



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LEONARDO RIBEIRO BACELLAR DA SILVA

**O *CRIMINAL COMPLIANCE* COMO CRITÉRIO PARA A AFERIÇÃO
DA RESPONSABILIDADE PENAL POR OMISSÃO IMPRÓPRIA DO
EMPRESÁRIO**

Salvador
2018

LEONARDO RIBEIRO BACELLAR DA SILVA

**O *CRIMINAL COMPLIANCE* COMO CRITÉRIO PARA A AFERIÇÃO
DA RESPONSABILIDADE PENAL POR OMISSÃO IMPRÓPRIA DO
EMPRESÁRIO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado.

Salvador
2018

FICHA CATALOGRÁFICA

S586

Silva, Leonardo Ribeiro Bacellar da

O criminal compliance como critério para a aferição da responsabilidade penal por omissão imprópria do empresário. – 2018.

131 f.

Orientador: Prof.^a Dr.^a Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia,
Faculdade de Direito, Salvador, 2018.

1. Responsabilidade penal. 2. Direito Penal Econômico. 3. Direito penal. I. Prado, Alessandra Rapacci Mascarenhas. II. Universidade Federal da Bahia - Faculdade de Direito. III. Título.

CDD – 345.04

LEONARDO RIBEIRO BACELLAR DA SILVA

**O *CRIMINAL COMPLIANCE* COMO CRITÉRIO PARA A AFERIÇÃO
DA RESPONSABILIDADE PENAL POR OMISSÃO IMPRÓPRIA DO
EMPRESÁRIO**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito, Faculdade de Direito, da Universidade Federal da Bahia.

Aprovada em 20 de agosto de 2018.

Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado – Orientadora

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP, Brasil

Universidade Federal da Bahia

Sebastian Borges de Albuquerque Mello _____

Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia, UFBA, Brasil

Universidade Federal da Bahia

Nadialice Francischini de Souza _____

Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia, UFBA, Brasil

Universidade Salvador (UNIFACS)

SILVA, Leonardo Ribeiro Bacellar da. O *criminal compliance* como critério para a aferição da responsabilidade penal por omissão imprópria do empresário. 133 f. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

RESUMO

O precípua escopo do trabalho é analisar os efeitos relativos à instituição de um programa de *criminal compliance*, previsto na Lei nº 12.846/2013, sobre a responsabilidade penal por omissão imprópria do empresário. Para tanto, faz-se uma análise da empresa como “fonte de risco” de lesão a bens jurídicos penalmente tutelados, em vista das características que lhe são inerentes, o que tem ensejado uma intervenção do Direito Penal no seu âmbito interno, em decorrência de uma política criminal desvirtuada de sua vertente garantista e em descompasso com a dogmática jurídica. Feito isso, realiza-se uma análise dogmática da figura do empresário como garantidor da empresa, dotado de poderes de proteção e de vigilância, bem assim dos pressupostos para a sua responsabilização por omissão imprópria frente aos programas de *compliance* instituídos e a inobservância dos seus respectivos deveres.

Palavras-chave: Expansão do Direito Penal. Sociedade de riscos. Direito Penal Econômico. Autorregulação. Lei nº 12.846/2013. *Criminal compliance*. Omissão imprópria. Garantidor. Deveres de garantia. Responsabilidade penal do empresário.

SILVA, Leonardo Ribeiro Bacellar da. The criminal compliance as a criterion for the assessment of criminal responsibility for improper omission of the businessman. 131 pp. 2018. Master Dissertation – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

ABSTRACT

The main purpose of this study is to analyze the effects concerning the institution of a criminal compliance program, foreseen in Law 12.846/2013, on criminal liability for improper omission of the entrepreneur. In order to do so, the company is analyzed as a “source of risk” of injury to legal assets that are criminally protected, due to the characteristics inherent to it, which has led to an intervention of Criminal Law in its internal scope, due to a criminal policy distorted from its guaranteeing aspect and in disagreement with legal dogmatics. Then, it will be done a dogmatic analysis of the entrepreneur's role as guarantor of the company, with protection and vigilance powers, as well as the assumptions for his responsibility for improper omission of the established compliance programs and the non-compliance of their respective duties.

Keywords: Expansion of Criminal Law. Society of risks. Economic Criminal Law. Self-regulation. Law No. 12,846/2013. Criminal Compliance. Omission destined. Guarantor. Duties of guarantee. Criminal liability of the businessman.

SUMÁRIO

| | | |
|-------|---|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO | 09 |
| 2 | A MODERNA CRIMINALIDADE E A INTERVENÇÃO DO DIREITO PENAL NA EMPRESA | 13 |
| 2.1 | A ATIVIDADE EMPRESARIAL COMO FONTE DE RISCO DE LESÃO A BENS JURÍDICOS E A INTERVENÇÃO DO DIREITO PENAL NA EMPRESA | 13 |
| 2.2 | DIREITO PENAL PREVENTIVO: AUTORREGULAÇÃO REGULADA, <i>COMPLIANCE</i> E INOVAÇÕES LEGISLATIVAS NO CENÁRIO INTERNACIONAL E LOCAL | 28 |
| 2.2.1 | Legislação internacional: FCPA e UK Bribery Act | 37 |
| 2.2.2 | Lei Anticorrupção brasileira (12.846/2013) e <i>Compliance</i> | 40 |
| 2.3 | OS PROGRAMAS DE CRIMINAL <i>COMPLIANCE</i> E SEUS REFLEXOS SOBRE A DOGMÁTICA JURÍDICA | 48 |
| 2.4 | O ATUAL FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE PENAL DOS DIRIGENTES EMPRESARIAIS | 54 |
| 2.5 | OS PROGRAMAS DE CRIMINAL <i>COMPLIANCE</i> COMO FATOR DE PREVENÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL NO ÂMBITO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL | 58 |
| 3 | OMISSÃO IMPRÓPRIA DO DIRIGENTE EMPRESARIAL: PRESSUPOSTOS DE VALIDADE E LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DE DEVER JURÍDICO PENALMENTE RELEVANTE | 61 |
| 3.1 | TEORIA DOS CRIMES OMISSIVOS E RESPONSABILIDADE PENAL DO DIRIGENTE EMPRESARIAL: DELIMITAÇÃO CRÍTICA DO OBJETO DE INVESTIGAÇÃO | 61 |
| 3.2 | DO ATUAL ESTADO DA ARTE: INSPIRAÇÃO E CATEGORIAS TEÓRICAS DOS CRIMES OMISSIVOS NA LEI PENAL BRASILEIRA | 73 |
| 3.3 | JURISPRUDÊNCIA REVISITADA: O MODELO DE IMPUTAÇÃO DA OMISSÃO DE DEVER JURÍDICO AO ADMINISTRADOR DE EMPRESA | 82 |
| 3.4 | DESCUMPRIMENTO DE DEVER JURÍDICO COMO OMISSÃO PENALMENTE RELEVANTE: PRESSUPOSTOS DE VALIDADE E LEGITIMIDADE EM RAZÃO DA TUTELA DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS | 90 |
| 3.4.1 | Delimitação da omissão imprópria quanto à sua natureza: pressupostos de equiparação à conduta comissiva | 90 |
| 3.4.2 | Pressupostos da relevância penal da conduta omissiva do dirigente empresarial | 93 |
| 4 | O DIRIGENTE DE EMPRESA COMO GARANTIDOR LEGAL: | |

| | | |
|-------|---|------------|
| | FUNDAMENTOS MATERIAIS POR DOMÍNIO SOBRE O RESULTADO | 100 |
| 4.1 | EVOLUÇÃO TEÓRICA DA DISCIPLINA DO GARANTIDOR LEGAL EM SUA CORRESPONDÊNCIA COM A TEORIA DAS OMISSÕES | 100 |
| 4.1.1 | A posição de garantidor legal e suas fontes fundamentadoras: dos modelos puramente formais à concepção das fontes materiais do dever de agir | 100 |
| 4.1.2 | O domínio sobre o fundamento do resultado como critério de equiparação da omissão imprópria à ação e os consectários pressupostos de eficácia da posição de garantidor | 105 |
| 4.2 | FONTES DO DEVER DE GARANTE NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO | 109 |
| 4.3 | FUNDAMENTOS DA POSIÇÃO DE GARANTIDOR LEGAL DO DIRIGENTE EMPRESARIAL: DOMÍNIO SOBRE O RESULTADO E CRIAÇÃO DE RISCO NÃO PERMITIDO | 111 |
| 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS | 117 |
| | REFERÊNCIAS | 120 |

1 INTRODUÇÃO

Tem-se observado, nos últimos anos, uma elevada repercussão, nos meios de comunicação, de inumeráveis crimes, notadamente contra a Administração Pública, praticados no âmbito de estruturas empresariais hierarquicamente organizadas, o que, aliado a outros fatores, motiva um intenso clamor popular por maior segurança e pela imediata intervenção do Direito Penal nesse âmbito empresarial, a fim de sancionar eventuais responsáveis, e, conseqüentemente, prevenir tais condutas delitogênicas que, possivelmente, representam um risco à manutenção e à sobrevivência da própria sociedade.

Nesse contexto, e com amparo no argumento oficial da necessária e urgente “prevenção”, vai-se construindo uma ideia da existência de determinados “fatores de risco” de lesão a bens jurídicos penalmente relevantes, os quais, muitas vezes, não traduzem uma real e efetiva potencialidade lesiva, entretanto, ainda assim, são criados, com o fito de serem passíveis de manipulação e satisfazerem a interesses diversos.

Tal fenômeno é mais facilmente visível na sociedade contemporânea, porquanto, ao revés do que se constatava anteriormente, a intervenção preventiva do Direito Penal tem ocorrido cada vez mais cedo (sem a efetiva lesão ou ameaça a bem jurídico), e os atuais “riscos” não se afiguram mais perceptíveis sensorialmente pelo ser humano, o que os torna mais vulneráveis a serem fruto de uma definição social “aleatória” e conveniente a interesses escusos (políticos, econômicos, administrativos etc.).

Assim sendo, bem como tendo em vista a elevada complexidade/dimensão das estruturas empresariais modernas, elas têm sido compreendidas como “fatores de elevado risco social”, ou seja, um ambiente propício à prática de crimes. Isso se agrava, ainda mais, em virtude das características atinentes à gestão empresarial, sendo de destacar a descentralização e a delegação de funções, circunstâncias que

têm motivado uma ingerência cada vez maior do Direito Penal em seu âmago, fruto de uma política criminal formulada pelo Estado, que, muitas vezes, tem se afastado da sua vertente garantista.

Diante desse cenário, e refletindo um movimento global de combate à corrupção, entrou em vigor, no Brasil, a Lei nº 12.846/2013, também chamada de Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa, que trouxe como principal novidade a previsão expressa, em seu art. 7º, inc. VIII, dos programas de *compliance* como causa atenuante de eventual sanção a ser imposta à pessoa jurídica que se envolva em atos contra a Administração Pública.

Inobstante a aludida Lei se refira, unicamente, à pessoa jurídica, verifica-se que ela repercute, diretamente, sobre a responsabilidade da pessoa física, notadamente no que diz respeito aos citados programas de *compliance*, porquanto, por intermédio deles, tem-se, dentre outras, a possibilidade de se instituir normas internas (autorregulação regulada), delegar funções, definir atribuições e competências, prevenir condutas delituosas, formalizar elementos probatórios, tendo, assim, o condão de fornecer elementos e conteúdo material para salvaguardar os integrantes da empresa (sócios, diretores, administradores etc.) de responsabilizações penais indevidas e sem o respaldo na dogmática jurídica.

Na sociedade contemporânea, caracterizada pelo desapego às formas, tem-se verificado uma crescente relativização da dogmática e uma expansão exacerbada do Direito Penal por diversas áreas, constatando-se, no momento da estruturação dos tipos penais incriminadores, uma proliferação de normas penais em branco, previsão de crimes de perigo abstrato, cláusulas gerais e conceitos indeterminados no tipo, aumento das barreiras da teoria da imputação objetiva, ensejando uma elevada insegurança jurídica, em detrimento da observância dos direitos e das garantias individuais.

Nesses termos, visando a resguardar as garantias do cidadão contra as intervenções ilegítimas do Estado, revela-se cabível uma análise adequada da dogmática, a fim de que ela adquira uma coerência racional e se ajuste à nova

realidade de controle social, em que os sistemas de justiça penal têm atuado, frequentemente, de forma emergencial, simbólica e atécnica.

Destarte, o problema que se apresenta é identificar qual a repercussão dos programas de *criminal compliance* e da inobservância dos seus respectivos deveres sobre a responsabilidade penal por omissão imprópria do empresário no âmbito de estruturas empresariais hierarquicamente organizadas. Faz-se imperioso, para tanto, examinar os fundamentos e os pressupostos da responsabilidade penal por omissão imprópria do empresário no seio das estruturas empresariais, quando inobservados os supramencionados deveres.

Desse modo, é possível fazer as seguintes perquirições: a verificação da culpa é sem dúvida um limite à imputação; mas será mesmo eficaz para distinguir entre as condutas neutras e as verdadeiras causas do resultado lesivo no emaranhado complexo das relações corporativas? A alta gestão será sempre responsável pelas ocorrências lesivas de bens jurídicos penalmente tutelados dentro da empresa? Até que ponto os atos de gestão podem ser considerados omissos da proteção devida a esses bens jurídicos? Tais questionamentos denotam a necessidade de freios à interpretação sobre a conduta do dirigente, especialmente no que tange ao *non compliance* como indicador de omissão penalmente relevante.

As seções, para análise do precípua escopo do trabalho, desenrolar-se-ão da seguinte forma: pesquisa da natureza da atividade empresarial como fonte de riscos; exame da natureza jurídica da autorregulação regulada e dos programas de *criminal compliance* e seus respectivos reflexos na dogmática jurídica; análise do fundamento da responsabilidade penal dos dirigentes empresariais; exame das categorias teóricas dos crimes omissivos na lei penal brasileira e os modelos de imputação da omissão de dever jurídico ao empresário na empresa; pesquisa da validade e da legitimidade do descumprimento de dever jurídico como omissão penalmente relevante e seus pressupostos; análise dos fundamentos da posição de garantidor legal do empresário com fundamento no domínio sobre o resultado e criação ou incremento de risco não permitido.

Desse modo, parte-se da hipótese de que, tendo o empresário implementado devidamente os programas de *criminal compliance*, somente poderá ser responsabilizado por eventual delito quando for demonstrada, efetivamente, uma falha no seu dever de proteção e de vigilância, bem como que ela, acaso realizada, teria o condão de evitar o resultado danoso.

Em suma, a pesquisa será realizada por meio da análise de documentos, de decisões judiciais, de legislação e de fontes bibliográficas (doutrina nacional e estrangeira), sendo, ao final, apresentadas as conclusões do presente trabalho.

2 A MODERNA CRIMINALIDADE E A INTERVENÇÃO DO DIREITO PENAL NA EMPRESA

Faz-se mister, inicialmente, perscrutar aspectos, conceitos e características acerca da temática proposta, para que, posteriormente, o tema seja devidamente aprofundado.

2.1 A ATIVIDADE EMPRESARIAL COMO FONTE DE RISCO DE LESÃO A BENS JURÍDICOS E A INTERVENÇÃO DO DIREITO PENAL NA EMPRESA¹

A análise da intervenção estatal no âmbito de estruturas empresariais hierarquicamente organizadas, a fim de atuar preventivamente, evitando ou minimizando os riscos² da prática de crimes, demonstra, desde uma perspectiva crítica dos discursos oficiais fundantes, a disseminação de uma política criminal repressiva sobre esses setores, lastreada na ideia do risco de lesão a bens jurídicos penalmente relevantes, consistente na intensificação das formas de controle social.

Tais circunstâncias têm ocasionado um alarmante acréscimo quanto ao número de responsabilizações penais desvinculadas da teoria geral do delito, por intermédio do uso cada vez mais recorrente, pelos sistemas de justiça penal, dos crimes de perigo abstrato e da figura da omissão imprópria (ou crimes comissivos por omissão).

De acordo com Beck (2011), constata-se, na última década, o incremento de uma sociedade de risco, porquanto na modernidade a produção social de riqueza acompanha invariavelmente o desencadeamento de “fontes destrutivas” e a formação de riscos à própria sociedade e ao indivíduo, os quais são comumente

¹ Desde já, ressalta-se que, no presente trabalho, não será feita uma distinção entre os termos “criminalidade da empresa” e “criminalidade na empresa”, sendo ambos utilizados para se referir a todo e qualquer crime (comum ou econômico) praticado no âmbito de uma empresa, fazendo ou não uso do seu aparato organizacional, em detrimento ou para satisfazer os interesses dela.

² “Riscos são antecipações de tragédias que possuem previsibilidade e probabilidade de ocorrência, são perigos iminentes, mas que ainda não causaram os danos que deles se espera” (BECK, 2011, p. 39).

imperceptíveis pelos órgãos do sentido humano, e, destarte, mais suscetíveis de serem manipulados visando à consecução de fins político-sociais, isto é, estão sujeitos a processos sociais de definição (BECK, 2011, p. 7).

Corcoy Bidasolo (1999, p. 43), inclusive, ressalta que a comoção social provocada pelo fato determinará que se aumente ou diminua o conteúdo do dever de cuidado.

Nesses termos, tendo em linha de conta, dentre outros fatores, o desenvolvimento tecnológico, o aprofundamento dos processos de integração global da economia, cultura e política, esses riscos culminam por adquirir novas formas e projeção internacional, impondo, assim, uma rediscussão constante da política social e criminal local, em harmonia com a desenvolvida no cenário mundial, sempre destinada à redução dos fatores criminógenos, notadamente aqueles que resultam na lesão aos denominados bens jurídicos supraindividuais, a exemplo da corrupção.

Segundo Niceforo (1902, p. 5),

El mal y el dolor no se volatilizan, por consiguiente, bajo la llama abrasadora del progreso humano. Se transforman; y el delito, hijo primogénito del mal, obedece á esta ley. El delito no muere: se transforma, pasando de ambiente en ambiente, de civilización en civilización. Diríase que muda de color según que se le mire en una sociedad bárbara ó en una sociedad moderna, en las casas de los pobres ó entre el oro de los ricos. Residuo infectivo del veneno de la miséria, parécenos hoy ácido corrosivo del sentido moral; mañana nacerá de la riqueza, opio adormecedor de la consciencia humana.

Verdadeiramente, o perigo é inerente à vida humana e sempre existiu, tendo, entretanto, até então, uma relevância secundária, frequentemente atrelado à constatação real dele pelo ser humano, o que reduzia significativamente a possibilidade de uma submissão a mecanismos sociais de definição. Todavia, dentre outros fatores, ante a incessante busca pelo progresso e desenvolvimento tecnológico científico, sem a devida e prévia análise dos deletérios efeitos que ele pode produzir (HIRECHE, 2011, p. 50), a sociedade contemporânea é marcada pela dimensão e importância que ganharam as situações de risco, as quais não condizem, necessariamente, com uma real e efetiva existência dele.

Nessa vertente, Braga (2006, p. 131) assevera que, com o processo de globalização³ e da incorporação do risco à sociabilidade humana, se verifica a necessidade da construção de outros discursos, fomentando a ideia de direito penal do risco, baseado em um estado preventista, confundindo prevenção policial com repressão penal, substituindo ofensividade por perigo e reduzindo exponencialmente os riscos permitidos.

