁹.

De acordo com essa teoria defendida por Jesus-María Silva Sánchez¹⁷⁰, Mateo Bermejo e Omar Palermo¹⁷¹, os titulares dessa posição de garante são os

¹⁶⁵ LEAL, Luiza de Sena G. Op. Cit., p. 40.

¹⁶⁶ PRITTWITZ, Cornelius. La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los compliance officers. In: KUHLEN, Lothar (eds.). MONTIEL, Juan Pablo (eds). GIMENO, Iñigo Ortiz De Urbina (eds). **Compliance y teoría del Derecho Penal**. 1. ed. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 213.

¹⁶⁷ BERMEJO, Mateo G; PALERMO, Omar. Op. cit., p. 181.

¹⁶⁸ Id. Ibid., p. 188.

¹⁶⁹ LEAL, Luiza de Sena G. Op. Cit., p. 40.

¹⁷⁰ SANCHÉZ, Jesús-María S. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar (eds.). MONTIEL, Juan Pablo (eds). GIMENO, Iñigo Ortiz De Urbina (eds). **Compliance y teoría del Derecho Penal**. 1. Ed. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 99.

¹⁷¹ BERMEJO, Mateo G; PALERMO, Omar. Op. cit., p. 180.

membros da direção da entidade, já que são eles que decidem acerca do domínio de uma fonte de perigo.

Desse modo, quem detém o dever de vigilância são os superiores hierárquicos, que podem, todavia, delegá-lo a seus subordinados ao estabelecer suas competências. Por conseguinte, esta delegação pode recair sobre algum subordinado específico, como o *compliance officer*, ou externalizar-se em uma pessoa física ou jurídica externa¹⁷².

Logo, a posição jurídica do *compliance officer* decorre da posição de garante dos diretores da empresa, que têm o dever de evitar atos ilícitos em seu âmbito de organização. Assim, a posição de garante deste colaborador não é originária, mas derivada da delegação de funções que realiza o empresário, não havendo dúvidas, portanto, que sem essa posição de garante do empregador, o responsável pela conformidade não pode adquirir esse *status*¹⁷³.

Nesse ínterim, surge o questionamento a respeito de qual seria a fonte da posição de garante dos membros da direção da empresa. As diferentes teses trazidas pela doutrina recorrem a um conjunto de alternativas que incluem desde a exigência de um regime extrapenal que estabelece a referida posição, até a apelação a princípios gerais de imputação¹⁷⁴.

É possível verificar que, em certos casos, é a própria legislação que imputa a posição de garante ao empresário, podendo fazê-lo por meio de normas de caráter geral dirigidas a todos os empresários ou através de norma específica de certos âmbitos de regulação¹⁷⁵.

No ordenamento jurídico brasileiro há a Lei Anticorrupção, já abordada neste trabalho, que estabelece um dever geral aos empresários de adotar programas de comprometimento e códigos de ética no âmbito da pessoa jurídica com a finalidade de evitar a ocorrência de infrações, do contrário, poderão ser responsabilizados por não adotarem uma postura preventiva na empresa.

Além dos casos em que a elaboração de programas de prevenção são uma exigência do legislador, seja de caráter geral ou especial, podem decorrer do próprio

¹⁷² SANCHÉZ, Jesús-Maria S. Op. Cit., p. 99.

¹⁷³ BERMEJO, Mateo G; PALERMO, Omar. Op. cit., p. 178.

¹⁷⁴ Id. Ibid.

¹⁷⁵ Id. Ibid., p. 179.

fenômeno autorregulatório, por meio da elaboração pelas empresas de códigos de conduta internos¹⁷⁶.

Na opinião de Mateo Bermejo e Omar Palermo, as normas legais ou autorregulatórias não são mais do que casos especiais do fundamento último e geral da posição de garante do empregador: o princípio regulador da imputação que estabelece que cada cidadão deve assumir a responsabilidade pelas consequências derivadas de seu âmbito de organização¹⁷⁷.

Portanto, para eles, essas normas, externas ou internas à organização da pessoa jurídica, são, em verdade, aplicações especiais da regra geral de que a liberdade de organização enseja, em contrapartida, a responsabilidade pelas consequências. Desta forma, entendem que não é necessário um regulamento especial que atribua o dever de evitar resultados nocivos em contextos específicos, visto que a imputação ocorre por um princípio geral do ordenamento jurídico¹⁷⁸.

Desse modo, a posição de garantia dos órgãos diretivos da empresa fundamenta-se na ideia de que ao estabelecer uma organização, o empresário compromete-se, como contrapartida da liberdade exercida, a conter os riscos aos bens jurídicos de terceiros decorrentes da atividade empresarial¹⁷⁹.

Por conseguinte, o empresário poderá ser responsabilizado por um crime omissivo impróprio caso não controle os focos de perigo tipicamente decorrentes da atividade desempenhada, tendo o dever de estabelecer os mecanismos de segurança adequados a fim de obter informações que possibilitem a prevenção da sua existência ou, ao menos, a sua minimização até que se tornem riscos toleráveis¹⁸⁰.

Isso porque, apesar da empresa organizar-se em níveis diversos de pessoas, o órgão diretivo permanece com o dever de evitar que desses níveis produzam-se perigos para os demais, de modo que mecanismos de controle e vigilância são

¹⁷⁶ BERMEJO, Mateo G; PALERMO, Omar. Op. cit., p. 180.

¹⁷⁷ Id. Ibid.

¹⁷⁸ Id. Ibid.

¹⁷⁹ PLANAS, Ricardo Robles. Op. Cit., p. 322.

¹⁸⁰ Id. Ibid.

necessários para demonstrar o seu comprometimento em evitar perigos concretos decorrentes da atuação de seus empregados¹⁸¹.

Por conseguinte, uma vez que o *compliance officer* assume contratualmente, mediante ato de delegação do administrador empresário, funções próprias da direção, adquirindo, assim, o dever de supervisionar e vigiar o foco de perigo decorrente das atividades empresariais entende-se, segundo a teoria, que delegada está também a posição de garante por meio da aquisição voluntária derivada¹⁸².

Em grandes empresas, o *compliance officer* pode, ainda, delegar a competência e funções recebidas a seus próprios funcionários em cada etapa de implementação do programa, o que dará lugar, evidentemente, a uma nova estrutura de delegações de controle e vigilância¹⁸³.

Cumprir destacar, ainda, que de acordo com esta teoria a delegação não extingue totalmente a posição de garante, na verdade, a transforma. Com efeito, a direção da empresa que é o garante primário, seguirá sendo, em todo caso, o garante mediato, cujo dever de vigilância consiste na observação do cumprimento do substituto. Este, por sua vez, terá a plena responsabilidade do garante desde a aceitação de sua posição até o momento de devolver ao garante primário¹⁸⁴.

Desse modo, fica evidente que as funções de vigilância, ainda que delegadas, também são de responsabilidade da direção da pessoa jurídica, que tem o dever de auxiliar e, ao mesmo tempo, fiscalizar o *compliance officer*, uma vez que permanece como garante mediato, de modo que pode ser responsabilizada.

Portanto, faz-se necessário que os programas de cumprimento estabeleçam as competências e funções da direção e do responsável pela conformidade, a fim que se estabeleçam as expectativas normativas de cada um dos papéis instituídos dentro da pessoa jurídica.