Perfilhando-se o mesmo raciocínio de Beck (2011), o que se constata, de fato, é uma propagação da ideia de risco, não necessariamente relacionada ao surgimento de novas fontes concretas de perigo de ofensa a bens jurídicos penalmente tutelados, mas, sim, um verdadeiro acréscimo da especulação da existência de tais fontes de perigo abstrato, as quais devem ser imediatamente controladas, seja na forma repressiva, sancionando-se com maior rigor os danos ou a exposição do bem a risco, seja na forma preventiva, exigindo-se a tutela, em paralelo ao Estado, dessas fontes de perigo, a partir do cumprimento de um sistema de deveres jurídicos pelos indivíduos que desenvolvam atividades consideradas potencialmente danosas.

O que faz desse fenômeno um objeto de interesse em face da ordem estabelecida pelo Direito é, exatamente, a sua função instrumental para o controle social pelo Estado dos comportamentos desviantes, por meio da previsão legal da aplicação de

³ Para Tavares (2012, p. 41-42), a relação com a globalização é evidente, sendo certo que se verifica “a influência direta de um modelo econômico e político hegemônico imposto pelos países mais desenvolvidos àqueles da chamada periferia, com uma consequência bem determinada: reger ou até mesmo substituir a legislação nacional com preceitos regulamentares das grandes empresas. Como os Estados ainda mantêm alguma soberania, formam-se, com isso, dois planos legislativos, e, respectivamente, dois modelos distintos de política criminal dentro de um mesmo contexto: a) uma política criminal destinada aos inimigos declarados do poder, controlada através de medidas repressivas rigorosas (o chamado direito penal do inimigo); b) uma política criminal fortalecida sobre os deveres de organização, tanto no âmbito externo quanto interno, estendida, inclusive, a setores que antes só eram atendidos pelo Direito Civil, pelo Direito Administrativo ou pelo Direito Tributário. Intensificados por este último modelo, multiplicam-se os delitos omissivos, próprios e impróprios. A criação, portanto, de delitos omissivos e sua intensa utilização nas leis penais mais recentes não são produtos de uma tomada de consciência do legislador em torno de necessidades sociais emergentes, como poderá parecer, e como querem fazer parecer os meios de comunicação de massa no sentido de se obter, com isso, um estado de paz social. Sua adoção é uma consequência da falência do estado social e sua substituição pelos conglomerados cujas estruturas passam a servir de modelo para todos os demais setores sociais e econômicos, inclusive para as próprias pessoas individuais, essas cada vez mais dependentes do poder de controle das agências e da disponibilidade e arbitrariedade dos prestadores de serviço”. No mesmo sentido, cf. PASCHOAL (2011, p. 119).

uma sanção jurídica⁴. Contudo, não se pode desconsiderar que o Direito, notadamente Penal, deve ser a “última fronteira” para se alcançar tal desiderato, configurando uma inversão de valores e ofensa, dentre outros, ao seu caráter fragmentário e sancionador – uma intervenção *prima facie* e expansão acrítica do Direito Penal sobre as atividades empresariais⁵.

Fazendo-se uma análise quanto a esse crescimento do Direito Penal, Zugaldía Espinar (2013, p. 19) aduz que:

Sin embargo, en la actualidad, y gracias a un *muy positivo fenómeno de expansión*, está surgiendo un nuevo Derecho Penal (el Derecho Penal de la sociedad del riesgo, de la sociedad postindustrial, de la globalización o de las nuevas tecnologías) con nuevas formas de delincuencia contra nuevos bienes jurídicos (orden socioeconómico, derechos de los consumidores, derechos de los trabajadores, medio ambiente, ordenación urbanística, dignidad humana, buen funcionamiento societario, en general, y de las entidades de crédito, en particular, delitos informáticos, blanqueo de capitales, delito fiscal, tráfico de personas, corrupción, grandes defraudaciones etc.).

A máxima de que o Direito Penal tem como finalidade última a proteção de bens jurídicos de agressões e exposições concretas a perigo, consolidada no âmago de um Direito Penal liberal, atrelada umbilicalmente à ideia de dano ou lesividade (verificada *ex post*), foi modificada significativamente após a globalização⁶ e a percepção da própria sociedade de risco, de modo que, uma vez sedimentada a institucionalização da insegurança, abriu-se caminho para a criminalização de

⁴ Kuhlen (2014, p. 271) indica que “en el ámbito de las sanciones a empresas se pretende menos la responsabilidad conforme al merecimiento por los hechos pasados que el establecimiento de incentivos adecuados para la conducta futura”.

⁵ De acordo com Perdomo Torres (2001, p. 99), um direito concebido como resultado de um processo social adquire uma dinâmica que permite a ele adaptar-se às inovações do mundo atual, porquanto o crescente processo de aprimoramento tecnológico e científico impõe a ele um grande desafio, ao qual deve ser capaz de responder, sem, contudo, essa interpretação de positivismo significar necessariamente que o acontecimento social – ou, inclusive, a atipicidade – adquirira conotação jurídica. Mais adiante, o autor esclarece, ainda, que no âmbito do direito penal positivo se deve tomar como ponto de partida aquilo que está em movimento, e não o que está estático, resultando desse entendimento uma liberdade para o aplicador do direito no momento de dar concretude às regras gerais nas codificações, função incumbida precipuamente à jurisprudência.

⁶ Conforme destaca Hireche (2011, p. 49-50), em vista aos riscos emergidos da globalização, o Direito Penal “assume a postura do instrumento mais utilizado pelo Estado para conter preventivamente condutas hipoteticamente arriscadas, em um descompasso axiológico com os seus institutos, princípios e postulados mais tradicionais”. Nesse sentido, refere o autor, quebram-se garantias dogmáticas para se atender a imperativos de necessidade prática.

condutas que, a exemplo da criminalidade empresarial, bastas vezes não permitem uma visão nítida de causa-efeito (SILVEIRA, 2015, p. 38).

Assim, o Direito Penal tem atuado cada vez mais cedo, ante a justificativa de evitar que os perigos e ameaças se concretizem (TAMBORLIN; SANTANA, 2015, p. 11), culminando em uma modificação na política criminal e na dogmática⁷.

Para além disso, na atualidade, a proteção penal não tem se limitado aos bens jurídicos individuais, alcançado, também, os chamados bens jurídicos supraindividuais ou bens da comunidade (meio ambiente, ordem econômica, saúde pública etc.), de forma que essa realidade, também, tem contribuído para pôr em crise a legitimidade do Direito Penal, entendido como a *ultima ratio* do sistema jurídico, surgindo até parcela da doutrina que atribui a ele uma proteção maior às funções da Administração Pública do que de bens jurídicos (MOCCIA, 1997, p. 113-142).

Exatamente no âmbito das atividades empresariais a percepção dos riscos varia em conformidade com as fontes que lhe conferem definição, justificando as formas de controlá-los a partir dos fundamentos que são atribuídos às causas. Nos dizeres de Beck (2011, p. 9, grifos do autor):

Eles [os riscos] desencadeiam danos sistematicamente definidos, por vezes **irreversíveis**, permanecem no mais das vezes **invisíveis**, baseiam-se em **interpretações causais**, apresentam-se, portanto, tão somente no **conhecimento** (científico ou anticientífico) que se tenha deles, podendo ser alterados, diminuídos ou aumentados, dramatizados ou minimizados no âmbito do conhecimento e estão, assim, em certa medida, **abertos a processos sociais de definição**. Dessa forma, instrumentos e posições da definição dos riscos tornam-se posições-chave em termos sociopolíticos.

Nesse cenário, Estévez (2016, p. 36) adverte, ainda, que a sociedade de risco implica uma intervenção penal nas companhias, em detrimento do possível ingresso

⁷ Seguindo essa exata compreensão, Bechara (2011, p. 42) assevera que “as causas frequentemente relacionadas à expansão do Direito Penal em geral, tais como a globalização, a existência de novos riscos, a sensação social de insegurança, a identificação social como potencial vítima do delito, o descrédito em outros instrumentos de proteção, a atuação dos gestores atípicos da moral e a atuação da esquerda política, levam também à pretensa legitimidade da adoção de um ‘novo’ modelo de sistema penal econômico, ancorado na busca de maior eficácia diante da demanda social de segurança. Tais fatores de expansão resultariam, portanto, na aceitação do desprezo ao princípio da ofensividade, na crescente administrativização do Direito Penal e da conversão do bem jurídico, originalmente tido como critério de limitação, em alibi da intervenção penal”.

e tutela dos bens por intermédio de outros ramos jurídicos, porquanto, em tais sociedades, em primeiro plano aparecem as expectativas sociais de tutela penal, para, em seguida, ocupar um lugar subsidiário o âmbito reparatório ou ressarcitório do Direito Civil.

Assim sendo, não se pode ignorar que o movimento expansionista do Direito Penal na última década possui em seu cerne fatores preponderantemente sociológicos, que se relacionam estreitamente com a reação social (de emergência) sobre o que é percebido como fonte de periculosidade, bem assim com a construção imaginária, ostensivamente propagada, de que o crescimento econômico e o desenvolvimento social estão condicionados à “regeneração ética” e à mudança cultural do indivíduo e das estruturas, públicas e privadas, mais vulneráveis à prática de crimes.

Nesse contexto se insere a sociedade empresária, compreendida como aquela que tem por objeto o exercício profissional de “atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços”⁸, em que o agrupamento de capitais, conhecimentos técnico-científicos e mão de obra humana em um único ente jurídico, despido de responsabilidade penal⁹ e destinado à “maximização de lucros”, é considerada uma fonte produtora de riscos juridicamente relevantes.

De acordo com criminólogo Sutherland (1999, p. 97), a criminalidade empresarial pode ser compreendida à luz da teoria da associação diferenciada, haja vista que essa espécie de delito, usualmente praticado pelos “poderosos”, encontra guarida e incentivo no ambiente social em que tais pessoas de elevado poder aquisitivo convivem, sendo considerado um comportamento padrão e aceitável naquele meio onde é realizado, apresentando-se, por conseguinte, aos agentes de forma menos reprovável que os crimes “tradicionais” das massas, a exemplo dos furtos, roubos etc.

Desse modo, ainda segundo o criminólogo, tais comportamentos, considerados “normais”, seriam facilmente assimilados pelos indivíduos de classe econômica mais

⁸ Para os fins desta dissertação, o vocábulo “empresa” será utilizado como na acepção dos artigos 966 e 982 do Código Civil (cf. BRASIL, 2002), sendo, pois, consideradas aquelas sociedades próprias de empresário.

⁹ À exceção da responsabilização da pessoa jurídica por crimes ambientais.

elevada, sendo reiterados com frequência, porquanto traduziriam a metodologia socialmente aceitável de se fazer negócios, não podendo eles alcançar um êxito profissional e financeiro sem reiteração dessas condutas.

Dessa forma, o comportamento, então, seria assimilável no meio de convivência social e, uma vez justificável perante os demais, representaria um estímulo à inobservância dos “freios morais” e ao desencadeamento de atos criminosos perpetrados em grande medida no seio de estruturas organizacionais hierarquicamente organizadas.

Para além disso, ainda segundo Sutherland (1999, p. 97), as pessoas de classe socioeconômica mais alta, não raras vezes, possuem grande poder político e aquisitivo, o que lhes possibilita contratar melhores advogados e “escapar” mais facilmente de eventuais condenações, ficando, assim, alheias às estatísticas criminais dos órgãos oficiais, fato que estimula a formação de uma espécie de “daltonismo moral”, o que as impossibilita de se reconhecerem como criminosas ou paralisarem tais condutas.

Inegavelmente, Sutherland possui razão quanto à teoria da associação diferenciada, retromencionada, notadamente no que concerne a um maior estímulo à prática de crimes no âmbito da empresa por integrantes de uma classe socioeconômica mais elevada. Porém, o fato de tais indivíduos frequentemente possuírem maior força política e possibilidade de custearem bons advogados, sendo inocentados e, conseqüentemente, ficando fora das estatísticas oficiais criminais, não pode ser interpretado como um obstáculo ao caráter estigmatizante e preventivo (geral) da pena, inibitório de possíveis e eventuais condutas delituosas, haja vista que tais efeitos se concretizam independentemente da condenação criminal.

Na atualidade, mesmo que uma persecução penal não resulte, ao final, em condenação, tão somente a existência de uma investigação, processo penal, ou, ainda, a imposição de qualquer das medidas cautelares penais contra o indivíduo, com toda a repercussão nos meios de comunicação, já provocam maléficas conseqüências, sobretudo reputacionais, que, não raras vezes, ultrapassam a

pessoa do próprio investigado ou acusado e atingem familiares ou pessoas próximas a ele, e, para além disso, repercutem significativamente sobre a reputação e a imagem da própria empresa integrada por ele (seja como sócio, diretor, administrador etc.).

Inclusive, fala-se, atualmente, em uma estigmatização penal sem a imposição de pena. Isso demonstra que na sociedade contemporânea o receio não é, exclusivamente, a condenação, mas, também, os riscos reputacionais provenientes da condição de “alvo” de um processo, inquérito, medida cautelar ou outro expediente de natureza criminal.

Daí justificar-se a adoção de uma cautela ainda maior no âmbito da sociedade empresária para eliminar ou reduzir tais riscos, ensejadores muitas vezes de consequências irreparáveis, e que, por si só, podem comprometer o êxito econômico-financeiro-profissional do empresário e da sua respectiva sociedade.

Inobstante não se desconheça que inexistente um determinismo em tais condutas das classes mais abastadas, tal constatação revela a necessidade de uma mudança cultural e comportamental desses indivíduos, a fim de que a empresa não se transforme em um meio propício à prática de delitos, mas, sim, em um instrumento eficaz de controle social, onde deverá, por intermédio da instituição de padrões de comportamentos, criar subsistemas normativos que visem à prevenção dos diversos riscos empresariais, sendo ela, concomitantemente, mais um veículo de disseminação de preceitos éticos e morais, de modo que a adoção de uma postura retilínea e lícita não seja interpretada pelos seus integrantes (sócios, administradores, gerentes etc.) ou terceiros com quem ela se relacione como mais um empecilho ao sucesso profissional, econômico e financeiro.

Nos dias atuais a ideia tradicional de “risco do negócio” da empresa se diversificou muito e não há mais de ser compreendido, unicamente, como risco econômico (possibilidade de êxito do mercado), mas, também, perigo de responsabilidade

normativa (criminal, ambiental, tributária¹⁰ etc.), sendo o cumprimento da lei – e demais regramentos que incidam sobre a atividade desempenhada pela pessoa jurídica – a principal forma de evitar que adquiram “realidade” (BACIGALUPO, 2011, p. 22).

Assim, segundo González Guerra (2003, p. 163-164), ao mesmo tempo em que o Estado se autoimpõe maiores deveres de controle e de fiscalização, as empresas em geral têm adquirido elevada complexidade, o que resulta, sendo praticamente impossível na atualidade de realizar, num controle superficial sobre elas com as ferramentas jurídicas tradicionais.

Consoante afirma Estellita (2017, p. 38), “Se a pergunta inicial e fundamental para a imputação de responsabilidade penal individual é ‘quem praticou a conduta típica?’, a resposta, no âmbito da criminalidade de empresa, pode ser enormemente laboriosa, quando não, impossível”.

O exercício de atividades econômicas e de outras naturezas por sociedades empresárias apresenta inúmeros desafios para os pressupostos de imputação da responsabilidade penal individual, em virtude, dentre outros, da dificuldade para a definição da prática de uma conduta típica, antijurídica e culpável que assuma a forma de autoria (direta ou mediata) ou participação, bem como da natureza associativa dessas pessoas jurídicas, em que, em regra, mais de um indivíduo ou “rol de competências” tem parcela de contribuição para o evento delitígeno, malgrado individualmente muitas vezes não tenham poder decisório sobre o ato, ante a divisão de função e compartilhamento de informações, em que o resultado somente pode ser atribuível a um conjunto de ações ou omissões.

Sendo assim, ou bem não se torna possível encontrar uma pessoa física responsável ou bem ela carece de um grau de responsabilidade necessário para elevar à reprovabilidade penal (SCANDELARI, 2015, p. 175).

¹⁰ Nas últimas décadas vêm sendo reconhecidas como bens jurídicos relevantes as espécies coletivas, tais como o meio ambiente, o sistema financeiro e as relações de consumo. Esse é um sintoma de que o Direito Penal, moldado a partir de uma realidade liberal-burguesa, está sendo modificado para se adequar ao novo contexto social (TAMBORLIN; SANTANA, 2015, p. 11).

Acrescente-se, ainda, a significativa dificuldade probatória para a demonstração de efetiva contribuição para o resultado danoso e as características inerentes à gestão empresarial (descentralização, organização e delegação)¹¹, o que influencia tanto a imputação objetiva quanto a subjetiva.

A atuação no seio de uma corporação eleva o risco de comportamentos transviados por parte de seus diretivos e empregados, o que caracteriza a chamada “atitude criminal de grupo”, pois a incorporação a um grupo reduz os freios inibitórios de seus membros, que comumente podem praticar condutas delitivas que não levariam a termo, caso tivessem atuando individualmente (BERMEJO; PALERMO, 2013, p. 171).

No que tange aos crimes econômicos ou àqueles que atingem bens jurídicos supraindividuais ou coletivos, espécies de delitos comumente verificados no âmbito empresarial, a ausência de individualização da vítima tem o condão de “desumanizar” os efeitos da prática desviante, “tornando o indivíduo menos sensível aos impulsos de contenção que adviriam de uma clara percepção das pessoas afetadas por seu comportamento” (ESTELLITA, 2017, p. 40).

Entretanto, à vista do exposto, notadamente a alta complexidade das estruturas organizacionais e a dificuldade de singularização das condutas que contribuíram para o resultado criminoso, a empresa não pode se converter em um centro de “irresponsabilidade organizada”, fazendo-se necessária a criação ou o aprimoramento de instrumentos aptos a possibilitar a intervenção estatal sobre os seus atos, a fim de sancionar eventuais condutas infracionais que, verdadeiramente, a ofendam ou a exponham a risco de bens jurídico-penais.

Não se há de conceber que divisões verticais e horizontais internas no seio de uma pessoa jurídica renda ensejo à figura da “irresponsabilidade organizada”, ou, como designado por Silva Sánchez, à “institucionalização da irresponsabilidade”¹², em

¹¹ Para Günther Heine (apud ESTELLITA, 2017, p. 43), em empresas de grande porte, estruturadas e subdivididas em unidades de negócio, pode ocorrer, até mesmo, a criação de verdadeiros subsistemas.

¹² “En efecto, la existencia de una organización conlleva un proceso de difusión de responsabilidad individual. Esto se debe a que la tradicional imputación jurídico-penal individualizada encuentra

que, pelas peculiaridades e circunstâncias especiais do ato delituoso praticado, inexistirá respaldo fático ou jurídico que possibilite a condenação dos respectivos autores do ato infracional.

Todavia, embora a existência de novos riscos não deva ser sempre valorada de forma negativa na expansão penal econômica, porquanto muitas vezes se trata, verdadeiramente, de preocupações materiais legítimas frente ao desenvolvimento social (BECHARA, 2011, p. 43), a incidência do Direito repressivo sobre os comportamentos individuais nesse contexto da empresa não pode ocorrer em detrimento da observância dos direitos e garantias individuais¹³, ou, tampouco, em um clarividente afastamento da teoria geral do delito.

Com o transcorrer do tempo, revela-se plausível que o Direito encontre novos âmbitos de aplicação que antes não eram considerados socialmente relevantes ou mesmo sequer existiam, mostrando-se justificável a expansão penal nesse contexto, condizente com o desenvolvimento social, se realizada em observância aos princípios fundamentais decorrentes do modelo político-social democrático, havendo de ser rechaçada, porém, *a contrario sensu*, uma expansão disfuncional e arbitrária (BECHARA, 2011, p. 43).

Isso porque sempre que se atribui à legislação penal a incumbência de funcionar, primordialmente, como instrumento de política criminal há o risco de desviá-la da sua vertente garantista, conquistada arduamente (HIRECHE, 2011, p. 54). Daí, então, mostra-se imperiosa uma cautela maior (para além de reflexão crítica), com o fito de evitar que o Direito Penal se resuma à adoção de uma linha “funcionalista radical”¹⁴

seriar dificultades en las organizaciones humanas jerarquizadas o con división horizontal o vertical de funciones y tareas: en la empresa moderna no concurren en las mismas personas información, capacidad de tomar decisiones y ejecución de las mismas. [...]. Más aún, en casos extremos la división vertical y horizontal del trabajo puede dar lugar a lo que se ha denominado ‘irresponsabilidad organizada’, llegando a hablarse incluso de una ‘institucionalización de la irresponsabilidad’ [...]” (apud BERMEJO; PALERMO, 2013, p. 175).

¹³ De acordo com Zugaldía Espinar (2013, p. 20), “algunos autores (Escuela de Frankfurt), pese a considerar que esta expansión del Derecho Penal es inevitable, recelan de ella porque consideran que necesariamente va a suponer una relativización de las garantías político-criminales substantivas y procesales del Derecho Penal clásico”.

¹⁴ Funcionalismo radical sistémico de Günther Jakobs.

e de “desformalização”, relativizando-se a dogmática e possibilitando uma atividade hermenêutica inteiramente desvinculada da expressão literal do texto normativo.

Como consequência desse modelo de um Direito Penal “funcionalista” e de “desformalização”, verifica-se uma proliferação de normas penais em branco, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, ou seja, figuras que outrora consistiam em exceção passam a ser regra, afastando o Direito Penal da sua vertente garantista.

Aliás, Bauman (2001) já observava esse fenômeno da relativização na atual “modernidade líquida”, e, por intermédio do uso de metáforas, contrapõe as duas formas de modernidade, sólida *versus* líquida, ou fluida. A “modernidade sólida” é caracterizada pela rigidez no campo espacial, atrelada à forma, e pela supressão na dimensão do tempo, resistente a deformações, ao passo que na “modernidade líquida” o tempo (instantaneidade, rapidez na alteração das formas), a mobilidade (susceptibilidade de ocupação de espaços diversos) e a inconstância (facilidade de alteração) são os pontos centrais¹⁵.

O Direito Penal sempre materializa uma política criminal, que, por sua vez, está vinculada aos princípios de organização política do próprio Estado. Assim, no plano axiológico, a natureza do Estado condiciona o estabelecimento das condutas que se quer evitar e a racionalidade na utilização dos meios de intervenção penal para se atingir esse desiderato, o que, obviamente, impossibilita a inserção de restrições à livre iniciativa, assegurada constitucionalmente (art. 1º, inc. IV), ao desempenho lícito da atividade empresarial (art. 5º, inc. XIII), bem como a atuação do sistema de justiça penal sem respaldo na dogmática.

Destarte, a aplicação da norma penal somente se legitima democraticamente quando voltada à proteção da sociedade, e, em última análise, aos interesses dos indivíduos que a compõem, havendo a intervenção penal de se realizar na medida

¹⁵ “Os fluidos se movem facilmente. Eles ‘fluem’, ‘escorrem’, ‘esvaem-se’, ‘respingam’, ‘transbordam’, ‘vazam’, ‘inundam’, ‘borrifam’, ‘pingam’; são ‘filtrados’, ‘destilados’; diferentemente dos sólidos, não são facilmente contidos – contornam certos obstáculos, dissolvem outros e invadem ou inundam seu caminho. Do encontro com sólidos emergem intactos, enquanto os sólidos que se encontraram, se permanecem sólidos, são alterados – ficam colados ou encharcados” (BAUMAN, 2001, p. 8).

estritamente necessária para o fim de evitar delitos, conforme o princípio da intervenção mínima (BECHARA, 2011, p 45).

A função do Direito Penal na empresa não pode estar fora da finalidade do atingimento do bem comum (grau de consenso, tranquilidade e paz social), já que unicamente isso fundamenta a resolução dos conflitos pelo sistema de justiça penal, impedindo a vingança privada.

Indubitavelmente, o Direito precisa achar um meio-termo para a imputação de responsabilidade penal sem agredir o sistema de garantias¹⁶, mas não pode se eximir de refutar condutas individualistas, pois a sociedade contemporânea apresenta um individualismo exacerbado.

Segundo uma ótica utilitarista, o ser humano orienta seu comportamento pelo trinômio *ter-poder-prazer*, facultando-lhe a possibilidade de instrumentalizar o outro, exigindo-se, então, por parte do Estado, uma correta delimitação da liberdade do ser humano, assentada em um viés relacional inerente à realidade social, e que conduza “à ética da responsabilidade como forma de lidar com o clima de risco (risco invisível e autores e vítimas sem faces determinadas) e o cultivo do risco (estimulação do risco como fonte de prazer e felicidade)” (ZINI, 2015, p. 44).

Por conseguinte, impõe-se verificar não apenas se a lei positiva se ajusta (ou não) ao postulado da legalidade, mas se todo o conjunto da atividade repressora estatal se adequa ao estado de direito social e democrático (OLIVARES, 1976, p. 52).

Incumbe, pois, à política criminal na atualidade a missão de alcançar um sistema judicial em que o juiz, no momento de aplicar o direito, tenha claro em que marco político-criminal atua e quais serão as mais prováveis consequências institucionais de suas decisões como atos comunicacionais de sentido, sendo imprescindível, para tanto, a existência de uma harmonia entre a legalidade e a referida política criminal.

¹⁶ Obtempera Terradillos Basoco (apud VALENTE, 2015) que o Direito Penal Econômico e o Direito Penal Empresarial devem adotar novos mecanismos de imputação, mas sem desvanecer dos direitos e garantias constitucionalmente consagrados. Destarte, a intervenção penal não pode se valer de uma desenfreada expansão punitiva em sua plenitude, tampouco de uma nova disciplina empírica desvinculada do direito penal garantista.

Por oportuno, convém, entretanto, gizarse que o escopo do presente trabalho se restringe a analisar no âmbito da criminalidade da empresa os aportes dogmáticos¹⁷ da parte geral do Direito Penal necessários à imputação de responsabilidade penal ao empresário (pessoa física) por omissão imprópria, quando implementados os programas de *criminal compliance*.

Consoante Estévez (2016, p. 10), o Direito Penal é um sistema de imputação cujo núcleo de sua função social perpassa pela determinação de critérios previsíveis e razoáveis de atribuição de responsabilidade individual por um fato típico, sendo inconcebível a imposição de responsabilizações penais desvinculadas, inteira ou parcialmente, de seus pressupostos.

Tal intento se justifica ainda mais claramente quando se verifica, como dito, a crise de legitimidade que atravessa o Direito Penal, afastando-se, assim, das características que atribuem conformação à sua própria identidade¹⁸.

Por outro lado, não se revela socialmente adequado ou proveitoso, ao verificar uma desinteligência entre a academia e a práxis, entre legalidade e política criminal, o que se verifica claramente no momento do Poder Judiciário aplicar o direito positivado (ESTÉVEZ, 2016, p. 26), havendo uma tendência maior a essa disparidade, quando os julgadores se deparam com temas novos ou pouco explorados no cenário local e internacional, a exemplo do *criminal compliance* e a responsabilidade penal por omissão imprópria na empresa, em que se tem verificado a ausência de fontes legais para justificar a atribuição de uma figura de garantidor.

Ainda parafraseando Estévez (2016, p. 27),

La irrupción del Derecho Penal en el ámbito de la empresa ha desestabilizado los principios tradicionales del Derecho Penal, lo cual ha

¹⁷ Faz-se de bom termo, entretanto, advertir-se que o estudo não pode se restringir à mera análise técnica da dogmática, “vez que a concepção da dogmática como ciência aberta a questões sociológicas e valorativas implica necessariamente a entender aquela como uma ciência social. Se o teor da lei for o único elemento de concreção prática penal, não resultaria lícito recorrer às necessidades político-criminais dos casos particulares” (ESTÉVEZ, 2016, p. 19).

¹⁸ Por exemplo, as figuras dos crimes de perigo abstrato conduzem a um questionamento quanto aos princípios tradicionais do Direito Penal, como a legalidade, ofensividade, culpabilidade, taxatividade, *ultima ratio*, o conceito de bem jurídico vinculado a interesses individuais etc. (ESTÉVEZ, 2016, p. 24).

obligado al replanteo de sus fines propios y a un profundo cuestionamiento con relación a la compatibilidad o incompatibilidad del nuevo Derecho Penal con la clásica teoría del delito y de la pena. Esta expansión del Derecho Penal sobre la actividad económica y empresaria de las personas ha puesto también en tela de juicio el rol institucional de la magistratura, ya que ésta há tenido que enfrentar nuevas modalidades de criminalidade economica y organizada con los instrumentos tradicionales que le aportaba la clásica dogmática penal.

Segundo Burkhardt (2004, p. 128-130), podem ser atribuídas sete funções à dogmática jurídico-penal: a) função constitutiva, relativa à produção de regras e à fundamentação de questões jurídicas; b) função democrática, voltada a possibilitar uma aplicação previsível e igualitária; c) função de controle, destinada a possibilitar um sistema coerente e consistente de proposições; d) função de descarregar, dirigida a facilitar a aplicação do direito; e) função técnica ou didática, dirigida a aumentar a capacidade de ensinar ou aprender; f) função de assessoramento, dirigida à consecução de uma legislação melhor; g) e função de adaptação, dirigida a possibilitar a permanente adaptação do Direito às circunstâncias cambiantes.

No entanto, segundo Hans Joachim Hirsch (apud DEMETRIO CRESPO, 2009, p. 62), para que um sistema dogmático possa cumprir as funções que recaem sobre ele, deverá observar alguns requisitos, dentre os quais se destacam: a) os conceitos dogmáticos devem ser o mais claro possível, de conteúdo certo e integrável; b) os argumentos dogmáticos têm de partir de juízos de valor amplamente aceitos e empregar aparatos conceituais comuns; c) as fundamentações dogmáticas devem ser desenvolvidas evitando a extração de conclusões de um modo puramente conceitual-dedutivo, a um baixo nível de abstração, com finalidade consensual.

Assim sendo, repise-se, toda solução a um problema penal somente deverá se sustentar quando for dogmaticamente possível, ainda que atinja a finalidade perseguida por uma política criminal¹⁹ (a exemplo de responsabilização penal de integrantes do alto escalão de uma estrutura empresarial hierarquicamente organizada).

¹⁹ De acordo com Beck (2011, p. 35), “tornam-se sempre evidentes nas discussões de risco as fissuras e trincheiras entre racionalidade científica e social ao lidar com os potenciais de ameaça civilizacional”.

2.2 DIREITO PENAL PREVENTIVO: AUTORREGULAÇÃO REGULADA, COMPLIANCE E INOVAÇÕES LEGISLATIVAS NO CENÁRIO INTERNACIONAL E LOCAL

Diante de elevada comoção social e existência potencial desses riscos, em que todo indivíduo tende a recear ser a próxima vítima, o que na sociedade contemporânea ganha uma projeção ainda maior, em razão da propagação desse perigo por meio dos meios de comunicação social, exige-se, então, do Direito Penal, a criação de instrumentos eficazes para responder e acalmar tais demandas, atuando preventivamente, a fim de evitar que as ameaças se concretizem.

Tais exigências, que visam a adequar, ou, quiçá, a atualizar, o Direito Penal ao novo contexto social, impedindo que riscos se tornem catástrofes, afetam demasiadamente a política criminal e a dogmática, ensejando, no entanto, como já destacado, uma proliferação dos delitos de “perigo abstrato”, a diminuição da margem dos riscos permitidos, e, concomitantemente, o “fenômeno denominado avanço das barreiras de imputação objetiva” (TAMBORLIN; SANTANA, 2015, p. 11).

Fazendo uso dessas ferramentas o Direito Penal atua cada vez mais cedo, o que impõe uma análise adequada da dogmática jurídica, com o fito de que ela se ajuste à nova realidade.

Nesse ambiente a manipulação do risco e, conseqüentemente, do sentimento de insegurança, vai repercutir no Poder Legislativo, que, em um Estado Democrático de Direito, tende a atender ao clamor popular por uma maior proteção²⁰, a qual nem sempre é racional numa perspectiva político-criminal que deve ser coerente e sistemática. Em última análise, evidencia-se um condicionamento de tal política à opinião pública.

²⁰ “O medo, derivado de um cenário repleto de incertezas e permeado por uma imensa suscetibilidade a riscos, torna os indivíduos sedentos por segurança. O Estado, por sua vez, tende a responder por intermédio de alterações no tocante à sua ferramenta mais repressiva: o Direito Penal” (BAUMAN, 2013, p. 96-97). Ademais, cf. SILVA (2005, p. 261).

Essa situação tende a desnaturalizar a real função de uma política criminal racional e previsível, comprometendo, significativamente, seus resultados (ESTÉVEZ, 2016, p. 32).

Nessa vertente, esclarece Roxin (2006, p. 33),

[...] ponto nevrálgico da moderna legislação penal é também o chamado direito penal simbólico. Este termo é usado para caracterizar dispositivos penais que não geram, primariamente, efeitos protetivos concretos, mas que devem servir à manifestação de grupos políticos ou ideológicos, através da declaração de determinados valores ou do repúdio a atitudes consideradas lesivas. Comumente, não se almeja mais do que acalmar os eleitores, dando-se, através de leis previsivelmente ineficazes, a impressão de que está fazendo algo para combater ações e situações indesejadas.

Silva Sánchez (1999, p. 20), por sua vez, abordando as possíveis causas da expansão do Direito Penal, afirma que ele tem um ponto de partida real, que é, justamente, a resposta do Estado a uma verdadeira demanda social por maior proteção.

Como conseqüência dessa expansão do Direito Penal, e visando a controlar as crises econômicas ocorridas ao longo do século XX (COSTA, 2013, p. 22), foram editadas, no mundo ocidental capitalista, um conjunto de políticas estatais de diversas naturezas, inclusive criminal, o que possibilitou o ingresso, de forma mais veemente, do Direito Penal na economia, sendo, então, ele convencionalmente chamado de Direito Penal Econômico.

Nieto Martín (2005), ao conceituar esse Direito Penal Econômico, aduz que se trata do conjunto de normas penais que constituem “os mecanismos estatais de intervenção na economia e tutela das instituições básicas que permitem a distribuição e o consumo de bens e serviços”²¹.

Para o escopo deste trabalho o importante é ter como premissa, unicamente, que a intervenção penal voltada à regulação da ordem econômica somente se desenvolveu a partir do momento em que houve políticas estatais dirigidas à

²¹ “El derecho penal económico se define en España como el conjunto de normas jurídico penales que tutelan el orden económico constitucional, lo que comprende la protección de los mecanismos estatales de intervención en la economía y la tutela de las instituciones básicas que permiten la producción, distribución y consumo de bienes y servicios”.

regulação da economia por intermédio de normas de Direito Público, vez que no período liberal, ante a influência do liberalismo clássico de Adam Smith, predominava o afastamento do Estado da ordem econômica e social (MARTINS, 2018, p. 42).

Assim sendo, pôde-se verificar, então, uma heterorregulação da ordem econômica pelo Estado, com o objetivo de criminalizar comportamentos lesivos às premissas de política econômica estabelecidas, sendo certo que em muitos casos essas normas de intervenção eram estabelecidas pelo próprio Poder Executivo, o que trouxe significativas implicações dogmáticas, mormente no que concerne à estruturação dos tipos penais incriminadores, elevando-se em muito, por exemplo, o número de normas penais em branco e dos elementos normativos do tipo (PIMENTEL, 1973, p. 45).

Tal aumento se deveu, sobretudo, porque os tipos penais incriminadores de infrações da ordem econômica precisavam ter uma estrutura aberta, em razão dos inumeráveis decretos e portarias do Executivo sobre a heterorregulação da economia²².

Inobstante não tenha este trabalho o intuito de traçar o histórico da heterorregulação, faz-se necessário assinalar que ela sofreu um forte impacto a partir da década de 1970, quando diversas economias mundiais ultrapassaram por um período de baixo crescimento e alta inflacionária, atribuído por muitos ao fracasso das ideias do economista britânico John Maynard Keynes²³, ocasionando, assim, “a adoção de práticas que visavam a afastar o Estado da economia, a

²² Outra característica desse Direito Penal Econômico é a previsão, maiormente, dos crimes de perigo abstrato, sinônimos de um modelo de incriminação cuja maior proteção de um bem jurídico ocorre de forma antecipada, sequer podendo falar-se em perigo iminente de dano, sendo o intuito maior da intervenção estatal prevenir a ocorrência de um dano (o caráter retributivo é diminuto). Daí, nos dizeres de Costa (2013, p. 65), poder-se afirmar que, sob o aspecto normativo, o Direito Penal Econômico desenvolveu-se de forma pouco sistemática e com desatenção aos princípios dogmáticos, o que ocasionou, e vem ocasionando, inúmeras incongruências com os princípios tradicionais do Direito Penal, ocorrendo, atualmente, o inverso, ou seja, sendo ele objeto de estudos relevantes de dogmática penal.

²³ John Maynard Keynes sustentava que o aumento dos gastos do governo ocasionaria uma expansão na economia, afastando o desemprego, recomendações macroeconômicas voltadas à desregulamentação do mercado e dos gastos públicos.

exemplo da privatização dos serviços públicos, que, antigamente, eram prestados pelo Estado Providência (Estado de Bem-Estar Social)” (MARTINS, 2018, p. 47).

Para muitos, esse novo movimento socioeconômico, em que o Estado deixava de atuar mais diretamente na economia, foi considerado um movimento liberal, entretanto, parafraseando Martins (2018, p. 47-48):

a leitura que parece ser a mais adequada deste período histórico foi apresentada por John Braithwaite ao tratar do *Regulatory State* ou Estado Regulador. Segundo Braithwaite, a falência do keynesianismo não veio acompanhada da adoção de um “novo” liberalismo, e sim do Estado Regulador, cuja característica principal reside na regra do *rule at a distance*.

Desde então tem-se início um novo modelo de interação entre o Estado e a sociedade, ambos passam a ter a obrigação de regular seus respectivos comportamentos, e, em última análise, a própria economia, evitando ou reduzindo o risco de catástrofes sobre ela, e, maiormente, atribuindo uma maior credibilidade ao mercado, requisito basilar à sua expansão e à sobrevivência.

Trata-se de um modelo de capitalismo regulatório (*regulatory capitalism*), que parte da premissa de que “os mercados precisam ser regulados a partir de uma divisão de tarefas entre o Estado e a sociedade, e, em particular, entre o Estado e os empresários” (LEVI-FAUR, 2005, p. 15), o que traduz, em grande parte, a realidade complexa vivenciada pelas companhias na atualidade, em que se verifica a descentralização e a delegação de muitas atribuições (competências) internamente, ficando cada indivíduo responsável por executar medidas de fiscalização (que atendam às expectativas sociais) dentro de seu âmbito de atuação, mas submetido, sempre, à fiscalização da autoridade hierarquicamente superior²⁴.