Insta salientar, todavia, que nem toda transferência de deveres fundamenta também uma posição de garantia em sentido jurídico-penal. Em regra, deve haver uma relação especial de confiança que é o que precisamente leva quem transfere a

¹⁸¹ Id. *Ibid.*, p. 323.

¹⁸² CARVALHO, Érika Mendes de; KASSADA, Daiane Ayumi. *Op. cit.*

¹⁸³ LEAL, Luiza de Sena G. *Op. Cit.*, p. 43.

¹⁸⁴ BERMEJO, Mateo G. PALERMO, Omar. *Op. cit.*, p. 187.

colocar nas mãos do obrigado especiais deveres, como acontece geralmente com a empresa que contrata um *compliance officer*¹⁸⁵.

Tendo em vista que a empresa ao delegar, ainda que parcialmente, a função de controle e vigilância ao *compliance officer*, diminui sua atuação na prevenção dos delitos que podem ser cometidos em seu âmbito, este adquire a competência em virtude da assunção.

Todavia, não há uma transmissão automática de deveres de garante ao responsável pela conformidade, de modo que não basta por suposto para ser responsabilizado penalmente a mera celebração de um contrato. Por conseguinte, a determinação da posição de garante dependerá da análise de quais competências e funções foram-lhe atribuídas e quais foram efetivamente assumidas perante a empresa¹⁸⁶.

Portanto, se o fundamento da posição de garante está definido pelo contrato, resulta necessário, ainda assim, que o *compliance officer* que celebrou o mesmo tenha agregado a ele a real assunção de tais âmbitos de deveres¹⁸⁷.

A partir do reconhecimento da função de garante assumida pelo delegado de vigilância, surgem diferentes correntes com o objetivo de definir os limites da responsabilidade desse substituto.

4.1.1.1 Teoria do domínio do fato

De acordo com a teoria do domínio do fato o autor do delito é aquele que tem o domínio do fato em qualquer uma de suas acepções: “domínio da ação propriamente dita (autoria simples), domínio da vontade de terceiros (autoria mediata) ou domínio funcional do fato (coautoria)”. Em contrapartida, o partícipe é configurado por exclusão, isto é, é o interveniente que não possui o domínio do fato principal, mas coopera por meio de uma conduta penalmente relevante para que este ocorra¹⁸⁸.

Partindo da lógica dos crimes de domínio, infere-se que a intervenção do *compliance officer* que, estando em posição de garante não evita a comissão de

¹⁸⁵ PRITTWITZ, Cornelius. Op. Cit., p. 213.

¹⁸⁶ Id. Ibid.

¹⁸⁷ BERMEJO, Mateo G; PALERMO, Omar. Op. cit., p. 189.

¹⁸⁸ MOURA, Bruno. Op. Cit., p. 55.

atos delitivos realizados pela empresa, o torna partícipe do crime por omissão, na medida em que normalmente carece de domínio do fato¹⁸⁹.

Com efeito, de acordo com esta teoria, o autor material do delito comissivo é quem tem o domínio real do fato, enquanto que o omitente, como o *compliance officer*, possui apenas o domínio potencial, assumindo o papel de garante do impedimento do sucesso lesivo, de modo que só poderá, portanto, ser partícipe¹⁹⁰.

Desse modo, se apenas aquele que domina o fato pode ser um autor, o *compliance officer* irá assumir o papel de partícipe por omissão. Todavia, se as autoridades ou empregados da empresa que têm o domínio do fato tiverem perdido o controle do resultado lesivo e havia a possibilidade de evitação pelo *compliance officer*, este pode ser autor por omissão se esta depender exclusivamente de sua atuação. Em suma, o domínio do fato só se transfere ao omitente quando o interveniente tenha deixado de controlar o curso do fato¹⁹¹.

Entretanto, por diversas razões, essa teoria não prospera. A tese segundo a qual quem domina o fato é autor e quem se omite em posição de garante é partícipe, parte do princípio naturalista segundo o qual autor é quem atua por último. Todavia, isso é um contra senso lógico, pois no âmbito da empresa a execução do fato permanece muitas vezes nas mãos dos subordinados. Sendo assim, nessa linha de raciocínio, o subordinado que atuar em último lugar, por ser quem domina o fato, deve ser considerado autor, enquanto que os administradores, garantes de evitação e responsáveis pela decisão, só podem ser partícipes¹⁹².

Assim, os problemas da aplicação da teoria do domínio do fato são evidenciados quando se verifica a dificuldade de imputação de responsabilidades no âmbito das modernas e complexas organizações empresariais características da sociedade de risco contemporânea, qualificadas pela emaranhada descentralização horizontal e vertical de competências e funções¹⁹³.

Nesse sentido, torna-se cada vez mais falha a tentativa de seguir os cursos causais dentro da empresa, especialmente ante a lógica das decisões colegiadas

¹⁸⁹ BERMEJO, Mateo G; PALERMO, Omar. Op. cit., p. 190.

¹⁹⁰ Id. Ibid., p. 190.

¹⁹¹ Id. Ibid., p. 191.

¹⁹² Id. Ibid.

¹⁹³ MOURA, Bruno. Op. Cit., p. 59.

dos órgãos diretivos. Outrossim, a distribuição do poder decisório entre diferentes órgãos traz como causa do resultado lesivo uma multiplicidade de condutas realizadas por diversos sujeitos, o que implica numa fragmentação da responsabilidade dentro da corporação¹⁹⁴.

Com efeito, a divisão corporativa em centros de decisão, centros intermediários e centros de execução, na qual os primeiros possuem a predominância fático-normativa, impossibilita que a autoria seja estabelecida exclusivamente pela “execução de mão própria pelo último a atuar”, uma vez que é irracional considerar que os ocupantes de cargos de decisão são simples partícipes, quando em verdade são os protagonistas do fato¹⁹⁵.

Em verdade, essa teoria está baseada na ideia de que a ação possui um maior grau de reprovabilidade que a omissão, sem levar em consideração que no âmbito da empresa, como em qualquer outro, o intercâmbio entre ações e omissões é permanente, de modo que esta distinção não pode ser relevante. Logo, não é a natureza da sua contribuição, que pode ser omissiva ou comissiva, que determina seu grau de responsabilidade, mas o alcance da sua competência¹⁹⁶.

Em suma, a teoria do domínio do fato não pode ser usada como critério delimitador entre autoria e participação, uma vez que nem sempre quem possui o domínio do fato é autor, e nem sempre que faltar esse domínio se é partícipe. É possível, por exemplo, que o *compliance officer* seja um mero revisor interno e, em consequência, seu âmbito de responsabilidade lhe impeça ser autor, ainda que tenha o poder fático, real ou potencial, de proteger o bem jurídico tutelado¹⁹⁷.

4.1.1.2 Teoria da diferenciação: garante de proteção ou garante de vigilância?

Um setor da doutrina inspirado na Teoria das Funções fundada por Armin Kaufmann, já abordada neste estudo, distingue a responsabilidade do omitente como autor ou partícipe de acordo com o tipo de posição de garante que tenha infringido¹⁹⁸.

¹⁹⁴ Id. Ibid., p. 61.

¹⁹⁵ Id. Ibid.

¹⁹⁶ BERMEJO, Mateo G; PALERMO, Omar. Op. cit., p. 192

¹⁹⁷ Id. Ibid., p. 192.

¹⁹⁸ Id. Ibid., p. 193.

De acordo com esta corrente, o garante de proteção é aquele que tem o dever de proteger o bem jurídico evitando a ocorrência de um resultado lesivo. Logo, será responsabilizado penalmente como autor se devia e podia evitar a ocorrência do dano¹⁹⁹. Sobre isso, não temos nenhuma dúvida.

Em contrapartida, se o omitente é garante de vigilância, isto é, se só tem o dever de manter inacessível ao alcance de terceiros determinados objetos perigosos, não será autor, mas apenas partícipe do ato delitivo que cometa o autor mediante a utilização desses objetos²⁰⁰.

Em síntese, a teoria da diferenciação se baseia na distinção entre as posições de garantia: se incumbe ao garantidor o dever de controlar as fontes de perigo ou se lhe incumbe uma função de proteção de um bem jurídico. No primeiro caso, a infração de seus deveres conduz a uma responsabilidade a título de participação, enquanto que no segundo caso só poderá ser responsabilizado como autor do delito não evitado²⁰¹.

Logo, para definir o alcance da responsabilidade do *compliance officer* de acordo com este entendimento é de fundamental importância definir o conteúdo das funções delegadas a ele, estabelecendo se o mesmo configura-se como um garante de proteção, que tem a função de impedir a ocorrência de condutas delituosas, ou se é apenas um garante de vigilância, uma vez que sua posição de deveres como encarregado se esgota unicamente em aperfeiçoar os processos internos da empresa e em descobrir e evitar no futuro as infrações de dever dirigidas a ela²⁰².

Afinal, dizer que tanto o garante de proteção como o de vigilância estão a serviço da proteção de bens jurídicos, é, em si, uma argumentação correta, mas também superficial, uma vez que passa por alto sem fundamentação alguma das diferenças realmente existentes entre os institutos de garantias²⁰³.

Todavia, o principal problema desta teoria é que não possui uma fundamentação material que legitime essa distinção que propõem os seguidores da teoria das funções. Com efeito, os seus defensores apenas pré definem e

¹⁹⁹ Id. Ibid.

²⁰⁰ Id. Ibid.

²⁰¹ PLANAS, Ricardo Robles. Op. Cit., p. 327

²⁰² PRITTWITZ, Corneulius. Op. cit., p. 214.

²⁰³ BERMEJO, Mateo G; PALERMO, Omar. Op. cit., p. 193.

determinam as consequências penais do garante mediante o “etiquetamento” do conteúdo de suas funções, segundo o garante seja de proteção ou de vigilância, mas não indica os princípios materiais em que se apoia essa distinção²⁰⁴.

Em verdade, as posições de garantes são plenamente intercambiáveis: o garante de proteção é caracterizado por estar voltado à proteção do bem jurídico em perigo e obrigado a defendê-lo. No entanto, o garante de vigilância também está obrigado a proteger o bem jurídico em perigo, visto que é sua missão monitorar as fontes de perigo que os cercam. Em contrapartida, a missão do garante de proteção pode ser expressa também pela terminologia de vigilância, já que está obrigado a vigiar todas as fontes de perigo que podem lesar o bem jurídico cuja proteção assumiu²⁰⁵.

Isto posto, depreende-se que a intercambialidade destas classes de garante, levará a um ciclo vicioso: a partir da forma de intervenção considerada correta se atribui uma ou outra posição de garante²⁰⁶.

Por conseguinte, não podem decorrer consequências sistemáticas confiáveis de uma distinção que carece de fundamentação material, visto que a missão do *compliance officer* de prevenir a ocorrência de infrações dentro da empresa pode ser usada como argumento a favor de ambas posições de garantia²⁰⁷.

4.1.1.3 Teoria do conceito indiferenciado de omitente

De acordo com a teoria do conceito indiferenciado de omitente não cabe distinção entre autores e partícipes nos delitos omissivos impróprios, isto é, de comissão por omissão, uma vez que são delitos de infração de dever, de modo tal que o garante não pode ser partícipe, mas apenas autor do delito cuja realização não evitou²⁰⁸.

Segundo a teoria, nesta classe de delitos o domínio do fato carece de relevância como critério delimitador entre autoria e participação, pois se considera que os crimes omissivos impróprios são estruturalmente delitos de infração de dever,

²⁰⁴ PLANAS. Ricardo Robles. Op. Cit., p. 327.

²⁰⁵ Id. Ibid.

²⁰⁶ BERMEJO, Mateo G; PALERMO, Omar. Op. cit., p. 194.

²⁰⁷ Id. Ibid.

²⁰⁸ Id. Ibid., p. 195.

razão por que só pode ser autor quem infringe esse dever extrapenal assegurado pelo tipo²⁰⁹. Em suma, para esta teoria o *compliance officer* não poderá ser partícipe, apenas autor do crime que possuía o dever de evitar.

Todavia, Roxin, um dos principais defensores da teoria, admite a existência de situações em que o garante que não cumpre com seu dever de evitar o resultado só pode ser considerado partícipe: quando o delito cometido pelo autor não pode ocorrer mediante omissão; ou quando o crime não evitado constituir um injusto de participação; ou no caso do *compliance officer* favorecer positivamente o ato de terceiro vinculado à empresa, deixando de realizar uma ação que adotaria²¹⁰.

4.1.1.4 Teoria dos delitos de infração de dever

Segundo essa teoria de Roxin, existem delitos nos quais o autor caracteriza-se não pelo domínio do fato, mas pela infração de um dever positivo especial em virtude do qual está obrigado a melhorar o âmbito de organização de outra pessoa ou de uma instituição estatal²¹¹.

Desse modo, a autoria não restará definida pelo critério do domínio, mas exclusivamente pela transgressão de um dever especial de natureza extrapenal implícito no tipo, configurando-se como partícipe o interveniente que não é titular desse dever²¹².

Nesta classe de delitos, quem infringe esse dever personalíssimo é autor, ainda que careça do domínio do fato e ainda que a sua colaboração seja equivalente ao de um mero partícipe. Em contrapartida, quem carece desse dever especial é considerado partícipe, ainda que tenha o domínio do fato e sua participação material para o sucesso lesivo tenha a relevância de um protagonista²¹³.

Desse modo, resta claro que nos crimes de infração de dever não é possível a imputação por acessoriedade entre os especialmente obrigados, de modo que o titular do dever especial será sempre autor, independentemente do seu grau de intervenção na realização do fato lesivo. Assim, a única hipótese de participação

²⁰⁹ Id. Ibid.

²¹⁰ Id. Ibid.

²¹¹ Id. Ibid.

²¹² MOURA, Bruno. Op. Cit., p. 58.

²¹³ BERMEJO, Mateo G; PALERMO, Omar. Op. cit., p. 196.

delitiva neste tipo de crime é a de um agente externo sobre o qual não recai o dever²¹⁴.

Todavia, esse entendimento de que todos os delitos omissivos configuram-se infração de um dever ignora que o crime omissivo impróprio é decorrente, em verdade, do dever negativo de não causar danos a terceiros, cuja transgressão não se realiza pela mera ausência de prestações positivas de fomento ao bem jurídico tutelado²¹⁵.

Desse modo, fica evidente que os deveres de controle e vigilância assumidos pelo *compliance officer* não se inserem ao âmbito destes deveres positivos, mas ao das relações negativas, visto que as empresas podem administrar livremente seu âmbito de organização desde que dessa não decorram danos para terceiros. Logo, o *compliance officer* infringe o dever negativo de não lesar bens jurídicos de outrem quando não previne a ocorrência de crimes dentro da pessoa jurídica²¹⁶.