²⁴ Cf. “REGULAÇÃO PRIVADA E ATIVIDADE DO ESTADO – É preciso retificar, no entanto, um equívoco bastante comum. Apesar de haver margem para se pensar que a autorregulação regulada é um efeito lógico e imediato de uma vontade desreguladora do Estado, tendente ao desenvolvimento e estímulo de uma autorregulação privada, o que ocorre é o oposto. Como salienta José Esteve Pardo (2002, p. 27), “é precisa e justamente a mais firme e decidida vontade reguladora das instâncias públicas que, não sem um paradoxo, conduz a um incremento da autorregulação privada”. Isso porque, com a autorregulação regulada, é possível ao Estado, agora, alcançar aspectos da atividade privada que eram escassamente afetados pela regulação (cf. GARDELLA, 2012, p. 81). Fica claro, pois, que a autorregulação regulada não se apresenta como um impulso na direção da desregulação, mas, ao contrário, corresponde, sim, a uma melhora

Desse modo, verifica-se, em uma análise mais profunda, que a própria liberdade organizativa e regulatória interna da empresa estará condicionada à observância das normas e regulamentos expedidos pelo ente público e que incidam sobre a atividade desempenhada por ela, o que traduz a figura da denominada “autorregulação regulada”²⁵.

Nessa conjuntura não há uma intervenção direta sobre a atividade empresarial, mas uma interferência indireta, assegurando aos particulares “parcela de liberdade”, podendo esses, assim, regulamentar as suas condutas, mas em consonância com os objetivos políticos, sociais e econômicos, por exemplo, traçados pelo Estado.

De acordo com Nieto Martín (2008, p. 133), na autorregulação regulada “o Estado faz possível a autorregulação, configura as estruturas e estabelece os processos através dos quais esta deve desenvolver-se, com a pretensão de que, através dela, seja possível satisfazer concretos fins ou interesses públicos”.

Vislumbra-se, então, que o Direito Penal Econômico passa a ter uma vertente ainda mais preventiva, destinada a incentivar, por intermédio da autorregulação, a prevenção de comportamentos criminosos que lesionem ou exponham a perigo bens jurídicos econômicos e outros.

Gomes e Molina (1997) analisam o termo “prevenção”²⁶ e atribuem a ele dois sentidos: (i) a sanção penal utilizada como mecanismo desmotivador dos cidadãos para a prática de novos crimes (dissuasão); (ii) e como instrumento de política criminal, atuando em toda sociedade (prevenção), o que se identifica com a conhecida “prevenção geral”.

qualitativa e quantitativa da intervenção do Estado, na medida em que ele obteria uma regulação mais rigorosa, específica e eficaz” (COCA VILA, 2013, p. 46-47).

²⁵ Nieto Martín (2008, p. 133) assevera que a implementação desse novo Estado regulador evidencia uma nova estratégia de controle por meio da cooperação entre os poderes público e privado, denominada de autorregulação regulada, na qual a participação do Estado pode ser em maior ou menor grau.

²⁶ De acordo com o dicionário *Michaelis*, **prevenção** significa “ato ou efeito de prevenir-se”; “precaução para evitar qualquer mau; evitação”; “opinião desfavorável sobre alguém ou algo”; “opinião ou sentimento, geralmente desfavorável, a respeito de alguém ou de algo, sem exame crítico; preconceito”; “medida tomada por antecipação, a fim de evitar um mal; cautela, precaução, previsão”; “processo por meio do qual um juiz determina competência para conhecer e julgar uma ação, excluindo a de outros juízes, por ter sido o primeiro a tomar conhecimento dela”.

Em ambos os aspectos, a finalidade visada é a de inibir impulsos dos individuais à prática de crimes, sendo certo que Munõz Conde (1999, p. 25) já aliava a função motivadora da norma penal a um controle social, aduzindo que o Direito Penal exerce um controle social, um “disciplinamiento del comportamiento humano en sociedad”.

Montt (2007, p. 73-74), analisando as teorias relativas (prevencionistas), sustenta que os adeptos dela não atribuem à pena uma função de realizar justiça, mas, sim, de obter a paz social, evitando o cometimento de futuros delitos, dissuadindo aqueles que, ainda, não delinquiram para que não incorram em um comportamento delitivo. Mais adiante, citando Feuerbach²⁷, um dos representantes dessa tendência, responsável por qualificar a pena como meio sociológico de impressionar os membros da sociedade para que se abstenham de incorrer em atos ilícitos, faz algumas críticas²⁸ a essa teoria, as quais são, inteiramente, solucionadas pela tese de Roxin (1976) do “planteamiento dialéctico”.

Consoante o entendimento de Roxin (1976, p. 20-22),

[...] la pena tiene una diversidad de objetivos, pero que cada uno de ellos se concreta en momentos distintos. En la ley, al establecer-la el legislador cumple una función preventiva general porque advierte la sociedad sobre la prohibición del comportamiento que describe; en el momento de la imposición de la pena por el tribunal a una persona determinada se realiza la función retributiva, de justicia, ocasión en que se tomará en cuenta su culpabilidad, pues los fines perseguidos por la pervención general no pueden exceder al grado de culpabilidad del condenado. El tercer estadio es el de la ejecución de la pena, donde se realizan los objetivos de reeducación del sentenciado, dirigidos a evitar que vuelva a delinquir, reinsertándolo socialmente en el ámbito familiar, laboral y participativo.

Assim, releva-se inevitável e inerente à pena o seu caráter preventivo (geral e individual) e retributivo, ambos sendo verificáveis, porém, em momentos distintos.

²⁷ Feuerbach (1989, p. 60) sustentava que o impulso que leva ao delito “puede ser cancelado a condición de que cada uno sepa que a su hecho a de seguir, ineludiblemente, um mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho”.

²⁸ Convém destacar as principais críticas de Montt (2007, p. 75): “[...] el peligro de la prevención general es crear la tendencia a exarcerbar el rigor de la pena con el objeto de atemorizar más efectivamente a las personas” [...] la posibilidad de regular la pena considerando precisamente esa finalidad, lo que significa permitir que se intensifique su rigor sin considerar la lesión sufrida por el bien jurídico afectado, ni la culpabilidad del delincuente [...]”, e, por fim, declara que “há sido indemostrable empíricamente la efectividad de que la conminación de un castigo impede la comisión de hechos delictivos”.

As normas penais, ao serem interiorizadas pelos seres humanos que vivem em sociedade, cooperam com a estruturação de sua consciência e com a formação do superego:

para conseguir la protección de bienes jurídicos que la norma penal persigue, se desencadenan en los individuos determinados procesos psicológicos que les inducen a respetar dichos bienes jurídicos. Estos mecanismos psicológicos no se presentan aislados, sino formando parte de un complejo proceso llamado “motivación (MUÑOZ CONDE, 1999, p. 19).

Conquanto não se desconsidere que raciocínio nesse sentido aproxima muito o Direito Penal a um viés “funcionalista radical”, o que é alvo de intensas críticas por parte de diversos pensadores, a exemplo do filósofo Immanuel Kant (2008, p. 155), que afirma não ser o Direito Penal um conformador do ser humano, mas, sim, o inverso, não se pode desconsiderar que, como visto, atendendo o legislativo ao clamor popular e às atuais “exigências” internacionais de combate global a inúmeros crimes que extrapolam as fronteiras de um determinado país (a exemplo da corrupção, lavagem de dinheiros etc.), bem como a uma “imposição” internacional de alterações legislativas e da adoção de medidas visando a promover a ética e a sancionar comportamentos desviantes (sob pena de sanções comerciais etc.), culmina por introduzir, por meio do Legislativo e dos sistemas de justiça penal, uma mudança cultural e comportamental de alguns setores considerados mais vulneráveis à prática de crimes, dentre os quais se inclui o setor empresarial.

O surgimento de novas leis, embora muitas vezes não traduzam o anseio popular ou, tampouco, os interesses daqueles que ocupam as “cadeiras” do Poder Legislativo, tem o condão de alterar (moldar) comportamentos ilícitos e costumeiramente adotados pelo ser humano em uma determinada localidade ou setor.

O maior intercâmbio e “diálogo” entre Estados soberanos, proveniente, dentre outros fatores, da globalização, tem promovido essas inovações. Não por outra razão se verificou no Brasil a edição da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013²⁹ (também chamada Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa), a qual decorreu da anterior

²⁹ Essa Lei foi regulamentada no âmbito da União pelo Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015.

subscrição pelo Estado brasileiro de diversos tratados e convenções internacionais³⁰, comprometendo-se a combater a corrupção no seu âmbito interno, tendo como fonte de inspiração leis estrangeiras, dentre as quais se pode citar a *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), de 1977, que prevê punição a atos de corrupção praticados nos Estados Unidos da América por empresas estrangeiras, e a *UK Bribery Act*, de 2010, que possui finalidade similar na Inglaterra.

Inobstante, ainda, subsista no ambiente social dos indivíduos mais propícios aos crimes empresariais uma concepção de que a prática de ilícitos destinados a possibilitar a aferição de lucros (e o êxito profissional, econômico etc.) é um comportamento compreensível e inevitável, essa postura tem representado um risco cada vez maior ao empresário, porquanto a imagem e reputação têm adquirido um valor econômico inestimável no mundo corporativo, e tão somente um único envolvimento ou vinculação da pessoa jurídica ou de seus integrantes (sócio, diretor, gerente etc.) em práticas ilícitas pode ensejar a falência dela (independentemente de ter havido uma condenação criminal).

A enorme e ilimitada propagação midiática de tais acontecimentos, aliada ao açodado pré-julgamento da opinião pública, que raramente desce a fundo para apurar tais ocorrências, repercutem para a formação de uma má reputação empresarial, com uma sanção social (difusa) elevada e todos os seus consectários legais (redução do atrativo para investimentos; impossibilidade de obtenção de empréstimos bancários e subsídios públicos; impossibilidade de contratar com o Poder Público etc.).

Tais circunstâncias, em consonância com a expansão do Direito Penal no seio das empresas com a finalidade de prevenir riscos de lesão a bens jurídicos penalmente tutelados, bem como a utilização cada vez mais frequente das figuras jurídicas dos

³⁰ Cf. Convenção Interamericana de Combate à Corrupção, aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro, por meio do Decreto Legislativo nº 152/02, entrando em vigor em 24 de agosto de 2002; cf. Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, produzida pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), em 15 de julho de 2000, e promulgada pelo Decreto Legislativo nº 3.678/2000; cf. Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção da ONU), assinada em 15 de dezembro de 2003, na cidade de Mérida, no México, e promulgada por meio do Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

crimes de perigo abstrato e da responsabilidade penal por omissão imprópria (comissivos por omissão), propiciaram a criação de uma estratégia de política criminal destinada ao controle interno do delito pela própria empresa, por meio de uma autorregulação regulada.

Isso não representa, a rigor, nenhuma novidade, porquanto desde os fins dos anos 1970 Schünemann (apud BERMEJO; PALERMO, 2013, p. 171) já se referia ao controle interno como uma estratégia de prevenção complementar ao Direito Penal, ante a ineficácia da utilização exclusiva do Direito Penal como estratégia de prevenção nesse âmbito.

Frente à inaptidão do Estado para gerir todos os riscos, essa tarefa vem sendo democratizada entre os setores público e privado. “Não cabe apenas ao Direito Penal ou mesmo tão somente ao Direito a gestão dos riscos. Isso também está sendo transmitido aos particulares” (TAMBORLIN; SANTANA, 2015, p. 12) – a exemplo do que se verifica na Lei de Lavagem de Dinheiro (cf. Lei nº 9.613/98).

À vista disso, quanto maiores e mais significativos sejam os papéis econômico-sociais desempenhados por um sujeito, maior será o número de prescrições, e, portanto, das figuras penais das quais será destinatário (SGUBBI, 1998, p. 122). Equivale dizer, então: o risco de responsabilização penal será proporcional à relevância social, econômica e política da atividade desempenhada.

Para Bermejo e Palermo (2013, p. 171), esse novo discurso jurídico penal em torno de uma autorregulação regulada, especificamente dos programas de *compliance*, é resultante de uma evidente ineficácia preventiva das regulações jurídicas, em geral, e das penais, em particular, para prevenir os numerosos escândalos que protagonizaram reconhecidas empresas multinacionais do mundo desenvolvido nos últimos anos (Worldcom y Enron, nos Estados Unidos; Parmalat, Siemens e as entidades financeiras suíças em relação ao branqueamento de capitais na Europa), e, em outra vertente, da experiência obtida a partir da estratégia regulatória na prevenção do branqueamento de capitais.

Constata-se, também, que, com a recente crise mundial de 2008, o Direito, notadamente o Direito Penal, passou a dar mais atenção e a estimular a implementação dos programas de *compliance*³¹, como forma de autorregulação regulada, para o controle dos riscos empresariais (GORGA, 2016, p. 1).

Para Bacigalupo (2011, p. 17), essa crise mundial e o foco no *compliance* e na autorregulação repercutem significativamente para o Direito Penal Econômico, pois faz com que ele incorpore uma vertente preventiva, destinada a evitar comportamentos criminosos que lesionem ou exponham a perigo bens jurídicos e econômicos³².

Todavia, não se possa olvidar que no cenário internacional a previsão em lei de tais programas de *compliance* é muito anterior a esses escândalos, ocorridos a partir do ano 2000.

2.2.1 Legislação internacional: FCPA e UK Bribery Act

Nos Estados Unidos da América, a denominada *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) remonta ao ano de 1977 e foi editada após uma série de outros escândalos sobre o pagamento de propina (FORTINI, 2015), notadamente o caso da *Lockheed Aircraft Corporation*, empresa destinada à produção de embarcações, mísseis e

³¹ “No cenário mundial, casos como os atos terroristas nos Estados Unidos, em 2001, os escândalos de governança, como, por exemplo, os relacionados ao Banco Barings, Enron, WorldCom e Parmalat e a mais recente crise financeira mundial, além da divulgação de casos de corrupção envolvendo autoridades e também desvios de recursos em entidades do terceiro setor, acentuaram a necessidade de maior conformidade a padrões legais e éticos de conduta. O aumento da pobreza, dos problemas sociais, ambientais e, neste último caso, a chamada crise ambiental ampliou a abrangência do *compliance* para novos padrões desejáveis de comportamento. Por fim, vivemos numa sociedade de riscos, em que o *compliance* aparece como mais um dos riscos a serem enfrentados pelas organizações”.

³² “La crisis económica podrá tener, por todo ello, una doble dimensión penal: em primer lugar hacia el pasado, por los perjuicios ocasionados; pero además hacia el futuro, porque es previsible un aumento de deberes empresariales cuya infacción podrá ocasionar fuertes sanciones administrativas o penales. Se esto es así será necesario contar con uno aumento de los riesgos de responsabilidad normativa para las empresas y sus directivos: en el futuro pronosticado aumentarán los subsistemas normativos generados por los reguladores y ello dará lugar a uno numero no irrelevante de normas cuyo cumplimiento se asegurará mediante la amenaza de sanciones (administrativas y penales), que se sumarán a las, no pocas, ya existentes. La cuestión de la prevención de riesgos de responsabilidad normativa aumentará, por lo tanto, correspondentemente”.

aeronaves, a qual, na década de 1970, foi acusada de pagar cerca de U\$\$ 22 milhões em propinas a funcionários públicos para a assinatura e manutenção de contratos (PAGOTTO, 2013, p. 24).

A sobredita Lei foi considerada um instrumento inovador e eficaz de combate à corrupção, porque, dentre outros aspectos, alterou o Código Criminal Federal dos Estados Unidos, prevendo a responsabilização de pessoas físicas e jurídicas que se envolvessem em práticas de corrupção (THE UNITED STATES, 2017) com funcionário público estrangeiro, tendo a expressão *foreign official* um alcance maior do que a literalidade pode traduzir, englobando, também, qualquer pessoa que possa atuar em benefício de órgãos públicos ou organismos internacionais, como o Banco Mundial e a Organização dos Estados Americanos.

Frise-se que nos Estados Unidos se trata de maneira apartada, por intermédio de outra legislação, a corrupção interna, ou seja, aquela envolvendo agentes públicos locais. Outrossim, previu ela a adoção pelas empresas de medidas para evitar a prática de tais crimes, sendo, inclusive, obrigadas a enviar periodicamente relatórios por emissão de valores mobiliários (CÓDIGO..., 1998).

Até então, inexistia no país e, também, no mundo uma lei tipificando como crime tais condutas e impondo essas obrigações às pessoas físicas e jurídicas, o que levou os Estados Unidos a iniciarem um movimento global de combate à corrupção, sendo, inclusive, ulteriormente, em 29 de março de 1996, adotada pelos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) a Convenção Interamericana de Combate à Corrupção, que tem como finalidade levar os Estados a envidarem todos os esforços para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção, por intermédio da criação e do fortalecimento dos mecanismos voltados para tanto” (GARCIA, 2016). Essa Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro, por meio do Decreto Legislativo nº 152/02, e entrou em vigor em 24 de agosto de 2002.

Nos Estados Unidos, o Departamento de Justiça (DOJ) e a *Securities and Exchange Commission* (SEC) são os órgãos responsáveis por aplicar a FCPA, tendo esses órgãos, atualmente, a Lei Sarbanes-Oxley, apelidada de SOX, como parâmetro para

a análise da efetividade das medidas adotadas pelas empresas destinadas a evitar a prática de ilícitos.

Tal Lei foi assinada em 30 de julho de 2002 pelo Senador Paul Sarbanes (Democrata) e pelo Deputado Michael Oxley (Republicano), tendo o intuito de garantir a criação de instrumentos de controle interno nas empresas, de modo a mitigar os inúmeros riscos do negócio, assegurando a transparência e a confiabilidade na gestão das empresas, por intermédio de boas práticas de governança corporativa³³, repercutindo, assim, na credibilidade dos investidores em relação ao mercado de capitais.

Nessa mesma linha de comportamento, na Inglaterra, após exacerbadas críticas internacionais e forte pressão da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, entrou em vigor, em 1º de julho de 2011, a *UK Bribery Act*, que, igualmente, visa a responsabilizar pessoas físicas e jurídicas envolvidas em atos de corrupção e a estimular a adoção dos programas de *compliance*.

Além de prever a punição a funcionários públicos nacionais e estrangeiros, ela tipifica a corrupção no setor privado e penaliza a pessoa jurídica pela omissão em prevenir atos de corrupção. Todavia, embora louvável o intuito desse diploma legal, ele somente entrou em vigor após a promulgação do chamado *Guia para as pessoas jurídicas em matéria de autorregulação regulada* (MINISTRY OF JUSTICE, 2010).

À vista desses preceitos legais, muitas empresas multinacionais brasileiras que atuavam em tais países se submetiam às exigências de implantação de um modelo de autorregulação regulada (GABARDO; CASTELLA, 2015), e, assim sendo, antes da entrada em vigor da Lei Anticorrupção brasileira, já possuíam programas de *compliance* estruturados, a citar, exemplificativamente, a Braskem e a Odebrecht, embora, consoante muito divulgado ultimamente, por intermédio dos meios de comunicação, eles não fossem eficazes (COSTA; AZEVEDO, 2017).

³³ “A governança corporativa pode ser entendida, em uma primeira acepção, como um conjunto de fundamentos que consubstanciam a condução ética aos negócios” (ROSSETTI; ANDRADE, 2012, p. 26), sendo compreensível, destarte, os programas de *compliance* como uma das vertentes dessa condução ética dos negócios.

2.2.2 Lei Anticorrupção brasileira (12.846/2013) e *Compliance*

No Brasil, especialmente no que tange à produção legislativa, viu-se criar novos diplomas penais, como a Lei nº 12.846/2013, apelidada de Lei Anticorrupção Empresarial ou Lei da Empresa Limpa, e aprimorar-se o rigor de outros, como se deu sobre a Lei nº 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro), alterada em 2012. Tudo isso com o fito precípua de privilegiar a tutela penal sobre o que se percebia como os mais significativos “inimigos” do desenvolvimento do país.

Instituindo a responsabilidade civil e administrativa das pessoas jurídicas envolvidas em atos contrários à Administração Pública nacional e estrangeira³⁴, a aludida Lei foi a primeira nacionalmente a sancionar pessoas jurídicas pela prática de tais atos, o que, anteriormente, se restringia à punição da pessoa física, bem como a mencionar, de modo expresso, os programas de *compliance*.

Dessa forma, em seu artigo 7º, inc. VIII, explicita que serão levados em consideração para atenuar a penalidade a ser imposta à pessoa jurídica 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”, o que consiste, efetivamente, em um programa de *compliance*.

Malgrado não tenha utilizado, literalmente, o termo inglês *compliance*³⁵, fez uso das expressões “mecanismos e procedimentos internos de integridade” para se reportar a ele, o que foi reproduzido em diversos decretos de regulamentação desse dispositivo legal³⁶, alguns deles utilizando, também, outra nomenclatura, qual seja: “procedimento de conformidade”³⁷.

³⁴ Cf. “Art. 1º – Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”.

³⁵ O termo *compliance* tem origem etimológica na língua inglesa, especificamente no verbo *to comply*, o qual significa “conformidade”, e na expressão *to be in compliance with*, que significa “estar em conformidade com”.

³⁶ Cf. Decreto da União nº 8.420, de 18 de março de 2015.

³⁷ Cf. Decreto do Estado do Espírito Santo nº 3727-R, de 10 de dezembro de 2014.

Todavia, doravante, para efeitos didáticos, será utilizado, unicamente, o termo *compliance* ou *programa de compliance*.

No ensejo, apenas a título elucidativo, convém salientar que a lei brasileira é mais ampla e rígida que a americana e a inglesa, haja vista que, enquanto estas sancionam, apenas e especificamente, atos de corrupção, aquela penaliza todo e qualquer ato contrário à Administração Pública, o que envolve diversos crimes, e não somente aqueles tipificados em lei como corrupção, podendo alcançar, por exemplo, crimes de fraudes em licitações, ou, até mesmo, outras condutas não criminosas.

Nessas condições, constata-se que, embora tenha sido a primeira lei brasileira a mencionar, expressamente, o instituto do *compliance*, não estabeleceu nenhuma sanção à pessoa jurídica ou, tampouco, física, pela ausência de um programa de *compliance*, o que, acaso implementado pelas pessoas jurídicas, deverá ser levado em consideração para efeito de atenuação da pena a ser eventualmente aplicada, ou, como sustentado Figueiredo (2015), excluir a responsabilidade de tais pessoas, ficando isentas de pena, uma vez demonstrada a inexistência de culpa.

Efetivamente, até o momento, a Lei Anticorrupção é a única lei brasileira que prevê expressamente os programas de *compliance*; todavia, como dito, não estabelece qualquer sanção pela ausência deles, embora não se desconheça que alguns setores da economia, pelo risco inerente às atividades que desenvolvem, estejam sujeitos às regulamentações expedidas por entidades públicas, a exemplo do que acontece com as resoluções e as cartas circulares de diversas agências reguladoras e de demais órgãos, tais como o Conselho Monetário Nacional³⁸ e o Banco Central³⁹, podendo, assim, sofrer sanções administrativas pela falta ou pela deficiência dos seus mecanismos de *compliance*.

Por mais que tais regulamentações, não raras vezes, instituem a necessidade de programas de *compliance* para que algumas pessoas jurídicas possam

³⁸ Cf. Resolução nº 2.554/98 do Conselho Monetário Nacional.

³⁹ Cf. Carta Circular nº 3.461, de 23 de julho de 2009, e Carta Circular nº 3.542, de 13 de março de 2012, ambas do Banco Central do Brasil (BACEN).

desempenhar suas atividades, sendo de destacar instituições bancárias ou que atuem no mercado de valores mobiliários, elas não configuram formalmente como lei, isto é, não são editadas pelo Poder Legislativo, e, obviamente, não estabelecem sanções penais às pessoas físicas ou às jurídicas que se omitirem em instituir esses programas no seu âmbito interno.

O termo *compliance* é utilizado no Brasil com o significado de estar em conformidade com toda a regulamentação incidente sobre a atividade desenvolvida pela pessoa jurídica, civil ou empresarial, assumindo a responsabilidade pela disseminação de princípios éticos e pela realização do controle social, compartilhando com o Estado a incumbência de fiscalizar e adotar medidas preventivas para minimizar ou evitar a prática de infrações diversas, sejam elas criminais, cíveis, ambientais, administrativas etc.

Dessa forma, ao conjunto de medidas adotadas pelas pessoas jurídicas visando a atuar em conformidade com a lei e a disseminar valores éticos e morais atribui-se à denominação de *programas de compliance*, os quais, quando tiverem o intuito de reduzir ou eliminar o risco de infração às leis penais, repercutindo, assim, sobre o Direito Penal Repressivo, serão conceituados de programas de *criminal compliance*.

De acordo com Sieber (2013, p. 64), tais programas são mecanismos de viés preventivo, estabelecidos pela direção empresarial e orientam condutas pautadas em valores éticos, com o fito de impedir a criminalidade empresarial.

Coca Vila (2013, p. 55) aduz que *compliance* significa o conjunto de medidas tendente a garantir que todos e cada um dos membros de uma empresa, desde o presidente do conselho de administração até o último empregado, cumpram com os mandatos e as proibições jurídico-penais.

Por sua vez, Silva Sánchez (2003, p. 100) esclarece que nos programas de *compliance* se observa a vigilância empresarial em relação aos ilícitos, por meio da adoção de mecanismos de autorregulação que obstaculizam fatores culturais ou dinâmicas de grupo favorecedores de ilícitos, e, também, estimulam culturas de

fidelidade ao Direito, sendo tais programas implementados pelas pessoas físicas que administram e controlam a sociedade empresária.

Surge, assim, com o conteúdo dos programas de *compliance*, uma simbiose natural entre os conteúdos da ética dos negócios (*Business Ethics*) e os da responsabilidade social (BACIGALUPO, 2011, p. 63).

Tais programas são constituídos por uma série de medidas e instrumentos, as quais deverão se amoldar às peculiaridades de cada empresa, a fim de que possam ter uma real efetividade, sendo de mencionar algumas delas, quais sejam: identificação e análise dos riscos na empresa; criação de códigos de ética e conduta, bem como de canais de denúncias; definição de um *compliance officer*; realização de treinamentos periódicos e submissão da sociedade a auditorias internas e externas.

Essas medidas, por seu turno, poderão ser modificáveis em conformidade com o local ou ramo da atividade desempenhada, período, contexto global de mudança econômica, política e social, de forma a assegurar uma real efetividade (gestão adequada dos riscos) do programa de *compliance*.

Conquanto não seja o intuito do trabalho analisar, minudentemente, cada um desses instrumentos, far-se-á, doravante, uma breve explanação sobre alguns deles.

A identificação dos riscos (*risk identification*) visa a encontrar e a mapear as zonas (áreas) de maior vulnerabilidade de ocorrência de ilícitos na companhia, estabelecendo, então, as suas respectivas fontes, causas e potenciais consequências (ESCUDERO, 2015, p. 535), sendo tais zonas comumente chamadas de *red flags* (sinas de alerta, fatores de risco) (MURCIA, 2007).

Ultrapassada a etapa anterior, inicia-se a análise dos riscos (*risk assessment*) identificados, o que será feito com o intuito de compreendê-los com mais profundidade e de desenvolverem critérios para a avaliação do grau de relevância (qualitativa e quantitativa) deles para as atividades da empresa. Destarte, a companhia poderá, por exemplo, identificar quais riscos têm maior urgência de controle e possibilidade de impacto negativo, possibilitando à empresa estabelecer

prioridades e urgências de tratamento (*risk treatment*), realizando, assim, uma verdadeira gestão dos riscos.

Ambas as etapas são de extrema relevância, pois, dentre outros aspectos, irão balizar todas as demais fases da estruturação, da implementação e da fiscalização do programa.

O intento desse processo de identificação, análise e gestão dos riscos é que a sociedade adote medidas proativas no sentido de mitigar as ameaças a que se vê submetida. Isso deverá ser um processo contínuo de atualização e de aperfeiçoamento, a fim de que o programa seja, verdadeiramente, efetivo (BOCK, 2013, p. 114).

Outro instrumento é o Código de Ética e Conduta Empresarial, documento que, por meio de uma linguagem simples e concisa, tem o intuito de formalizar os valores éticos e morais da empresa e definir os padrões de comportamento a serem observados por todos os seus integrantes, desde a alta diretoria (*turn from the top*) até terceiros com quem ela se relacione.

Dentre os pontos que podem ser abordados no documento, citam-se os seguintes: (i) princípios e valores corporativos; (ii) relações com os empregados; (iii) relações com clientes e consumidores; (iv) relações com os acionistas e investidores; (v) relações com o meio ambiente; (vi) relações com a sociedade (responsabilidade social corporativa); (vii) imagem e reputação corporativa; (viii) regime disciplinar; (ix) procedimentos de denúncia de irregularidades (COBO, 2015, p. 569)⁴⁰.

Outro instrumento do programa é o Canal de Denúncias, mecanismo interno por meio do qual possibilita ao público em geral⁴¹ ou ao interno o oferecimento de

⁴⁰ De acordo com Cobo (2015, p. 567), “para optimizar su utilidad, resulta recomendable que su contenido haga hincapié en los riesgos normativos identificados en la fase de diagnóstico, mediante la conversión de éstos en principios, pautas de conducta, artículos o cualquier otra articulación dependiendo de la estructura de la que se decida dotar al mismo”. Em tradução livre: “para otimizar sua utilidade, resulta recomendável que seu conteúdo enfatize os riscos normativos identificados na fase de diagnóstico, mediante a conversão desses em princípios, pautas de conduta, artigos ou qualquer outra articulação dependendo da estrutura que se decida dotar o mesmo”.

⁴¹ Existe uma discussão muito rica na doutrina acerca da admissibilidade (ou não) de denúncias anônimas no seio de um canal de denúncias empresariais. Isso porque, desde uma perspectiva

denúncias (*Whistleblowers*)⁴², quanto a possíveis infrações à legislação incidente sobre a atuação empresarial ou ao seu próprio Código de Ética e Conduta praticado por integrantes ou demais pessoas vinculadas à sociedade.

Os meios para o oferecimento dessas denúncias podem ser diversos, e quanto mais diversificadas forem as opções (telefone, *e-mail* etc.) e maior a garantia do sigilo do informante, mais eficaz, em regra, será o programa.

Esse mecanismo tem uma dupla função: reativa e preventiva. A primeira (reativa), pois possibilita à empresa que, tomando conhecimento, adote as medidas necessárias para evitar ou paralisar o ato e sancionar o infrator, reagindo de maneira adequada e proporcional a ele; e a segunda função (preventiva), porque propicia o conhecimento aos integrantes da empresa de que medidas estão sendo adotadas contra os comportamentos desviantes e de que há uma maior possibilidade de descoberta deles, inibindo, assim, tais condutas (MORILLAS, 2015, p. 614).

De acordo com Vallès (2006), o objetivo é que seja a própria empresa, e não os agentes exógenos (policiais, procuradores, magistrados etc.), os primeiros a serem informados sobre tais práticas, permitindo-se, assim, uma maior gestão de riscos⁴³.

puramente de eficácia, parece ser mais interessante aceitar toda e qualquer denúncia, anônima ou não, dentro do referido canal, pois, assim, aumentariam as possibilidades de descoberta de uma eventual irregularidade. Entretanto, ainda que, numa primeira análise, a probabilidade de descoberta possa ser maior mediante a aceitação do anonimato, tal perspectiva não se encontra livre de efeitos perversos, tais quais o aumento na quantidade de falsas imputações. Por isso, uma sugestão comumente feita em matéria de *compliance* é que o canal de denúncias funcione não sob o paradigma do anonimato, mas, sim, a partir da ideia de confidencialidade, isto é, de identificação do denunciante perante as instâncias de controle, sob a garantia de que sua identidade não será, sob nenhuma hipótese, revelada a terceiros. Dessa maneira, seria possível conceder uma maior credibilidade às denúncias, visto que dificilmente alguém iria fazer uma falsa imputação se a empresa soubesse a sua identidade. Entretanto, posturas radicais devem ser evitadas. Em que pese ser, de fato, mais recomendável o estímulo à confidencialidade, a empresa não pode simplesmente ignorar as denúncias feitas de forma anônima, pois isso poderia implicar um sério risco futuro. O ideal, nesse sentido, seria igualmente proceder a investigação dessas denúncias anônimas, mas sob um controle mais rígido de admissibilidade, isto é, exigindo que as denúncias anônimas venham corroboradas por elementos significativos de provas de materialidade (VALLÈS, 2006).

⁴² Na definição dada por Miller (2014, p. 271), o termo *whistleblower* “refers to a person who, without being required to do so, reports on misconduct within an organization”. Em tradução livre: “refere-se à pessoa que, sem ser requerida a fazê-lo, reporta uma falha de conduta dentro da organização”.

⁴³ Segundo Tamborlin e Santana (2015, p. 3), “Todos se tornaram suscetíveis aos riscos; em razão disso, cresceu o sentimento de insegurança, ao passo que diminui a confiança do Estado. É nesse contexto que se mostra imprescindível a gestão de riscos e a democratização desse dever, ao

Mais um mecanismo indispensável à efetividade é a divulgação constante ao público interno e externo da implementação dos mecanismos de *compliance* e o treinamento frequente, possibilitando um maior conhecimento e observância das suas diretrizes, bem como a disseminação dos valores éticos e morais da empresa. Toda comunicação precisa ser estrategicamente montada, a fim de alcançar um maior número de pessoas, porquanto o programa só logrará êxito, quanto à sua real efetividade, caso um número elevado, ou, quiçá, a totalidade dos membros da companhia, obtenham conhecimento do programa e desempenhem suas atividades de maneira ética e consentânea com os parâmetros pré-estabelecidos.

A comunicação deverá variar e se adequar às funções desempenhadas por cada integrante da empresa, haja vista que, por exemplo, a formação direcionada aos altos diretores não poderá ser igual à dirigida aos integrantes do baixo escalão hierárquico, em virtude da diversidade de atribuições desempenhadas.

Outro instrumento importante é a designação (criação) de um ou mais *compliance officer*, também denominado de “oficial de cumprimento”, pessoa(s) que pode(m) ter a responsabilidade para desenhar, implementar e fiscalizar o cumprimento do programa. Deverá possuir inteira autonomia para fiscalizar a pessoa jurídica, desde a alta diretoria (*turno of the top*) ao baixo escalão (hierarquicamente), tendo poderes para paralisar a atividade criminosa identificada ou reportar o fato a integrantes (hierarquicamente superiores) da empresa, às autoridades públicas etc.⁴⁴, bem como possuir acesso e comunicação direta com a direção e/ou com o conselho de administração (VARELA, 2014, p. 256).

Isso porque a eficácia da função de *compliance officer* guarda estreita relação com o seu nível de independência dentro da organização empresarial (PUYOL MONTERO, 2015, p. 100).

menos parcialmente, estabelecendo-se os papéis a serem desempenhados pelos setores público e privado”.

⁴⁴ Os poderes do *compliance officer* deverão ser previamente definidos e, quanto maior a sua autonomia, mais eficaz será considerado o programa, repercutindo sobre a sua responsabilidade criminal os poderes que ele possua e exerça “de fato”, consoante será analisado nas seções seguintes da presente dissertação.

Efetivamente, todas as pessoas da empresa são responsáveis pelo êxito do programa de *compliance*, porquanto devem atuar em conformidade (*compliance*) com a lei e os padrões de comportamento estabelecidos; entretanto, o *compliance officer* é o responsável principal por gerir o programa, por esclarecer eventuais dúvidas quanto a ele e por adotar as medidas pertinentes para obstaculizar ou corrigir os comportamentos desviantes.

Mais um mecanismo é o procedimento de investigação⁴⁵ interna para a apuração de eventuais atos infracionais, haja vista que, uma vez cientificada e existindo indícios⁴⁶, tem a empresa o dever de apurar os fatos, sob pena de comprometimento da própria efetividade do programa, não podendo ficar à mercê da vontade de algumas pessoas (diretores, administradores, gerentes etc.) investigar, ou não, as irregularidades noticiadas.

Todo esse procedimento deve estar previamente estabelecido, assegurando a observância dos direitos e garantias constitucionais do investigado (“devido processo legal interno”), e precisa ter seus atos formalizados, tal como todas as demais medidas do programa.

⁴⁵ Temporalmente, as investigações internas podem ocorrer tanto antes da descoberta da irregularidade pelas autoridades públicas, como em momento posterior, diferenciando-se entre investigações pré-judiciais e para-judiciais. As investigações pré-judiciais são aquelas conduzidas pela empresa quando existem meros indícios da comissão de uma irregularidade em seu seio, não possuindo as autoridades judiciais, pois, qualquer conhecimento sobre esses fatos. A grande vantagem dessa modalidade de investigação interna é permitir à empresa um conhecimento prévio sobre os fatos, possibilitando uma maior gestão sobre os riscos a que esteja acometida. Por outro lado, as investigações para-judiciais são aquelas que ocorrem concomitantemente às investigações estatais, normalmente derivadas do conhecimento público de uma determinada ilicitude em seu seio. Esse gênero de procedimento terá a finalidade de elucidar todas as nuances da irregularidade havida, servindo, igualmente, para eventualmente reduzir o *quantum* de pena estabelecido para a pessoa jurídica em virtude da sua colaboração com as autoridades públicas (MONTIEL, 2013, p. 498).

⁴⁶ “É preciso salientar, de início, que as investigações internas não necessariamente versarão sobre ilícitos de natureza penal, até mesmo porque os programas de *compliance*, conforme já afirmado em momento anterior, não possuem como escopo único e exclusivo coibir os comportamentos criminalmente relevantes. Pelo contrário, estes mecanismos de controle empresarial são elaborados de forma a combater desvios de natureza administrativa, ética, civil, etc. Neste sentido, [...] em razão de seu objeto, as investigações internas podem versar sobre (i) ilícitos penais; (ii) ilícitos extrapenais (administrativos, trabalhistas, proteção de dados, antitruste, concorrência desleal, propriedade intelectual, etc.); (iii) ilícitos sobre descumprimentos contratuais” (ALBUQUERQUE, 2017, p. 98).

Da mesma forma em relação às sanções, as quais devem ser previamente estabelecidas, variando proporcionalmente à gravidade da irregularidade praticada (advertência, multa, suspensão da atividade ou, até mesmo, demissão por justa causa, nos termos do artigo 474 e 482, alínea “b”, da Consolidação das Leis do Trabalho).

De mais a mais, tem-se, também, a necessidade do monitoramento, análise e revisão constante do programa, o que pode ser feito internamente ou por auditoria externa e independente, a fim de ser verificada a efetividade dele e a existência de eventuais falhas, quanto à detecção de riscos nos controles internos, sempre tentando melhorar a sua eficácia.

Os programas de *compliance* são procedimentos dinâmicos e, por isso, sujeitos a frequentes modificações para a sua melhoria; contudo, não se pode desconsiderar que são estruturados e destinados à observância pelos seres humanos, passíveis de erros e imperfeições, o que implicará sempre a possibilidade da ocorrência de infrações, por melhor e mais bem construído que ele seja.