4.1.2 Tomada de posição

As organizações empresariais sofreram inúmeras transformações passando a ostentar, na atualidade, uma natureza complexa, na qual há a fragmentação de condutas e tomadas de decisões, de modo que o dever de controle e vigilância das condutas internas da empresa, antes exclusivo dos superiores hierárquicos, foi transferido em parte, surgindo, assim, o fenômeno da transferência por delegação da posição de garante²¹⁷.

Desse modo, à luz do entendimento de Jesús-Maria Silva Sánchez, a função de prevenção própria dos órgãos superiores da empresa é delegável a terceiros, internos ou externos à pessoa jurídica, podendo a empresa transferir, ou melhor, delegar a gestão do programa de cumprimento ao *compliance officer*, que adquire, assim, a posição de garante por assunção²¹⁸.

²¹⁴ MOURA, Bruno. Op. Cit., p. 59.

²¹⁵ PLANAS, Ricardo Robles. Op. Cit., p. 327.

²¹⁶ MOURA, Bruno. Op. Cit., p. 59.

²¹⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. **Autoría y participación em orgazaciones complejas.** Disponível em: <https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub112.pdf>. Acesso em 12 mai. 2017.

²¹⁸ SANCHEZ, Jesús-Maria S. Op. cit., p. 103.

Cumpra destacar que, o ato da delegação implica uma transferência de responsabilidades ao delegado à medida que lhe sejam confiadas novas competências, e uma transformação na posição originária do delegante, que permanece com o dever de vigilância, porém, não mais diretamente²¹⁹.

No que tange à responsabilização do *compliance officer*, as normas autorregulatórias coadunam a determinar a infração de dever: se infringem as normas esperadas no projeto ou implementação, ou se descumprem as regras de conduta e procedimentos estabelecidos nos programas corretamente projetados, existirá um indício veemente da criação de um risco juridicamente desaprovado, que poderá ter relevância jurídico-penal²²⁰.

Assim, entende-se que haverá uma infração de dever se diante de indícios de cometimento de crimes dentro da empresa o responsável pela conformidade omitir-se no cumprimento dos seus deveres de controle e vigilância.

Todavia, a assunção da posição de garantidor pelo delegado de vigilância dependerá diretamente da sua capacidade executiva de evitar o resultado, de modo que será necessário analisar as funções e deveres que tenha assumido concretamente, a fim de identificar se possui controle atual sobre as fontes produtoras de perigo.

Isto posto, resulta questionável que seja sempre possível delegar o duplo conteúdo do dever de vigilância: o dever de detectar condutas delituosas dos subordinados; e corrigi-las ou impor a estes a sua direta correção. Em verdade, resta evidente que em diversas situações não será possível transferir este dever (de corrigir ou impor a correção) por impossibilidade de transmitir ao delegado as competências necessárias para isso²²¹.

Dessa forma, a questão centra-se em compreender que o *compliance officer* só assumirá o papel de garantidor da integridade corporativa quando se situar na posição de um órgão diretivo, possuindo competências diretas, meios necessários e

²¹⁹ SCANDELARI, Gustavo Britta. As posições de garante na empresa e o criminal compliance no Brasil: primeira abordagem. In: **Compliance e direito penal**. Coord: Fábio André Guaragni, Paulo César Busato; Org: Décio Franco David. São Paulo: Atlas, 2015, p. 158.

²²⁰ BERMEJO, Mateo G; PALERMO, Omar. Op. cit., p. 185.

²²¹ SANCHÉZ, Jesús-Maria S. Op. cit., p. 99.

amplas faculdades para atuar no desenvolvimento dos acontecimentos legais e ilegais da organização²²².

Isto é, para assumir a referida posição, é necessário que possua concretamente o controle sobre o processo produtivo da empresa, podendo, efetivamente, evitar o cometimento de ilícitos, sendo, neste caso, autor caso se omita diante de sua ocorrência²²³.

Todavia, isto não é o comum, tendo em vista que, em regra, os deveres primários que assume resumir-se-ão a: avaliar os riscos; implementar um programa de cumprimento de acordo com os valores da empresa; fiscalizar o cumprimento do programa; e informar o alto escalão da corporação a respeito do seu desenvolvimento, ocorrências e eventuais riscos detectados²²⁴.

Desse modo, constata-se que, em verdade, o delegado de vigilância não assume originariamente o dever de impedir que se cometam delitos na empresa, em cujo caso sua omissão implicaria numa responsabilidade por omissão imprópria, tornando-o garantidor²²⁵.

Com efeito, o *compliance officer* não possui poderes executivos, nem assume, em caráter geral, o dever de evitar o cometimento de ilícitos no âmbito de sua competência. Sua assunção limita-se a verificar se os subordinados estão cumprindo e respeitando as regras internas e externas da empresa, e caso detecte algum problema, deve transmiti-lo para que o setor responsável tome as devidas providências corretivas²²⁶.

Dessa forma, seus deveres de informação incluem um “direito de escalada”, que consiste em poder dirigir-se diretamente ao alto escalão da empresa para comunicar o fato relevante decorrente de sua atividade. Resta, evidente, portanto, que o responsável pela conformidade é apenas um órgão auxiliar da direção²²⁷.

Por conseguinte, sua capacidade não pode ser superestimada, pois ainda que tenha assumido contratualmente o dever de impedir certos atos que podem constituir a comissão de ilícitos, em regra não possui o poder de evitá-los, uma vez

²²² PLANAS, Ricardo Robles. Op. Cit., p. 328.

²²³ Id. Ibid.

²²⁴ Id. Ibid., p. 321.

²²⁵ Id. Ibid.

²²⁶ Id. Ibid., p. 325.

²²⁷ Id. Ibid., p. 321.

que se configura como mero funcionário contratado ou prestador de serviços da empresa, que necessita do apoio do alto escalão da mesma para realizar as suas atividades²²⁸.

Isso porque o código penal é expresso no sentido de que o poder e o dever de agir, bem como a evitabilidade do resultado, são pressupostos fundamentais para a configuração da posição de garante, de modo que faltando qualquer destes requisitos não há que se falar em omissão imprópria.

Juarez Tavares vai mais além, advertindo que são insuficientes os critérios formais estabelecidos no art. 13, §2º, do CP, de modo que para a determinação da posição de garantia deve-se aliar a teoria formal do dever jurídico ao fundamento material da figura do garantidor, baseado na especial posição de defesa de certos bens jurídicos e na responsabilidade pelas fontes produtoras de perigo²²⁹.

Assim, a delegação de deveres empresariais não pode ser apenas formal, com a mera assinatura de um contrato, deve ser também material, de modo que não será garantidor de bens jurídicos o funcionário que não tenha efetivamente assumido as funções correspondentes, não possuindo, portanto, a capacidade de bem desempenhá-las²³⁰.

Dessa forma, a teoria do domínio do fato e a teoria dos delitos de infração de dever, se aplicadas isoladamente, são insuficientes para estabelecer a responsabilidade do responsável pela conformidade, de forma que para alcançar uma equiparação lógica entre ação e omissão é preciso somá-las, isto é, é necessário que o domínio sobre as fontes de perigo esteja agregado à competência efetivamente assumida, dando-lhe o poder e o dever de agir.