Assim sendo, afigurando-se impossível eliminar totalmente o risco de infrações, a eficácia do programa não pode estar vinculada, única e exclusivamente, à inocorrência de comportamentos desviantes (não conformes), mas a outros fatores, os quais repercutirão, também, sobre a responsabilidade penal da pessoa física.

2.3 OS PROGRAMAS DE CRIMINAL COMPLIANCE E SEUS REFLEXOS SOBRE A DOGMÁTICA JURÍDICA

Diante desse cenário de autorregulação regulada, identifica-se um recrudescimento da normatividade infralegal, a chamada *soft law*, sobretudo no âmbito das agências estatais de regulamentação e vigilância de determinadas atividades, afligindo essencialmente o setor empresarial privado.

Ocorre que se faz necessário adequar a dogmática jurídica às novas demandas do controle social no ritmo preciso para salvaguardar as garantias do cidadão contra as intervenções do Estado, o que é ainda mais complexo em relação à tutela penal de bens jurídicos protegidos. A consequência imediata na inobservância desse cuidado é o descompasso entre as categorias da dogmática jurídica e as formas de responsabilização penal presentes nesses diplomas legais “inovadores”.

Nesse sentido, afirma Souza (2007, p. 176) que “a expansão da intervenção penal de forma emergencial, simbólica e atécnica – com frágeis modelos de tipificação – leva à sua deslegitimação cotidiana, o que somente poderá ser corrigido com a superação de metodologias e concepções ultrapassadas, inábeis para sua eficaz compreensão e aplicação”.

A recente expansão da tutela penal é, inegavelmente, uma tendência em todo mundo e reproduz características semelhantes nos diversos ordenamentos jurídicos que a assimilam em sua política criminal, independentemente da tradição jurídica que sigam. Um dos elementos centrais é a tendente transferência de uma parte significativa da tutela dos bens jurídicos coletivos ao setor privado, porquanto nesse âmbito há grande incidência das práticas delituosas que afetam as relações socioeconômicas.

Um dos elementos mais peculiares aos atuais sistemas normativos de tutela penal de bens jurídicos é a prescrição de deveres legais destinados a setores específicos, mormente aqueles nos quais se identifica uma maior vulnerabilidade às práticas criminosas. Com efeito, a lei penal, para além de suas normas incriminadoras, passa a estabelecer um sistema de controle da atividade considerada de risco para bens jurídicos que tutela diretamente, consubstanciado, essencialmente, tal controle por *deveres jurídicos*, os quais implicam seus destinatários a adotar medidas preventivas em relação à atividade que desenvolvem⁴⁷. Ao descumprimento dessas

⁴⁷ Beck (2011, p. 10), tratando da demasiada ingerência da esfera pública e política na atividade empresarial, ante o pretexto de combater as “causas” do risco, explicita: “aquilo que até a pouco *era tido por apolítico torna-se político – o combate às ‘causas’ no próprio processo de industrialização*. Subitamente, a esfera pública e a política passam a reger na intimidade do gerenciamento empresarial – no planejamento de produtos, na equipagem técnica etc. Torna-se exemplarmente claro, nesse caso, do que realmente se trata a disputa definitiva em torno dos riscos: não apenas

normas de conduta são culminadas sanções de caráter administrativo, que variam entre a aplicação de multas pecuniárias e restrições à atividade empresarial, podendo alcançar tanto as pessoas jurídicas quanto os seus gestores.

O elemento “inovativo” dessa política legislativa fica a cabo das figuras normativas *incriminadoras* fundadas em *infração de dever legal*, tipificando condutas omissivas das obrigações de cuidado engendradas tanto pela lei penal quanto por normas jurídicas de hierarquia inferior. Essas normas penais são características dos ordenamentos jurídicos de tradição anglo-saxônica, muito em função do relevante papel prestado pela jurisprudência para a consolidação das circunstâncias fundamentadoras da responsabilidade penal por infração de dever, aspecto esse que em nada tem obstado o seu aparecimento em sistemas eminentemente romano-germânicos, conforme se analisará em relação ao ordenamento brasileiro.

É nota marcante disso, por exemplo, a alteração legislativa promovida sobre a Lei de “Lavagem” de Dinheiro, em que há a inclusão de um sistema de *deveres jurídicos*⁴⁸ que pretende prevenir a exposição da ordem econômica, sobretudo no âmbito das

dos problemas na saúde resultantes para a natureza e o ser humano, mas dos *efeitos colaterais sociais, econômicos e políticos desses efeitos colaterais*: perdas de mercado, depreciação do capital, controles burocráticos das decisões empresariais, aberturas de novos mercados, custos astronômicos, procedimentos judiciais, perda de prestígio”.

⁴⁸ “Cf. Art. 10 – As pessoas referidas no art. 9º: I – identificarão seus clientes e manterão cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes; II – manterão registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas; III – deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012); IV – deverão cadastrar-se e manter seu cadastro atualizado no órgão regulador ou fiscalizador e, na falta deste, no Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), na forma e condições por eles estabelecidas (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012); V – deverão atender às requisições formuladas pelo Coaf na periodicidade, forma e condições por ele estabelecidas, cabendo-lhe preservar, nos termos da lei, o sigilo das informações prestadas (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012)”. E cf. “Art. 11 – As pessoas referidas no art. 9º: I – dispensarão especial atenção às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos nesta Lei, ou com eles relacionar-se; II – deverão comunicar ao Coaf, abstendo-se de dar ciência de tal ato a qualquer pessoa, inclusive àquela à qual se refira a informação, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a proposta ou realização (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012): a) de todas as transações referidas no inciso II do art. 10, acompanhadas da identificação de que trata o inciso I do mencionado artigo (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012); e b) das operações referidas no inciso I (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012); III – deverão comunicar ao órgão regulador ou fiscalizador da sua atividade ou, na sua falta, ao Coaf, na periodicidade, forma e condições por eles estabelecidas, a não ocorrência de propostas, transações ou operações passíveis de serem comunicadas nos termos do inciso II (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012)”.

práticas financeiras do setor privado, não à toa implicando expressamente seus agentes.

Dois são os aspectos a se destacar sobre a implicação dessas obrigações legais para o sistema de responsabilização penal dos agentes privados.

O primeiro deles diz respeito ao conteúdo dos deveres jurídicos acrescentados à Lei de “Lavagem” de Dinheiro. Nesse sentido, é notória a *positivação* daquilo que fora compreendido ao longo dos anos anteriores como fatores de risco às relações socioeconômicas no âmbito das atividades financeiras do setor privado, na medida em que os deveres jurídicos traduzem um controle direto dessas pela pretensão de prevenir – e que, por seu intermédio, se pratiquem as empreitadas delituosas que afligem a ordem econômica do país, a exemplo do branqueamento de capitais.

Com efeito, são previstas, por exemplo, a adoção de políticas administrativas que visam a prevenir que as atividades financeiras sejam vertidas em espécies das tipologias do branqueamento de capitais. Tais (im)posições político-criminais trazem ao cenário socioeconômico do país práticas há muito comuns no resto do globo, como a política do *know your costumer* e a administração de banco de dados relativos às atividades financeiras executadas. Impende salientar que a modificação legislativa de 2012 ampliou o rol de destinatários desses deveres legais, alcançando especialmente setores da economia privada, em especial, as atividades empresariais.

Em segundo aspecto, nota-se que o sistema normativo de deveres jurídicos tem por característica marcante a aptidão para fazer incidir sobre as finalidades de sua aplicação o conteúdo dos microssistemas regulatórios das atividades (conforme já destacado, a *soft law*). Nessa senda, concorrem para integrar o sentido das normas jurídicas, por exemplo, conceitos estabelecidos por outras espécies normativas (portarias, circulares etc.) do Banco Central, Receita Federal, Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), Agências Reguladoras etc.

Para além de uma função, por assim dizer, integradora do sistema de prevenção legal, os microssistemas passaram a cumprir um papel relevante frente às

responsabilizações penais. Por exemplo, em vista da dificuldade de se perquirir a origem da atividade criminosa em meio a práticas econômicas habituais, a inobservância dos procedimentos preventivos estabelecidos pelos órgãos fiscalizatórios, que já servira de ensejo para as sanções administrativas, passou a ser interpretada como penalmente relevante. Quer-se dizer, a omissão quanto ao cumprimento dos procedimentos preventivos denota uma postura imprudente na condução dos negócios, passando assim a fundamentar, já no espectro jurídico, a criação de um risco não permitido e, autorizando, conseqüentemente, a atribuição de um ânimo de indiferença quanto à possibilidade de se expor os bens jurídicos tutelados pelas leis penais.

O cenário das hipóteses de infração de dever jurídico, portanto, inaugura – senão consolida – a responsabilidade penal por omissão de cautela na forma de gerir a empresa. Isso porque, essencialmente, com os sistemas normativos de prevenção estabelecidos, tanto na *hard law* quanto na *soft law*, deslocam-se os *players* (diretores, administradores, gerentes etc.) para uma posição de corresponsáveis pela estabilidade da ordem econômica, política e social, verdadeiros *garantes legais* de bens jurídicos coletivos.

Nesse sentido, respalda-se a aferição de culpabilidade de pessoas jurídicas e físicas, quando a atividade financeira que exploram regularmente servir de campo para os empreendimentos ilícitos de qualquer espécie, ainda que não seja essa a pretensão de dirigentes e seus subordinados, mas de agentes que possam deter o domínio sobre a possibilidade de imiscuir objetivos ilícitos alheios em meio à atividade empresarial.

Nesse caminhar já se via a dogmática jurídico-penal afligida por suas mazelas históricas, no que a disciplina dos crimes comissivos por omissão já compunha um vistoso “muro das lamentações” – ponto de encontro de teóricos ao redor do mundo. É de se perceber, portanto, uma certa insensibilidade na introdução das hipóteses de responsabilidade penal por omissão de dever jurídico, especialmente em relação às garantias fundamentais pelas quais também deve prezar o Direito Penal. Como resultado, a tendência verificável na atual jurisprudência corrobora as teses do

garantidor legal, atribuída aos agentes que ocupam funções diretivas nas pessoas jurídicas de Direito Privado, com base no art. 13, § 2º, “a”, do Código Penal⁴⁹.

De outro lado, especialmente em relação às pessoas jurídicas, a Lei Anticorrupção, de exímio caráter simbólico⁵⁰, torna a (imposta) tutela dos bens jurídicos supraindividuais ou coletivos um verdadeiro objetivo em paralelo às finalidades da atividade empresarial. Desde logo impressiona o quanto se quer transferir ao setor empresarial privado a tutela que originalmente incumbe ao Estado, na medida em que o diploma se dedica à “responsabilização *objetiva* administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a *administração pública, nacional ou estrangeira*” (cf. art. 1º).

Assim, condutas que, sem embargo da referida “inovação”, já compunham o núcleo de tipos penais autônomos, agora, também, podem ensejar a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, em âmbito administrativo e cível, independentemente da responsabilização dos indivíduos eventualmente implicados (cf. art. 3º).

Conforme se demonstrará adiante, a pretensão punitiva “combustível” dos veículos legais destacados põe o controle social penal em ritmo que não se ajusta ao desenvolvimento sóbrio das categorias dogmáticas do Direito e do Processo Penal. Via de consequência, os modelos de imputação não guardam coerência sistêmica e tendem a gerar entendimentos díspares. Assim se encontra, hoje, a responsabilização penal da pessoa jurídica e sua relação com a responsabilidade individual de seus dirigentes e subordinados destes.

⁴⁹ Cf. “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. § 2º – A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984): a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância [...]”.

⁵⁰ A respeito do chamado “direito penal simbólico”, apregoa Roxin (2006, p. 33): “este termo é usado para caracterizar dispositivos penais que não geram, primariamente, efeitos protetivos concretos, mas que devem servir à manifestação de grupos políticos ou ideológicos, através da declaração de determinados valores ou o repúdio a atitudes consideradas lesivas. Comumente, não se almeja mais acalmar os eleitores, dando-se, através de leis previsivelmente ineficazes, a impressão de que está fazendo algo para combater ações e situações indesejadas”.

2.4 O ATUAL FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE PENAL DOS DIRIGENTES EMPRESARIAIS

A definição do *risco* é, desse modo, etapa precípua para a organização político-criminal em torno do controle social. Em paráfrase a Beck (2011, p. 28), seu *potencial político*, conforme destacado, traduz-se em *potencial político das catástrofes*, de modo que “sua prevenção e seu manejo podem acabar envolvendo uma reorganização do poder e da responsabilidade. A sociedade de risco é uma sociedade catastrófica. Nela, o estado de exceção ameaça converter-se em normalidade”.

No cenário brasileiro, as citadas Lei Anticorrupção e Lei de “Lavagem” de Dinheiro em sua nova disciplina são as referências legais da política criminal de proteção da ordem econômica no país. São por tudo isso as notas marcantes do recente expansionismo penal no exercício da tutela jurídica da ordem econômica e outros bens coletivos; soluções propostas pelo legislador para aplacar as crises próprias e frear os efeitos daquelas que eventualmente aqui aportem.

Esses dois diplomas legais tiveram o condão de estabelecer não apenas um sistema normativo de prevenção de riscos em torno dos bens jurídicos que visam a proteger, como, em verdade, inauguraram uma nova disciplina jurídico-normativa nas responsabilizações penais, contudo, não em consonância com os paradigmas dogmáticos da ciência penal.

Com efeito, ampliou-se significativamente o âmbito de responsabilidade penal dos agentes, sejam pessoas físicas ou jurídicas, a partir de novos modelos de imputação de normas sancionatórias, responsabilizando-se o descumprimento do sistema preventivo que estabelecem. São essas duas Leis que melhor ilustram o novo modelo de política criminal pretendido pelo Estado, pelo qual se quer que uma parte da tutela jurídica dos bens coletivos seja proporcionada pelo próprio setor privado, visto que a atividade empresarial em grande parte deve passar a ser executada em conformidade com o sistema preventivo contido nessas Leis, podendo a omissão redundar em responsabilidade jurídica.

Na medida em que se foi identificando riscos penalmente tuteláveis na atividade empresarial cogitava-se, concomitantemente, a respeito da responsabilidade dos seus dirigentes. Já ao seu tempo, Bacigalupo (2011, p. 17-18), em análise desse cenário, apontava para o crescente discurso sobre

[...] um aumento de responsabilidade normativa para as empresas e seus dirigentes: no futuro prognosticado aumentarão os subsistemas normativos gerados por reguladores, e isso dará lugar a um número não irrelevante de normas cujo cumprimento se assegurará mediante a ameaça de sanções (administrativas e penais), que se somarão às, não poucas, já existentes.

Com efeito, na marcha de expansão da tutela penal sobre as atividades empresariais, a mudança na percepção do risco representado nestas fez incidir, em proporção semelhante, um aumento no nível de responsabilidade atribuída aos agentes empresários. De mesma maneira em que se foi (atropeladamente) retomando as reflexões sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas – não mais atrelada exclusivamente aos crimes ambientais – para propositadamente tornar as suas atividades (mais que nunca) penalmente relevantes, também os gestores empresariais foram gradativamente açambarcados pelos “avanços” da legislação penal e seus modelos de imputação.

A pretensão de explorar uma atividade econômica ora vista como relevante fonte de perigo para bens jurídicos penalmente tutelados passa a ter por ônus o dever de observância do sistema de prevenção de danos apregoado pelo Estado em sua política criminal. Mais que isso, trata-se novamente de reflexo de uma metodologia de controle social que (porquanto falida) pretende transferir uma parcela significativa da tutela penal dos bens jurídicos importantes para o âmbito privado.

Reportando-se da Alemanha, Roxin (2015, p. 1026) alerta para a crescente percepção dos perigos envoltos à atividade empresarial e que podem “conduzir à lesão de bens jurídicos”, “por isso é que as empresas são consideradas, na literatura alemã, como fontes de perigo”. Conforme a autora, a jurisprudência de seu país aborda a responsabilidade do administrador da empresa desde a perspectiva do *administrador do negócio*, sendo certo que a vagueza conceitual (a mesma que aportou em solo brasileiro) dos termos sob os quais são apresentados os

pressupostos da imputação desses agentes resulta numa fundamentação jurídica pouco rigorosa.

Nesse sentido, as teses atuais que fundamentam as responsabilidades dos dirigentes empresariais reúnem enquanto pressupostos (ROXIN, 2015, p. 1029-1030): (a) relação de subordinação e autoridade interna na empresa; (b) domínio sobre a empresa como fonte de perigo em relação ao poder organizacional do administrador do negócio; (c) ingerência; (d) e dever de vigilância da empresa como fonte de perigo.

A tendência é, desse modo, corroborar definitivamente a responsabilidade dos dirigentes empresariais para fins de imputação penal, fundamentalmente sob o prisma do *risco* que representa a atividade explorada para a tutela de bens jurídicos supraindividuais. Passo assim dado, interessa, então, perquirir-se a extensão dessa responsabilidade penal e definir rigorosamente os seus pressupostos jurídico-dogmáticos. Pode-se facilmente imaginar que o aprimoramento desses pilares teóricos requer um cuidado distinto, bem como as potenciais interferências advindas de um cenário de “crise institucional” e de clamor generalizado por controle de uma criminalidade de “colarinho branco”.

No “Caso Mensalão” (cf. Ação Penal nº 470, que tramitou perante o Supremo Tribunal Federal), como ponto de partida para a análise da responsabilidade penal dos dirigentes da empresa, Saad-Diniz (2013, p. 155) aponta condenações fundadas na relevância penal de transações financeiras facilitadas por instituições bancárias, nas quais o resultado (dano à sociedade) advém do desvio de recursos públicos malversado em interesses privados. Os esquemas de manipulação de informações prestadas aos órgãos fiscalizadores da atividade econômica, além de vínculos com *offshores* e paraísos fiscais, denotavam o caráter suspeito das operações financeiras, comprovando-se, ao longo da instrução processual, que se tratava de branqueamento de capitais.

Nesse sentido os dirigentes das empresas bancárias, por exemplo, concorriam para o resultado típico na medida em que descumpriam seu dever de proteção de bens

jurídicos sensíveis à respectiva atividade econômica, consistente sobretudo na observância dos procedimentos preventivos presentes em lei e em regulamentos esparsos. Com efeito,

[...] sucederam-se as condenações dos dirigentes do “núcleo financeiro, recorrendo à figura equiparada do art. 12 da antiga Lei 9.613/1998 [LLD]. Admitiu-se com isso a caracterização da conduta típica de lavagem de dinheiro, estendendo a relevância penal a situações de mero descumprimento de obrigações de caráter administrativo (SAAD-DINIZ, 2013, p. 155).

Em síntese, a jurisprudência consolidada a partir do “Caso Mensalão” firmou a responsabilização penal pelo *non-compliance*, na qual as teses de imputação dos tipos penais, ainda que núcleo comissivo, fundamentam-se no descumprimento de micro sistemas normativos que pretendem prevenir a exposição de bens jurídicos coletivos, derivada de atividades empresariais consideradas de risco⁵¹.

É interessante notar que a técnica empregada nessa recente forma de regulação, pelo Estado, sobre os particulares, combina normas de “dever-ser” comportamental de mais de uma natureza jurídica. Com efeito, para além de deveres jurídicos – com possíveis conseqüentes penais – expressos em diplomas legislativos (a chamada *hard law*), prescrevem-se, também, mandamentos administrativos, oriundos das instâncias fiscalizatórias incumbidas de regulamentar e intervir, em nome do Estado, sobre âmbitos específicos da economia.

Desse modo, ainda que não da maneira ideal, a cultura do *compliance* corporativo aportou em definitivo no cenário nacional. Conforme se demonstrará ao longo deste estudo, os programas de *criminal compliance* têm papel fundamental na aferição das responsabilidades penais: (i) para estabelecer os procedimentos de prevenção de risco na execução da atividade empresarial, assim conferindo a esta conformidade legal; (ii) para, mesmo nas hipóteses de resultado danoso, balizar eficazmente o grau de culpabilidade dos agentes, evitando com isso as responsabilizações infundadas de pessoas físicas – como dos dirigentes – e da própria pessoa jurídica.

⁵¹ Saad-Diniz (2013, p. 161) assim se posiciona: “basicamente, houve uma subsunção automática na qual a violação do dever de informar as operações suspeitas determinava a condenação, pela qual o descumprimento de deveres (*non-compliance*) seria incriminado”.

2.5 OS PROGRAMAS DE CRIMINAL COMPLIANCE COMO FATOR DE PREVENÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL NO ÂMBITO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL

Resultado também da expansão penal sobre o Direito Econômico, a autorregulação empresarial parece entronizada em definitivo na cultura corporativa do país, especialmente sob a forma dos programas de *criminal compliance*. Não mais se olvida da necessidade, no âmbito da atividade empresarial econômica, de uma função especializada em paralelo voltada à identificação e à prevenção de riscos. Com isso, ganham os microssistemas normativos privados uma relevância que não pode ser ignorada para fins de responsabilização criminal.

Conforme destacam Silveira e Saad-Diniz (2015), os *programas de compliance*, em sua tradição estadunidense, engendram uma plêiade de possibilidades funcionais, para além da avaliação de responsabilidades empresariais, todas com o objetivo precípua de evidenciar um caráter preventivo ao cometimento de crimes. Referem os autores que, no âmago das culturas de autorregulação empresarial, está a proposta, a ideia de uma *responsabilidade social* das empresas, no sentido de evitar a intervenção estatal a partir de uma correção das premissas político-criminais apregoadas em seus mandamentos normativos.

Como já mencionado, pelo menos dois aspectos do controle social sobre a atividade empresarial na última década permitem afirmar mais do que um estímulo à autorregulação privada: uma efetiva transferência do dever de tutela dos bens jurídicos coletivos envoltos às relações socioeconômicas.

Um deles está nos sistemas normativos de prevenção a crimes econômicos, como já destacado. De um lado, diversas são as recomendações para a adoção de medidas que implicam a autorregulação da atividade empresarial, tanto na Lei de “Lavagem” de Dinheiro⁵², quanto na Lei Anticorrupção⁵³, por exemplo. De outro lado, tem-se a

⁵² Em razão da norma contida no art. 10, III, da LLD, os destinatários diretos do sistema legal de prevenção, notadamente aqueles referidos no art. 9º da mesma lei, “deverão adotar políticas,

imposição de deveres jurídicos dos quais não podem os agentes empresariais se abster em cumprir, sob pena de sanções, emanando tanto dos diplomas legais quanto de normas infralegais.

O segundo aspecto se verifica na jurisprudência consolidada desde o “Caso Mensalão”, no sentido de que os microssistemas privados de correção da política criminal preventiva são balizadores decisivos da responsabilidade penal.

Esta interpretação automática “infração de dever = prática de delito” se confirmou não apenas nas condenações, mas também nas absolvições. As teses de defesa ocuparam-se de demonstrar a “ausência de irregularidades” nos programas de *compliance* e a simples inexistência de dever de comunicar fundamentou as absolvições no julgamento da APn 470/MG [...] (SAAD-DINIZ, 2013, p. 161).

Conforme se recrudescera o discurso punitivista das práticas empresariais antiéticas, especialmente com novas evidências da perpetuação da “degeneração moral” que acomete as relações público-privadas nos últimos anos, não é à toa que, atualmente, a implementação do *compliance* corporativo segue uma preocupação precípua:

A meta de um *compliance program* mostra-se, claramente, que se deve individualizar a complexidade da empresa, verificando-se as bases normativas solicitadas pelo Estado conforme seja o campo de atuação a sofrer uma autorregulação regulada. A partir de então passa-se a pretensão do sopesamento das questões de responsabilidade pelo eventual *non compliance*, ou seja, pelo não cumprimento dos deveres de vigilância (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 128).

Dessa compreensão, chega-se à necessidade de aprimoramento das categorias teóricas das ciências penais. Ora, de nada adiantará a mais moderna técnica de gestão empresarial, voltada para a prevenção de riscos, se isso não encontrar aporte adequado nas fundamentações teóricas das responsabilidades penais. Deve(ria), portanto, o mesmo Estado que incentiva (senão coage) os agentes

procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes”.

⁵³ Conforme se depreende do art. 7º, VIII, a autorregulação é fator relevante para a apuração de irregularidades e aplicação das sanções previstas nesse diploma legal, vez que a tal propósito dispõe sobre “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”.

privados a aderirem a sua política criminal, prezar pelo desenvolvimento consonante das suas premissas de intervenção na esfera dos particulares.

Neste sentido, quer-se imputar ao administrador de empresa uma função de *garante legal* dos bens jurídicos sensíveis à atividade empresarial que explora, fundada essencialmente nos deveres jurídicos de natureza preventiva que, como já exposto, estão estabelecidos tanto em *hard* como em *soft law*. Desse modo, interessa perquirir as bases teóricas dessa figura de garantidor, bem como as circunstâncias em que ela é fundamentada de forma legítima, isto é, sem a constrição de garantias individuais por efeito colateral.

De outro lado, essencial se mostra também a análise da natureza jurídica das normas impositivas do até aqui ilustrado *standard* de administração empresarial que preconiza a aludida política criminal, especialmente para fins de aplicação das leis penais.

Em ambas as vertentes, conforme se desenvolverá a seguir, os programas de *criminal compliance* auxiliam no delineamento das esferas de autorresponsabilidade de gestores e subordinados, delimitando o grau de comprometimento e responsabilidade de cada um em relação às funções exercidas na atividade empresarial, e, sobretudo, no quanto estão graduadas pelo risco verificado aos bens jurídicos penalmente tutelados. Ademais, os microssistemas de autorregulação permitem efetivar, sob as especificidades do empreendimento, os *standards* comportamentais emanados dos sistemas legais de prevenção, preestabelecendo quais condutas devem ser praticadas ou omitidas no intuito de evitar a criação ou o incremento de riscos não permitidos.

3 OMISSÃO IMPRÓPRIA DO DIRIGENTE EMPRESARIAL: PRESSUPOSTOS DE VALIDADE E LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DE DEVER JURÍDICO PENALMENTE RELEVANTE

Far-se-á uma análise acerca das teorias dos crimes omissivos e o entendimento jurisprudencial quanto a responsabilização penal dos dirigentes empresariais por omissão de dever jurídico.

3.1 TEORIA DOS CRIMES OMISSIVOS E RESPONSABILIDADE PENAL DO DIRIGENTE EMPRESARIAL: DELIMITAÇÃO CRÍTICA DO OBJETO DE INVESTIGAÇÃO

Para melhor entender o *porquê* de olhares político-criminais terem se voltado na última década especialmente sobre as atividades socioeconômicas do setor privado, é necessário um recurso de dogmática jurídico-penal que permita verificar o que, de fato, tem “autorizado” a efetivação do controle penal sobre pessoas físicas e jurídicas desse seio.

Por isso se quer aduzir – mesmo sabendo tratar-se de uma obstinação, muito mais política que de cunho científico, de extirpar das estruturas socioeconômicas a odiosa ética pela qual se guiam as mais atuais formas de criminalidade – que toda pretensão de controle social necessita de um referencial discursivo que se mostre minimamente racional. Em outros termos, a tarefa de incutir um maior rigor na intervenção estatal sobre o âmbito das relações privadas não pode prescindir de um fundamento de legitimação, desde a concepção dos instrumentos de controle até às ações efetivamente levadas à termo.

Em primeiro plano, as fundações discursivas devem se mostrar racionais ou, em paráfrase a Zaffaroni (2001, p. 12-19), o controle social se traduzirá em mero exercício de poder, carecendo, assim, da legitimação dos seus destinatários. Por

racionalidade, entende-se a coerência interna dos elementos que constituem o discurso, isto é, a inexistência de aspectos antinômicos, bem como sua adequação à “ordem” discursiva já estabelecida.

Em segundo plano, e agora conduzindo a reflexão sob notas práticas, o discurso de política criminal, o qual irá estabelecer as diretrizes de atuação do Estado no controle da criminalidade, deve assim demonstrar-se racional para ser legítimo – ou mesmo suportável por aqueles que o elegem como destinatários das suas ações. Nesse sentido, o objeto dessa aferição de legitimidade são exatamente os discursos em que afloram essa pretensão de racionalidade inculcada ao exercício do controle social: dos diplomas normativos em abstrato ao que efetivamente é praticado pelas agências estatais, e que se traduz, enfim, na imposição da lei penal.

O motivo, então, de se estudar a *teoria dos crimes omissivos* aqui desponta exatamente pelo quanto isso permitirá a avaliação do grau de racionalidade dos discursos estatais de controle social na última década. Isso porque se encontra no Direito, finalmente, aquele referencial valorativo ou, preferindo, “ordem” discursiva preestabelecida. Com efeito, é preciso, assim, que as práticas de controle das relações sociais, por parte do Estado, estejam pautadas pelos elementos axiológicos em que esse mesmo se funda; sem tal verificação positiva não há, portanto, racionalidade no discurso, seja aquele presente no diploma legal ou na sentença condenatória.

O que se nota em relação às responsabilizações penais no âmbito das atividades empresariais privadas, todavia, é uma veemente primazia do discurso político-criminal em detrimento dos discursos teóricos que compõem a dogmática jurídica. Ora, a adequação das ações de controle social – isto é, das atividades de criminalização primária e secundária de condutas e de indivíduos – aos valores assim determinados (pelos mesmos propaladores dos discursos de política criminal expansionista) como de mais alta relevância para a preservação das estruturas socioeconômicas do país parece substituir a necessidade de adequação àquilo que se refere pelo espectro dogmático como sendo a *legalidade* e o conjunto de garantias essenciais contra a intervenção do Estado que desta se refletem.

Pelas lentes do Direito se pode perceber, destarte, que da sobreposição da ordem *moral*, artificialmente formada por expedientes de retórica discursiva (o sobrestamento de valores emergenciais, ou o “quem não quer o fim da corrupção?”), advém a legitimidade necessária ao controle social, pois a racionalidade se verifica não pelo parâmetro teórico que inspira o valor da *legalidade*, mas pela métrica das necessidades sociais mais urgentes, assim, aquelas eleitas pelo mesmo processo por meio do qual são determinados os *riscos* que afligem o tecido social.

Nesse sentido, Tavares (2002, p. 162-163) ressalta que “a garantia e o exercício da liberdade individual não necessitam de qualquer legitimação”, pois que esta “decorre necessariamente do direito à vida e está consagrada nos pactos internacionais e nas constituições democráticas”. O autor, com apoio no pensamento de John Mackie, afirma, também, no mesmo sentido, que “a intervenção, ainda que não possa se autolegitimar, só pode ser admitida se fundamentalmente necessária para garantir o pleno exercício da liberdade individual”.

Ao tratar da *teoria dos crimes omissivos*, ver-se-á, a partir da perspectiva dogmática, o expediente de substituição de paradigma valorativo, proposto exatamente pelo “estímulo zetético” dos discursos político-criminais tendentes à expansão do Direito Penal em *prima ratio*. Nesse sentido, o controle penal pautado pelo referente teórico da *lesão de direito subjetivo* cede vez à *responsabilidade decorrente do resultado produzido*. Com efeito, surge especialmente em ordenamentos jurídicos de tradição da *common law* cada vez mais elaborados modelos de imputação de condutas típicas fundados não exatamente na lesão direta que essas representam aos bens jurídicos, mas, sobretudo, pelo quanto os expõem ao *risco* disso, em razão do que a responsabilidade penal se assenta no inadimplemento do dever atribuído de evitar o resultado típico.

A figura da *omissão imprópria* ganha azo na medida em que a orientação estabelecida, inclusive nos diplomas legais, é no sentido de transferir parte da tutela dos bens jurídicos aos indivíduos, especialmente em caráter preventivo. Conforme referido anteriormente, já se faz entendimento consolidado na possibilidade de imputação de tipos originalmente comissivos por condutas *omissivas*, encontrando-

se na figura do *dever jurídico* a “autorização teórica” para assim proceder ao longo dos expedientes de imposição da lei penal que ditam o alinhavar do controle social exercido pelo Estado.

O que impende destacar, entretanto, é que o estudo das omissões no Direito Penal não é nenhuma realidade nova, por óbvio, mas a atenção que se lhe deve reflete-se justamente pelo quanto o seu desenvolvimento é influenciado pelas orientações político-criminais em momentos históricos destacados. Notadamente, pode-se verificar que o desenvolvimento teórico das omissões se torna mais latente quando a sua *equiparação à comissão* é inicialmente pautada por fins de controle social.

Essa mudança de estrutura pode parecer como se fora uma evolução natural da dogmática, mas, na verdade, ela *deriva de uma alteração de rumos no âmbito da política criminal*. Os preceitos da liberdade de contratar, que serviam de base para eliminar os resquícios do Estado feudal e assegurar a livre concorrência, cedem terreno para os fins próprios da produção industrial. Da mesma forma, a pena que tinha uma natureza puramente compensatória – valia como restauração do direito – se vincula a um fim preventivo. Diante desse quadro, era compreensível que o direito penal se transformasse para admitir, primeiramente, uma nítida separação entre ação e resultado, e, depois, que esse resultado, que correspondia a uma lesão de bem jurídico, também pudesse ser produzido por omissão. *Isso conduz ao fortalecimento das bases normativas para justificar a responsabilidade pelo resultado e, conseqüentemente, ao incremento dos delitos que incorporam violações de proibições e deveres* (TAVARES, 2012, p. 38, grifos nossos).

Traçando-se um paralelo histórico entre a evolução da dogmática dos crimes omissivos e os paradigmas ideológicos de política criminal – comumente reproduzidos dos países “centrais” pelas regiões periféricas, a exemplo da América Latina nas últimas décadas –, é possível aferir uma correlação de valores positivados em ambas as instâncias, ao menos no que tange à categoria das *omissões impróprias* e, conforme se verá adiante, da figura do *garantidor legal*.

Na lição de Tavares (2012, p. 39), três são os momentos históricos essenciais da evolução política do século XX em que se identifica um maior incremento na teoria dos delitos omissivos: a instituição do Estado Social; a falência do modelo social; e a *globalização*. O que interessa a esta análise, em primeiro lugar, é identificar o momento em que se conferem os contornos definitivos do paradigma teórico mais atual das figuras omissivas, qual seja, aquele em que o manejo das suas premissas

dogmáticas faz a categoria jurídica do *delito* refletir uma infração a deveres, e não uma lesão ou exposição de bens jurídicos a perigo – concepção essa primeira de caráter contratualista, na qual o Estado é detentor de um verdadeiro *direito de punir* ao qual correspondem *obrigações* exigíveis aos cidadãos (TAVARES, 2002, p. 162).

Em razão desse critério, dar-se-á ênfase exatamente a este momento mais recente da História, em que os ideais da *globalização*, especialmente aqueles de cunho econômico, despontam enquanto vetores políticos a ponto de orientar a própria atividade de controle social.

Nesse sentido, aponta Tavares (2012, p. 41-42) que desde a derrocada do Estado Social às primícias da estrutura político-social globalizada, nota-se o aporte dos *deveres de organização* na produção legislativa, “sem se tomar em conta se tais deveres podem ou não ser cumpridos e se são ou não compatíveis e adequados aos fins de política criminal que o Estado quer perseguir”. Afere, ainda, que, com o propósito de atender à política, “elabora-se, então, o respectivo arsenal teórico que lhe corresponde”⁵⁴. Numa escala progressiva, o modelo econômico e político alavancado pelo movimento de globalização – traçado sobremodo pelos países “centrais”, isto é, aqueles mais desenvolvidos na segunda metade do século XX, e imposto ao que por esse critério se reputa região “periférica” do globo – tem por consequência algo de bem definido sobre o controle social: “reger ou até mesmo substituir a legislação nacional pelos preceitos regulamentares das grandes empresas”.

Como bem advertem Silveira e Saad-Diniz (2015, p. 31-33), a relação entre a globalização e a gradativa expansão do Direito Penal em simultâneo não pode ser encarada como meramente acidental. Denota-se a formação de um verdadeiro Direito Penal *transnacional*, o que, desde uma perspectiva crítica, deve ser apurado em seu uso simbólico, porquanto o controle penal no mais das vezes não possui o condão de sanar os problemas que dizem respeito à eventual (des)ordem globalizada das pautas financeiras e ingerências governamentais.

⁵⁴ Para o autor, tem-se, nesse cenário, o ensejo para o desenvolvimento das construções funcionais do delito, inclusive aquelas que representam o paradigma mais radical, como o funcionalismo de Günther Jakobs, ou a proposta normativo-sistêmica de Harro Otto.

Ainda conforme tais lições, desse mesmo contexto geopolítico resulta a consolidação de dois modelos principais de política criminal: de um lado, aquele caracterizado pelo *direito penal do inimigo*, destinado aos que se põem absolutamente alheios à soberania estatal e que, por consequência, são tratados com os maiores rigores da repressão por parte deste; de outro lado, a política criminal marcada pela primazia dos *deveres de organização*, disposta a cingir espaços que dantes não se via afetar, senão sob o Direito Civil, o Direito Administrativo ou o Direito Tributário.

Nessa toada é que se intensifica a multiplicação das figuras típicas omissivas, próprias e impróprias, bem como o manejo das suas categorias teóricas nas leis penais recentes, conforme já se destacou em relação à legislação penal brasileira, voltada ao controle da criminalidade envolta à atividade empresarial. Segundo o aludido autor, fenômenos como esse não se confundem com uma tomada de consciência na atividade legislativa sobre a incrementada complexidade das normas/formas de desvio que ameaçam a paz social.

Sua adoção é uma consequência da falência do Estado social e a sua substituição pelos conglomerados, cujas estruturas passam a servir de modelo para todos os demais setores sociais e econômicos, inclusive para as próprias pessoas individuais [...]. O plano de fidelidade [à organização empresarial], que serve de base aos deveres de organização, também constitui o filão simbólico a fundamentar, em outros termos, as infrações por omissão. O símbolo da fidelidade, que sempre animou as bases da administração pública e de seus intérpretes [...] sedimenta ideologicamente as pretensões criminalizadoras, erigindo, assim, a omissão como o modelo básico de conduta punível (TAVARES, 2002, p. 41-42, grifos nossos).

Focando-se as lentes sobre a atividade econômica do mundo globalizado, aferiu-se que o seu desenvolvimento não está desassociado a uma escala notória de *risco* para os valores sociais tutelados pelo Direito positivo, isto é, o perigo de lesão aos bens jurídicos coletivos, sobretudo. Da chamada do Direito Penal à linha de frente do controle social advém uma necessária reformulação dos seus pilares teóricos como forma de adequar o controle pretendido por intermédio do Direito à orientação basilar desta política criminal globalizada: a prevenção dos riscos inerentes à atividade empresarial.

No plano da *teoria da pena*, a superação dos filtros da *subsidiariedade* e *fragmentariedade* do Direito Penal, a despeito da garantia das liberdades que representam, faz com que as funções da pena sejam repensadas em torno do novo foco de perigo que representam as pessoas jurídicas. Como não podem essas, por óbvio, ser submetidas à privação de liberdade, surge a necessidade de efetivar a sanção penal em sua função de prevenção geral, especialmente.