Em resumo, se o *compliance officer* assumir contratualmente a competência, mas não tiver o domínio do fato, não será garantidor. De igual modo, ainda que tenha o domínio do fato, se não tiver assumido a competência, não será garantidor.

Com efeito, ainda que o delegado de vigilância assuma contratualmente a função de garante, a verdade é que, em regra, lhe falta capacidade de agir na evitação ou contra o crime, estando a sua função direcionada a detectar as

²²⁸ LEAL, Luiza de Sena G. Op. Cit., p. 45.

²²⁹ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 316.

²³⁰ SCANDELARI, Gustavo Britta. Op. Cit., p. 158.

informações e repassá-las ao alto escalão da empresa. Portanto, a consequência necessária da identificação de processos delituosos deve ser um relatório imediato por parte do *compliance officer* à direção, para que seja ela quem resolva a respeito do fato relatado²³¹.

Assim, a posição jurídica do delegado de vigilância restará configurada, de modo geral, pela concorrência de dois deveres: o dever de obter conhecimento e o dever de transmitir a informação obtida ao superior hierárquico ou à pessoa competente para a correção da situação defeituosa. Desse modo, terá, em suma, um dever de denúncia²³².

Isto posto, a questão chave acerca da responsabilidade jurídico-penal do *compliance officer* fundamenta-se, substancialmente, na percepção de que este delegado de vigilância não tem o poder de impedir o cometimento de delitos, mas sim o poder e o dever de denúncia, uma vez que embora assuma formalmente deveres de fiscalização do cumprimento das medidas preventivas, em regra, não possui capacidade executiva de evitar o resultado lesivo, tampouco possui domínio sobre a fonte perigo, devendo informar à direção da empresa para que esta tome as providências adequadas²³³.

Dessa forma, a partir da constatação de que o *compliance officer* não tem o poder efetivo de evitar o resultado lesivo, mas apenas o poder de informar a direção quando este ocorrer, conclui-se que não se configura um autêntico garantidor, uma vez que possui em suas mãos apenas a possibilidade indireta de evitar o crime, que não se confunde com o domínio real sobre as fontes de perigo.

Consequentemente, à luz da teoria do domínio do fato, a possível posição de garante assumida pelo *compliance officer* se torna bastante questionável, já que este apenas exerce um poder de fiscalização, não tendo qualquer influência no processo produtivo interno da empresa, uma vez que não exerce domínio sobre ele²³⁴.

²³¹ BERMEJO, Mateo G; PALERMO, Omar. Op. cit., p. 183.

²³² SANCHEZ, Jesús-Maria S., op. cit., p. 99.

²³³ CARVALHO, Érika Mendes de.; KASSADA, Daiane Ayumi. Op. cit.

²³⁴ Id. Ibid.

4.1.2.1 Pressupostos para responsabilização

Resta claro que conduzir a empresa em conformidade com o direito é função precípua dos seus órgãos diretivos, que são os efetivamente responsáveis por introduzir um sistema de *compliance* no qual o responsável pelo seu cumprimento é só a “cabeça visível”. Em verdade, o delegado de vigilância assume apenas parcialmente as funções da posição de garantia, que corresponde ao dever de detectar e transmitir as informações aos órgãos diretivos, que permanecem sendo os garantidores da prevenção de crimes na empresa²³⁵.

Com efeito, incumbirá ao *compliance officer* a gestão dos métodos de controle estabelecidos no programa de cumprimento, a fim de prevenir a ocorrência de delitos. Porém, se mesmo assim vierem a ocorrer infrações no âmbito da empresa, o responsável pela conformidade deverá se preocupar em conhecer o problema e transmiti-lo aos seus superiores, a fim de que se corrijam as condutas defeituosas ou o estado de coisas perigosas constatados, podendo vir a ser responsabilizado caso se omita diante desse dever²³⁶.

Cumprir advertir, todavia, que a responsabilização do delegado de vigilância não configura a institucionalização de um bode expiatório²³⁷ na empresa: sua responsabilidade se fundamenta no inadequado cumprimento dos deveres concretamente assumidos, limitados pelo alcance da delegação real e materialmente realizada, que, em termos gerais, reduz-se à detecção de infrações e reporte da informação obtida²³⁸.

Com efeito, a sua eventual responsabilização decorrerá do caráter desaprovado da sua conduta, uma vez que assume por delegação funções referentes à prevenção de condutas delitivas na empresa e, mais concretamente, à vigilância da atuação de seus integrantes, de modo que infringindo esses deveres

²³⁵ PLANAS, Ricardo Robles. Op. Cit., p. 324.

²³⁶ LEAL, Luiza de Sena G. Op. Cit., p. 45.

²³⁷ A expressão tem origem bíblica, no Livro do Levítico, no qual se relata o dia da expiação, que consistia num ritual de purificação para limpar toda a nação de Israel. Para realizar a cerimônia eram levados dois bodes, um para ser sacrificado e outro era considerado o bode expiatório. Este, era tocado na cabeça pelo sacerdote, transmitindo a confissão sobre todos os pecados cometidos pelo povo. Dessa forma, transferiam-se para o bode todos os pecados do povo, que ficavam aniquilados. Nos dias atuais, é uma expressão muito utilizada quando se quer dizer que determinado sujeito carrega toda a culpa, ainda que não tenha contribuído ou que sua participação no fato seja mínima, suportando sozinho as consequências. (SIGNIFICADO de bode expiatório. Disponível em: <https://www.meusdicionarios.com.br/bode-expiatorio>. Acesso em 10 fev. 2018).

²³⁸ PLANAS, Ricardo Robles. Op. Cit., p. 325.

estará agindo de maneira tipicamente desaprovada em relação ao delito finalmente cometido, independentemente se contribui de forma ativa ou omissiva²³⁹.

Estabelecida, no caso concreto, a desaprovação da conduta do *compliance officer*, deve-se proceder a valorar a sua contribuição, a fim de definir de que forma poderá vir a ser responsabilizado.

Tendo em vista que, em regra, os meios pelos quais o responsável pelo cumprimento poderá evitar o cometimento de ilícitos são de caráter indireto, uma vez que poderá apenas transmitir a informação sobre a ocorrência do crime aos órgãos competentes para impedi-lo, não poderá ser responsabilizado por uma omissão imprópria, já que não possui o domínio sobre as fontes de perigo. Isto posto, só seria autor se tivesse competências diretas para evitar o cometimento de crimes pelos integrantes da empresa²⁴⁰.

Certamente o mais recorrente é que o responsável pela conformidade contribua para o resultado lesivo por meio da omissão da informação obtida sobre uma conduta criminosa realizada por um integrante da empresa, não a transmitindo ao órgão que lhe tenha delegado a função de vigilância e controle, restringindo a possibilidade deste conhecer e exercer adequadamente suas competências²⁴¹.

Ainda que se trate da assunção parcial mediante delegação da função de vigilância e controle, a sua importância não deve ser subestimada, uma vez que ao possuir os meios necessários para o cumprimento daquela função, ocupa uma posição privilegiada dentro da corporação que condiciona a atuação da direção²⁴².

Desse modo, o delegado de vigilância poderá ser responsabilizado pela participação por omissão no delito de outrem, já que ao possuir o domínio, ao menos potencial, sobre a fonte de perigo, tinha a possibilidade de evitar indiretamente o crime por meio do seu dever de denúncia.

É preciso advertir, todavia, que existem duas modalidades de participação: moral, que se configura pelo induzimento ou instigação; e material, caracterizada pela cumplicidade ou auxílio material. Segundo a posição amplamente majoritária da doutrina, é impossível participar moralmente de um crime por omissão. Obviamente,

²³⁹ Id. *Ibid.*, p. 327.

²⁴⁰ Id. *Ibid.*, p. 328.

²⁴¹ Id. *Ibid.*, p. 329.

²⁴² Id. *Ibid.*, p. 325.

não há como o partícipe por meio de sua inação induzir ou instigar o autor a realizar o delito²⁴³.

Por conseguinte, a participação omissiva do *compliance officer* reduz-se à espécie material, uma vez que com a sua omissão contribui para a ocorrência do fato delituoso, tornando-se cúmplice.

Isso porque, ao assumir mediante a delegação uma parte da função de vigilância e controle, mais precisamente de obter e transmitir informações, própria do órgão diretivo, subroga-se, neste particular, na posição do delegante, ainda que não possua o poder de execução ao seu respeito, de modo que o descumprimento do fragmento assumido limita a atuação do órgão diretivo no combate ao ilícito²⁴⁴.

Todavia, faz-se necessário estabelecer alguns pressupostos para que seja possível responsabilizar criminalmente o *compliance officer* pela sua participação omissiva no delito de terceiro.

Primeiramente, é necessário que a omissão do responsável pela conformidade se refira a um crime que ainda não tenha sido cometido, uma vez que se o delito já tiver ocorrido será indiferente ao direito penal, visto que a conduta omissiva do *compliance officer* para ser penalmente relevante precisa favorecer o cometimento de um crime que venha a realizar-se²⁴⁵.

Desse modo, a infração dos deveres que lhe incumbem não gera, necessariamente, uma responsabilidade penal para o *compliance officer*, uma vez que diante da ausência de previsão legal de crime omissivo próprio para o encarregado que se omite na sua função de controle e vigilância, a infração de seus deveres não pode ser punida em si mesma, devendo de fato ocorrer um resultado lesivo praticado por outrem, tipicamente previsto no Código Penal, para que possa ser eventualmente responsabilizado por sua passividade²⁴⁶.

Em segundo lugar, o responsável pela conformidade deve omitir, dolosa ou culposamente, a ocorrência de uma conduta delituosa contrária aos deveres assumidos, cuja denúncia supostamente poderia obstaculizar a consumação do crime. Com efeito, é preciso que o delegado de vigilância permaneça passivo ante a

²⁴³ GRECO, Rogério. Op. Cit., p. 446.

²⁴⁴ PLANAS, Ricardo Robles. Op. Cit., p. 326..

²⁴⁵ Id. Ibid., p. 326.

²⁴⁶ LEAL, Luiza de Sena G. Op. Cit., p. 46.

presença de indícios de condutas criminosas, não transmitindo as informações já obtidas ao órgão competente para impedi-las²⁴⁷.

Insta salientar, que apesar da possibilidade de participar culposamente do crime, na maioria dos casos em que é possível imputar a responsabilidade penal ao *compliance officer* trata-se de crimes em que só está prevista a modalidade dolosa²⁴⁸, como a corrupção.

Em terceiro lugar, é necessário que o delito não evitado seja um daqueles que o encarregado de cumprimento tenha assumido impedir, ou seja, é preciso que esta competência esteja inserida no concreto círculo de deveres atribuídos e efetivamente assumidos pelo *compliance officer*²⁴⁹.

Ante o exposto, fica evidente que a lógica por muito tempo usada pela doutrina e jurisprudência de responsabilidade objetiva pela simples ocupação de um cargo ou função, diretamente amarrada à responsabilidade individual cotidiana, não é apta a imputar responsabilidades num sistema sócio-econômico de fragmentação e diluição de competências em estruturas organizacionais complexas²⁵⁰.

Nesse sentido, a responsabilidade do *compliance officer* limita-se às competências efetivamente assumidas, de modo que exercendo devidamente suas funções mediante o reporte à direção da empresa sobre a possível ocorrência de infrações penais, o responsável pela conformidade não responderá penalmente caso o órgão competente não tome as providências adequadas para evitá-lo²⁵¹.

Estes pressupostos de punibilidade estabelecidos limitam e restringem a possibilidade de responsabilização do delegado de vigilância, de modo que na ausência de qualquer deles não há que se falar em responsabilidade jurídico-penal do *compliance officer*²⁵².

Isso porque, segundo Juarez Tavares, ante a crise de validade e legitimidade dos crimes omissivos como um todo, é necessário delimitar cuidadosamente o seu âmbito de incidência e afastá-los sempre que não existam bases sólidas que

²⁴⁷ PLANAS, Ricardo Robles. Op. Cit., p. 326.

²⁴⁸ Id. Ibid., p. 329.

²⁴⁹ PRITTWITZ, Cornelius. Op. Cit., p. 213.

²⁵⁰ MOURA, Bruno. Op. Cit., p. 63.

²⁵¹ PLANAS, Ricardo Robles. Op. Cit., p. 326.

²⁵² LEAL, Luiza de Sena G. Op. Cit., p. 46.

fundamentem a imputação do resultado e, conseqüentemente, permitam a responsabilização penal, como ocorre em relação aos *compliance officers*²⁵³.

²⁵³ TAVARES, Juarez, 2012. Op. cit., p. 30.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto ao longo dos capítulos deste trabalho, foram estabelecidos alguns parâmetros acerca da responsabilidade jurídico-penal do *compliance officer* pela sua omissão ante as infrações cometidas no âmbito das pessoas jurídicas, sendo possível chegar às seguintes conclusões:

A. O processo de globalização intensificou e tornou mais complexas as relações sociais e econômicas, possibilitando o surgimento de práticas delitivas até então desconhecidas, intraempresariais e transnacionais.

B. Por conseguinte, percebeu-se nesse novo cenário criminal uma grande dificuldade em identificar as condutas delituosas praticadas dentro da pessoa jurídica, em decorrência da divisão funcional do trabalho que fragmentou as competências e, por conseguinte, dificultou a individualização de determinadas condutas no âmbito de grandes corporações.

C. É certo que diante dessas transformações sofridas pelo mercado econômico-financeiro e com o surgimento de novos modelos de gestão corporativa, as empresas passaram a ter o dever de organizar um sistema de prevenção de delitos mediante a realização de um controle interno da atuação de seus administradores e subordinados, estabelecendo mecanismos para identificar os ilícitos e quem são seus autores. A esses programas de comprometimento, deu-se o nome de *criminal compliance*.

D. Após uma análise do regulamento normativo existente sobre a matéria no Brasil, como a Lei 9.613/98 (Lei de Lavagem de Capitais), Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) e a Resolução n. 2.554/98 do Conselho Monetário Nacional, verificou-se a tendência crescente no ordenamento jurídico brasileiro de estímulo às pessoas jurídicas para que estabeleçam no seu âmbito interno sistemas de *compliance*, a fim de se autorregularem por meio do controle dos riscos oriundos das suas atividades.

E. Nesse sentido, vem sendo imposto às pessoas jurídicas o dever de autofiscalização e adoção de comportamentos éticos, passando a atuar em colaboração com os órgãos de persecução do estado no sentido de evitar infrações, tornando-se necessário, portanto, a observância da moralidade pública nas corporações. Em contrapartida, a adoção pela empresa de condutas que demonstrem seu comprometimento com os códigos de ética internos e o

ordenamento jurídico poderão suavizar uma eventual responsabilização da pessoa jurídica pela ocorrência de condutas delituosas.

F. Diante disso, surge a figura do *compliance officer*, responsável pela conformidade, que atua no programa de integridade e tem a função de criar e implementar adequadamente seu projeto na empresa, bem como o dever de vigiar e controlar internamente as práticas empresariais, verificando a real aderência do programa pelos funcionários.

G. Nesse contexto, surgiu o questionamento acerca da possibilidade de sua responsabilização pelo descumprimento do dever de controle e vigilância, omitindo-se diante da ocorrência de crimes na empresa. Assim, a partir do estudo da estrutura dos crimes omissivos, concluiu-se que o cerne da questão da responsabilidade do *compliance officer* está na possibilidade de ser responsabilizado por um crime omissivo impróprio, visto que a ausência de tipo penal específico impede que seja responsabilizado por um crime omissivo próprio.

H. Desse modo, para estabelecer se o *compliance officer* configura-se um autêntico garantidor, foi feita uma análise das competências assumidas por ele dentro da empresa a partir dos modelos normativos vigentes. Todavia, estes, por serem direcionados às condutas individuais tradicionais, possuem limitações quanto à imputação de responsabilidades dentro das estruturas socioeconômicas complexas da atualidade, especialmente no que tange aos crimes omissivos impróprios, levando-os a uma crise de validade e legitimidade, de modo que precisam ser interpretados restritivamente.

I. Ante o exposto, entendeu-se que para adotar o posicionamento mais acertado, é necessário aplicar a teoria das fontes formais do dever de garantia, estabelecida pelo Código Penal, aliada a critérios materiais, adequando, assim, o instituto da omissão imprópria às tendências da contemporaneidade.

J. À luz desse entendimento, realizou-se uma análise crítica das teorias que tratam sobre a responsabilidade penal do *compliance officer* pela sua omissão ante a ocorrência de infrações na pessoa jurídica, chegando à conclusão que, apesar de assumir contratualmente as funções de controle e vigilância delegadas pela direção da empresa, em regra não possui o poder efetivo de impedir o cometimento de delitos, visto que não possui o domínio real, mas apenas potencial sobre as fontes de perigo.

K. Dessa forma, para que seja assumida a posição de garantidor, é preciso que o *compliance officer* assuma efetivamente as competências delegadas e que estas lhe deem o domínio sobre as fontes de perigo, possuindo, assim, os meios necessários para agir de maneira eficaz e direta contra a conduta delituosa.

L. Todavia, tendo em vista que, em regra, o *compliance officer* é apenas um prestador de serviços ou funcionário contratado, não possuindo domínio sobre os processos produtivos da empresa, não tem poderes executivos para agir diretamente na evitação de crimes, de modo que sua função restringir-se-á a detectar a ocorrência de infrações e transmitir a informação para os órgãos diretivos da empresa, possuindo, em verdade, um poder de denúncia.

M. A partir desse entendimento, depreende-se que o *compliance officer* não assume a posição de garantidor da integridade corporativa, não podendo ser responsabilizado como autor de um crime omissivo impróprio, visto que possui apenas a possibilidade indireta de evitar o crime por meio do seu dever de denúncia, que não se confunde com o domínio real sobre as fontes de perigo.

N. Entretanto, caso não cumpra adequadamente com sua função, omitindo-se diante da verificação de possíveis infrações, poderá vir a ser responsabilizado penalmente como partícipe do delito cometido por terceiro. Isso porque, ao não cumprir corretamente com seu dever, dificulta que o alto escalão da corporação tome conhecimento do fato e adote as medidas cabíveis para evitar o resultado lesivo, favorecendo a sua ocorrência.

O. Nesse sentido, foram estabelecidos pressupostos necessários para imputar ao *compliance officer* a responsabilidade penal pela omissão no cumprimento de seus deveres: o responsável de vigilância deve omitir-se dolosa ou culposamente em relação a um crime ainda não cometido; a conduta delituosa omitida deve estar inserida no rol de competências assumidas pelo delegado de vigilância e ser contrária a elas.

P. À vista disso, uma vez que descumpra seu dever de controle e vigilância, não transmitindo as informações obtidas para a direção sobre condutas delituosas no âmbito da pessoa jurídica, vindo a favorecer a sua ocorrência, não poderá ser responsabilizado como autor de um crime omissivo impróprio, mas apenas partícipe por omissão do crime cometido pelo terceiro interveniente.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Andressa Paula de. Et al. Criminal compliance ambiental: medidas prévias ao delito e comportamento pós-delitivo positivo corporativo. **Revista dos Tribunais**, v. 959, set. 2015.

ANTÓN, Tomás S. Vives. **Fundamentos del sistema penal**: acción significativa y derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2011.

BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y derecho penal**. Editorial Arazandi, 2011.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/1998 com as alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

BERMEJO, Mateo G; PALERMO, Omar. La intervención delictiva del compliance officer. In: KUHLEN, Lothar (eds.). MONTIEL, Juan Pablo (eds). GIMENO, Iñigo Ortiz De Urbina (eds). **Compliance y teoría del derecho Penal**. 1. ed. Madrid: Marcial Pons, 2013.

BIERRENBACH, Sheila A. **Crimes omissivos impróprios**: uma análise à luz do Código Penal Brasileiro. 2 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Resolução nº 2.554**, de 24 de setembro de 1998. Dispõe sobre a implantação e implementação de sistema de controles internos. Brasília, DF, 1998. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1998/pdf/res_2554_v3_P.pdf>. Acesso em 12 dez. 2017.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 20 jan. 2018.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 20 jan. 2018.

_____. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. 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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Presidência da República, Brasília, 02 ago. 2013.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em 10 jan. 2018.

CARVALHO, Érika Mendes de; KASSADA, Daiane Ayumi. **O compliance officer é autêntico garante no âmbito dos crimes omissivos impróprios ambientais?** Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5727-O-compliance-officer-e-autentico-garante-no-ambito-dos-crimes-omissivos-improprios-ambientais>. Acesso em 15 jan. 2018.

CASTILHO, Guilherme M. Teno. Programa de Compliance Antitruste: a hora e a vez de repensá-lo no ordenamento concorrencial brasileiro. **Revista de defesa da concorrência**, v. 3, n. 1, maio 2015.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Programa de integridade**: Diretrizes para empresas privadas. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>>. Acesso em 05 dez. 2017.

CORCOI BIDASOLO, Mirentxu. Protección de bienes jurídicos supraindividuales Y derecho Penal Mínimo. In: MIR PUIG, Santiago (coord). Derecho Penal del Siglo XXI. **Cuadernos de Derecho Judicial VIII**. Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. Tomo 1. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DUARTE, Luciana Sperb. A teoria moderna do crime omissivo. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 17, n. 6, jun. 2005. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/21480/teoria_moderna_crime_omissivo.pdf>.

ESPÍNDOLA, Maria Fernanda. TOMAZ, Roberto Epifanio. Compliance: o que é, objetivo, aplicação e benefícios. **Revista Síntese Direito Empresarial**, ano 10, n. 57, jul./ago. 2017.

EVENTO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA, 11, 2016. TOMAZETI, Rafael. et al. A importância do *compliance* de acordo com a Lei Anticorrupção. **Anais do XI EVINCI**. Unibrasil, 2016. Disponível em: <<http://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/anaisvinci/article/view/1693/1131>>. Acesso em: 04 dez. 2015.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. **Autoría y participación em organizaciones complejas**. Disponível em: <https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derecho/pub/pub112.pdf>. Acesso em 12 mai. 2017.

FIGUEIREDO, Rudá Santos. **Direito de intervenção e Lei 12.846/2013**: a adoção do compliance como excludente de responsabilidade. 2015. 229 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de. Direito, 2015.

GIOVANINI, Wagner. **Tone from the top**. Disponível em: <https://www.compliancetotal.com.br/compliance/tone_from_the_top>. Acesso em 10 jul. 2016.

GLOECKNER, Ricardo J. **Criminal compliance, lavagem de dinheiro e o processo de relativização do nemo tenetur se detegere**: cultura do controle e política criminal atuarial. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=70fc5f043205720a>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

KUHLEN, Lothar (eds.). MONTIEL, Juan Pablo (eds). GIMENO, Iñigo Ortiz De Urbina (eds). **Compliance y teoría del Derecho Penal**. 1. Ed. Madrid: Marcial Pons, 2013.

KUHLEN, Lothar. Cuestiones Fundamentales de Compliance y Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar (eds.). MONTIEL, Juan Pablo (eds). GIMENO, Iñigo Ortiz De Urbina (eds). **Compliance y teoría del Derecho Penal**. 1. Ed. Madrid: Marcial Pons, 2013.

LEAL, Luiza de Sena G. A responsabilidade jurídico-penal do compliance officer pelas infrações cometidas no âmbito da pessoa jurídica. **Revista jurídica da Faculdade 2 de julho**, ano 3, n. 3, Fev./Jun. 2017, Salvador, 2017.

MARISCAL, Olga Islas de González. **Responsabilidad penal por omisión**. Bases Doctrinarias. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3064/13.pdf>>. Acesso em 04 fev. 2018.

MARTÍN, Adán Nieto. Problemas fundamentales Del cumplimiento normativo em El derecho penal. In: KUHLEN, Lothar (eds.). MONTIEL, Juan Pablo (eds). GIMENO, Iñigo Ortiz De Urbina (eds). **Compliance y teoría del Derecho Penal**. 1. Ed. Madrid: Marcial Pons, 2013.

MATTIUZZO, Marcela. Concorrência e corrupção – programas de compliance no debate jurídico-institucional brasileiro. **Revista de Defesa da Concorrência**, vol. 5, n. 1, 2017. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/292/151>>. Acesso em: 11 dez. 2017.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 8. ed., v. 1. São Paulo: Atlas, 1994.

MOURA, Bruno. Autoria e participação nos crimes desde a empresa: bases para um modelo de imputação individual. **Revista CEPPG**, ano15, n. 25, 2º sem/2011. Catalã: Centro de Ensino Superior de Catalão, 2011.

NOGUEIRA, Gustavo de Oliveira. **Compliance officer e a responsabilidade penal.** Disponível em: <<http://www.liraa.com.br/conteudo/2564/compliance-officer-e-a-responsabilidade-penal>>. Acesso em 30 mar. 2017.

PLANAS, Ricardo Robles. El responsable de cumplimiento (compliance officer) ante el derecho penal. In: SANCHÉZ, Jesús-Maria S; FERNÁNDEZ, Raquel Montaner. **Criminalidad de empresa y Compliance: prevención y reacciones corporativas.** Barcelona: Atelier libros jurídicos, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal: doutrina; casuística; conexões lógicas com os vários ramos do direito.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Direito Penal Econômico.** 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRITTWITZ, Cornelius. La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los compliance officers. In: KUHLEN, Lothar (eds.). MONTIEL, Juan Pablo (eds). GIMENO, Iñigo Ortiz De Urbina (eds). **Compliance y teoría del Derecho Penal.** 1. ed. Madrid: Marcial Pons, 2013.

RECHULSKI, David. **Compliance officer agora é o gestor da integridade da empresa.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-19/david-rechulski-compliance-officer-agora-gestor-integridade>>. Acesso em 19 dez. 2017.

RIOS, Rodrigo S; ANTONIETTO, Caio. Criminal compliance: prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 23, vol. 114, 2015.

ROTSCH, Thomas. **Criminal compliance.** Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/FCP_MA_15537.pdf>. Acesso em 04 fev. 2017.

ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal.** Traducción de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serran González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000.

SANCHÉZ, Jesús-Maria S. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar (eds.). MONTIEL, Juan Pablo (eds). GIMENO, Iñigo Ortiz De Urbina (eds). **Compliance y teoría del Derecho Penal.** 1. Ed. Madrid: Marcial Pons, 2013.

SANCHÉZ, Jesús-Maria S.; FERNÁNDEZ, Raquel M. **Criminalidad de empresa y Compliance: prevención y reacciones corporativas.** Barcelona: Atelier libros jurídicos, 2013.

SANTOS, José Anacleto A. Et al. **Comentários à Lei nº 12.846/2013: Lei Anticorrupção.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 15.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral.** 3. Ed. Curitiba: Lumens Juris, 2008.

SCANDELARI, Gustavo Britta. As posições de garante na empresa e o criminal compliance no Brasil: primeira abordagem. In: **Compliance e direito penal**. Coord: Fábio André Guaragni, Paulo César Busato; Org: Décio Franco David. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, Leonardo Henriques da. A posição de garantidor dos responsáveis pela direção da empresa. **Revista de Direito**, v. 14, n. 19, 2011. Disponível em: <<https://mail.google.com/mail/u/0/#inbox/161679e03fef7b40?projector=1&messagePar tId=0.2>>. Acesso em 01 fev 2018.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime. **Coleção Ciência Criminal Contemporânea**, v. 5. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

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

SION, Alexandre; RECHULSK, David. **As Responsabilidades na nova lei anticorrupção**. Disponível em:

<http://sionadvogados.com.br/site/wpcontent/uploads/2014/07/INCONSULEX_28_temaseman_a_3a4.pdf>. Acesso em 30 mar. 2017.

SOUZA, Carmo Antônio de. **Fundamentos dos crimes omissivos impróprios**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SPÍNOLA, Luíza Moura Costa. Criminal compliance e a responsabilidade dos colaboradores da empresa. **Revista jurídica da UFRN: in verbis**. Ano XXII, v. 42, jul/dez. 2017.

TAVARES, Juarez. **As controvérsias em torno dos crimes omissivos**. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996.

_____. Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. **Revista de Ciências Jurídicas**, Maringá, ano I, n.1, 1997.

_____. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TONIN, Alexandre B. Compliance: uma visão do compliance como forma de mitigação de responsabilidade. **Revista dos Tribunais**, ano 106, v. 983, 2017.

VICENTE, Ernesto Fernando R. Et al. Os impactos da implementação de controles internos, auditoria e compliance no combate e prevenção à lavagem de dinheiro no Brasil. **Reflexão Contábil**, v. 31, n. 3, set/dez 2012. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/html/3071/307125339003/>>. Acesso em 01 fev 2018.

WELLNER, Philip A. **Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions**. Disponível em:

<www.friedfrank.com/sitefiles/publications/cdb6714353b1b712d3a5db85f508483e.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2017.