Daí nenhuma surpresa ao se verificar a concepção ou modificação de diplomas legais no sentido de vivificar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas; tornam-se essas susceptíveis do que se logra serem verdadeiras sanções penais, mormente ostentando natureza pecuniária ou restritiva da atividade empresarial – aparentemente duvidando-se da existência prévia disso em âmbito do Direito Administrativo sancionador. Nesse sentido, têm-se como principais exemplos as sanções prescritas na Lei de Crimes Ambientais, bem como na Lei Anticorrupção (BOTTINI, 2014).

Em outra categoria dogmática, na *teoria da lei penal* vê-se uma intensa atividade legislativa no sentido de editar diplomas com aspectos cada vez mais *híbridos*, agregando o Direito Penal a outras instâncias de controle no Direito, ou mesmo o inverso disso, como já referido.

Essa tendência pressupõe uma reavaliação das *fontes* que informam, sobretudo, o Direito Penal, sendo a mais frequente a adoção de uma extensão semântica dos componentes legais como forma de fundamentar a responsabilidade de natureza penal a partir de elementos teóricos estranhos à lei propriamente penal. Exemplos categóricos dessa prática são os *deveres jurídicos* presentes na Lei de “Lavagem” de Dinheiro, de caráter eminentemente administrativo e que, no entanto, são tornados aptos a informar a *culpabilidade* de agentes para fins penais, sendo, inclusive, suplementados por sistemas normativos infralegais, conforme já exposto⁵⁵.

A nota de destaque das recentes legislações brasileiras é a não multiplicação massiva dos *tipos penais* expressos, a pretexto de evitar uma marca incisivamente

⁵⁵ No sentido da exposição, cf. SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 31-35.

repressiva na política criminal, cedendo vez, destarte, a sistemas normativos de funções primordialmente preventivas em relação à tutela dos bens jurídicos, porém aptos a justamente permitir a tutela em âmbito penal.

A tendência da tutela jurídica preventiva, isto é, “antecipada”, pressupõe, como já explanado, uma atuação coadjuvante do próprio destinatário do controle social, no sentido de autoprevenir a criação ou incremento de risco não permitido na atividade empresarial; de outro lado, faz-se também necessário “flexibilizar” as estruturas teóricas da dogmática jurídico-penal como forma de possibilitar o fundamento e a legitimação da responsabilidade penal e, com isso, evitar que se esvaziem as funções da pena.

Tal flexibilização traduz-se, em verdade, em redução de garantias contra a intervenção estatal, e traz à tona aquele chamado Direito Penal *de duas velocidades*: as figuras típicas não sofrem mutação significativa em seu núcleo, ao passo que os alicerces teóricos para a sua imputação ganham diversos recursos normativos, de modo a possibilitar a responsabilização, a título penal, por condutas então assim *equiparadas* àquelas contidas no núcleo do tipo – isso por razão do *perigo* que representam à tutela penal do bem jurídico.

Assim é que se destaca a efetividade dos programas normativos de prevenção para fins penais, tornando a gerência da atividade empresarial um critério relevante para a tutela da liberdade dos particulares⁵⁶.

Nesse sentido, destaca Buergo (2001, p. 44-45, grifos nossos):

Tal política criminal, en una primera aproximación, se caracterizaría por una tendencia al Derecho penal preventivo con un acentuado adelantamiento de la protección penal [...] la más importante diferencia entre el viejo y el nuevo Derecho preventivo es que el nuevo Derecho penal del controle global protege más bienes y distintos y, además, los protege antes, es decir, em un estadio previo a la lesión del bien jurídico. Por otra parte, tal tendencia preventiva conllevaría una flexibilización de los presupuestos clásicos de

⁵⁶ Pode ser citada como exemplo a figura equiparada ao crime de “lavagem” de dinheiro, prevista no § 2º, I, da lei em comento, e que é advento da modificação legislativa promovida no ano de 2012. Nela, destaca-se a limitação significativa do elemento subjetivo da conduta para a configuração do crime de branqueamento de capitais, pois que o tipo equiparado não mais exige o conhecimento prévio e inequívoco da ilicitude dos bens utilizados na atividade econômica para a realização do crime.

imputación objetivos y subjetivos, así como de principios garantistas propios del Derecho penal de um Estado de derecho.

Finalmente, quando se pensa a respeito da *teoria do crime*, terceiro pilar central em que se desenvolve a dogmática jurídico-penal, é que se encontra o principal e mais problemático “arsenal teórico” que viabiliza a efetivação da política criminal de controle sobre a atividade econômica. Aqui, sobretudo, desponta a valoração da *conduta omissiva* para fins penais, sendo essa categoria dogmática o ponto de convergência de todas as inovações teóricas engendradas nos outros dois âmbitos da ciência penal citados.

Fora tomada, para efeitos de aferição de responsabilidade penal, a conduta omissiva hoje condensada no chamado Direito Penal Econômico. As bases teóricas desse discurso de política criminal pretende transferir ao particular parcela significativa da tutela de bens jurídicos supraindividuais, e, com efeito, torná-lo responsável pela conduta que se oponha à efetividade dos sistemas normativos de prevenção, o que caracteriza, exatamente, a responsabilidade pelo *non compliance*.

Nesse sentido, aduz Saad-Diniz (2013) que, no exemplo da APn 470/MG, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, o entendimento mais frequente fora no sentido de firmar a subsunção automática, na qual a violação de dever jurídico determinava a culpabilidade dos agentes, isto é, a incriminação pelo *non compliance*.

Assim, afere-se que, com a expansão do Direito Penal sobre o âmbito da atividade empresarial, esta ganhou um componente extra no que tange aos riscos da sua exploração: para além de todos os problemas de ordem financeira e administrativa que a ideia do *negócio* pode exprimir, deve-se também atentar para a possibilidade de responsabilidades penais no âmbito corporativo, o que alcança e compromete desde o próprio negócio (das finanças à imagem da empresa no mercado) até os agentes, não apenas aqueles implicados com execução direta da atividade econômica, mas o próprio corpo dirigente, ainda que esse não esteja *a priori* compelido a fazer uso da pessoa jurídica como instrumento para consecução de finalidades ilícitas.

Observe-se que com a incumbência emanada de leis penais e normas infralegais, o dirigente do negócio tem de pensar o desenvolvimento da atividade empresarial pautado na salvaguarda dos bens jurídicos penalmente tutelados que nesse percurso podem se submeter a uma lesão injusta. Afastar-se dessa premissa pode significar desde logo atrair, para si e para o negócio, o controle penal das atividades financeiras que hoje se mostra tão dedicado.

Gerir determinadas atividades empresariais sob a batuta ameaçadora com a qual o Estado rege a sua política de combate aos chamados *crimes de colarinho branco* significa ter sempre em perspectiva que a responsabilidade pela gestão abrange não só a atividade financeira em si, mas toda a organização administrativa sobre a qual ela está assentada, em razão do que impende refletir a respeito da conduta própria e a daqueles indivíduos implicados em todas as etapas do negócio.

Essa mentalidade, por si só, expressa a ilustração do binômio fundamental sobre o qual hoje se assentam os principais modelos de responsabilização penal na criminalidade empresarial: a posição de verdadeiro *garantidor legal* de bens jurídicos coletivos penalmente tutelados na qual quer o atual modelo político-criminal engendrar os agentes econômico-financeiros; de um lado, *garantidor de proteção* desses bens jurídicos contra a exposição a fontes de perigo que determinadas atividades empresariais representam; de outro lado, *garantidor de vigilância* tanto do implemento quanto de fiscalização, no âmbito da empresa, dos sistemas normativos legais e infralegais que visam à prevenção de riscos sobre os bens jurídicos.

Desse modo, a *omissão* quanto a esses deveres de garantidor passa a ser interpretada como penalmente relevante na medida em que se valora negativamente a ausência da conduta preventiva como contribuição causal para a produção do resultado típico. Na perspectiva da culpabilidade individual, mais exatamente a omissão de dever jurídico, é interpretada como assunção do risco de se produzir o resultado proibido, isto é, *dolo eventual* sobre a possibilidade admitida de que o não cumprimento de um dever de prevenção pré-estabelecido pode resultar no êxito da atividade criminosa no âmbito da empresa.

Contudo, é exatamente nesse ponto que não se pode perder de vista a necessidade de preservar outra tutela jurídica, qual seja, a das liberdades individuais. Nesse sentido, olha-se com temor para tais modelos de imputação penal que tendem a tornar as figuras típicas ligadas às atividades socioeconômicas não mais *lesões a bens jurídicos*, mas meras *infrações de dever legal ou infralegal*, a partir das quais se quer fundamentar as responsabilidades penais pelo *não evitar* do resultado típico.

O cuidado com as garantias individuais, nesse momento, torna premente a revisão das categorias teóricas desse modelo de imputação baseado no descumprimento de dever jurídico. Nesse sentido, é preciso pensar a *teoria das omissões* não como um suporte dogmático para a sanha expansionista do Direito Penal na atividade empresarial, mas como alicerce racional que permita balizar a responsabilidade penal na medida da efetiva culpabilidade dos agentes. Diga-se: a teoria das omissões, sobretudo a categoria da *omissão imprópria*, precisa ser desenvolvida no sentido de permitir, sobretudo, que a conduta omissiva seja valorada em razão dos elementos (subjetivos e objetivos) que efetivamente contribuem para a realização do resultado abrangido pelos tipos penais.

Em outros termos, pensa-se que a omissão de dever jurídico não pode ser isoladamente valorada para fins penais, isto é, não se pode fundar a responsabilidade penal tão somente no descumprimento do dever legal ou infralegal *de per se*, sob pena de se criar uma modalidade omissiva “oculta” para cada tipo penal existente, especialmente aqueles em cujo núcleo se apresentam condutas positivas (= comissivas). Com efeito, logo se percebe o quanto tal orientação teórica se mostra ofensiva do princípio garantia da *legalidade*, sobretudo no quanto se refere conseqüência lógica da *taxatividade*.

Nesse sentido, Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 468) sustentam que *não há omissões pré-típicas*, isto é, a valoração da *tipicidade* da conduta tem como referência típica (= conduta proibida) *ações*, as quais são expressas em enunciados proibitivos (*tipos ativos*) e em enunciados preceptivos, estes últimos designados *tipos omissivos*, porquanto descrevem a conduta devida. Logo, “o que se pune é precisamente a conduta que se afasta do devido” – teoria do *aliud agere* ou “agir diverso”.

Ainda, completam os referidos autores, a imputabilidade de tipos omissivos não expressos reflete um sério menosprezo à segurança jurídica, na medida em que sugere a impressão de que o princípio da legalidade possa sofrer significativas exceções. Com efeito, ponderam os autores, em tais hipóteses tende-se a considerar que “praticamente detrás de todos os tipos ativos há uma espécie de ‘falsete’, que é o tipo omissivo equivalente não escrito, que funciona como um tipo aberto e que o juiz tem que fechar, em cada caso, com a norma que coloca o autor na posição de garantidor” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 471).

Desse modo, valorar negativamente uma omissão quanto ao dever jurídico para fins de imputação penal expressa uma sorte de “fraude de etiquetas”, na medida em que a *taxatividade* da lei penal implica primazia do núcleo dos tipos penais: não há possibilidade para a interpretação que pretende estender o alcance semântico da conduta tipificada, sobretudo, quando se tratar de uma figura notadamente *comissiva*.

Ademais, tem-se em vista que o dever jurídico, mesmo aquele cristalizado por lei, não compõe, na perspectiva jurídico-dogmática, um elemento constituinte da *tipicidade* na teoria do crime aqui abordada. Com efeito, aduz Roxin (1997, p. 225-226), ao tratar da relevância do *dever jurídico* na distinção entre *erro sobre elemento do tipo* e *erro de proibição*, não ser correto incorporar o dever jurídico ao *tipo penal* sem nenhuma classe de limitações⁵⁷. Afirmo o autor que somente as *circunstâncias fundamentadoras* do dever jurídico pertencem ao tipo penal, mas não o dever jurídico mesmo. Assim, conclui, as circunstâncias fundamentadoras da *posição de garante* devem ser tratadas como *elementos comuns ao tipo*.

⁵⁷ Na questão de que trata o autor, a falta de critério na incorporação do dever jurídico ao tipo penal torna confusa a valoração sobre elementos do tipo, na medida em que faz coincidir a esses o dever de evitar o resultado típico, quando em verdade somente as circunstâncias fundadoras do dever jurídico pertenceriam ao tipo penal. Como exemplo, ensina Roxin (1997), no caso do pai que se omite diante do filho que se afoga, o que integra a análise da tipicidade da sua conduta não é o dever jurídico (de evitar o resultado *morte*), mas, sim, a circunstância fática (ser pai da vítima), que o torna um garantidor legal. Daí falar-se em *erro de proibição* (e não erro de tipo) na hipótese em que se omite por achar que quem se afoga é pessoa diversa do seu filho.

Ora, se o dever jurídico não integra o tipo penal, a conduta que o contraria não é, *a priori*, conduta típica. Em outras palavras, o atuar em desconformidade a um dever jurídico não é um atuar típico, necessariamente.

Tudo isso exposto, passa-se a um estudo detido, na perspectiva da dogmática jurídico-penal, a respeito dos fundamentos teóricos da responsabilidade penal no âmbito corporativo, especialmente, no quanto importa ao papel destinado aos dirigentes empresariais na tutela dos bens jurídicos coletivos relacionados à ordem socioeconômica.

O ponto de partida é, portanto, a revisão teórica dos elementos atualmente corroborados pela doutrina e jurisprudência pátrias, no sentido de avaliar a pertinência dos institutos jurídicos, na forma pela qual estão estruturados e, especialmente, no que tange à teoria das omissões impróprias, para a aferição racional de culpabilidade por condutas opostas aos deveres de prevenção e controle das fontes de perigo em âmbito das atividades empresariais.

Em seguida, uma vez já expostos os desajustes dessa disciplina teórica das omissões impróprias nos crimes econômicos com a tutela das garantias individuais, será proposto um estudo sobre as doutrinas vanguardistas que sugerem exatamente uma especialização das bases teóricas relativas às omissões impróprias aplicadas às frequentes figuras delitivas da seara empresarial.

3.2 DO ATUAL ESTADO DA ARTE: INSPIRAÇÃO E CATEGORIAS TEÓRICAS DOS CRIMES OMISSIVOS NA LEI PENAL BRASILEIRA

A revisão da estrutura legal da *teoria das omissões* no ordenamento jurídico brasileiro parte da premissa segundo a qual a legitimidade do controle social erigido sobre tais bases está para a relação direta do grau de racionalidade que se pode aferir entre a programação legislativa e o que é efetivamente levado a termo pelas agências do sistema penal, especialmente o que se refere ao exercício jurisdicional do referido controle.

Desse modo, o primeiro teste a ser realizado se dá sobre a disciplina legal das omissões para então verificar a sua aptidão em fundamentar os modelos de imputação penal atualmente corroborados pela jurisprudência. É necessário, portanto, situar historicamente a orientação científica pela qual fora positivada a disciplina das omissões, na medida em que isso demonstrará, de um lado, o contexto político-criminal no qual se inseria o legislador da época; e, de outro lado, a atualidade da doutrina implementada na lei, em comparação com o desenvolvimento paralelo da dogmática jurídica especializada. Por resultado dessas análises se espera obter um indicador de efetividade da disciplina para o exercício do controle social por meio do Direito Penal, simultaneamente à tutela efetiva das garantias individuais – em razão do quanto estas se fazem presentes nos crimes econômicos.

O advento do Código Penal remonta à década de quarenta, período ainda longínquo das preocupações mais atuais sobre a *criminalidade de colarinho branco*, sobretudo na América Latina. Não obstante, a Reforma Penal de 1984, a qual teve o condão de alterar significativamente as próprias bases científicas da legislação penal, muito diz sobre a adesão, por parte do legislador brasileiro, aos paradigmas criminológicos e, especialmente, político-criminais ora predominantes.

Com efeito, a aludida reforma legislativa reflete a adoção do paradigma *clínico* e *disciplinar* do controle penal, então largamente espreado nos países “centrais”, sobretudo na Europa, desde o início da segunda metade do século XX.

Conforme elucida Carvalho (2015, p. 275), o advento do *welfarismo penal* (Garland) e das ideias da Nova Defesa Social (Ancel) promove mudanças conceituais sobre os *fundamentos* e as *finalidades da pena*, redesenhando o cenário de atuação do Direito Penal e da Criminologia:

Aos discursos de justificação [da pena] é incorporada a finalidade preventiva geral e especial positiva, que direciona a sanção à recuperação (ressocialização, reinserção social) do condenado e, por conseguinte, permite maior flexibilidade da punição conforme a adequação do apenado ao tratamento penal, sendo a análise do grau de comprometimento do condenado com o programa ressocializador e dos resultados do tratamento realizada pelo corpo criminológico.

O que mais interessa ao presente trabalho é a análise – e a constatação – de que a reforma fora orientada em conformidade com os paradigmas do *welfarismo penal*, e, nesse sentido, acompanha (em que pese todo o atraso visível) o que tivera seu auge, décadas anteriores, em países “centrais”: o modelo político do Estado do Bem-Estar Social e sua característica proposta intervencionista das relações sociais.

A partir disso, podem ser melhor compreendidas as motivações do legislador posterior em incorporar, sem muita discussão ou critério estabelecido, os novos paradigmas do controle social globalizado, o qual visa, sobremaneira, à criminalidade em meio socioeconômico. A orientação intervencionista adveio tardiamente em relação ao resto do mundo; no entanto, isso teve o condão de evitar que o ordenamento jurídico brasileiro fosse gradativamente comprometido pelas críticas surgidas ao paradigma *welfarista*, ao tempo em que a política criminal globalizada se estabelecesse sobre o solo fértil das sedimentações intervencionistas concebidas na década de oitenta.

Essa hipótese pode explicar o fato de que desde a última década os modelos de imputação dos crimes que notadamente reputam à seara empresarial e, sobretudo, à atividade financeira do setor privado e sua relação com a Administração Pública, se mostram comprometidas em suas bases teóricas de inspiração nitidamente *finalista*.

Ora, não poderia ser diferente, na medida em que a lei penal vigente é concebida sob a influência do marco teórico predominante à época da Reforma Penal de 1984, qual seja este, a doutrina do *finalismo*. Conforme aduz Brandão (2004, p. 181), a análise dos dispositivos do Código Penal vigente traz à luz a inspiração finalista desse diploma. Nesse sentido, o autor reputa a migração de elementos subjetivos (dolo e culpa) da culpabilidade para a tipicidade, conforme apregoa a doutrina finalista:

Com relação ao dolo, [...] verifica-se que ele se localiza no tipo e não na culpabilidade. Para provar essa assertiva basta analisar o art. 20 do Diploma Penal, que estabelece que o erro quanto ao elemento constitutivo do tipo legal do crime exclui o dolo. Decerto, se o erro de tipo exclui o dolo é porque o dolo se localiza no tipo (BRANDÃO, 2004, p. 181).

A relevância dessa reflexão está para o quanto demonstra que os modelos atuais de imputação de tipos penais por condutas omissivas são em muito questionáveis nos seus fundamentos dogmáticos. Vê-se, por tal razão, que a inflação legislativa, no quanto primou pela criação de modalidades de responsabilização penal, valendo-se especialmente da afirmação dos elementos subjetivos da tipicidade para ampliar as hipóteses de dolo (eventual) em condutas omissivas, descuidou do necessário desenvolvimento prévio das categorias dogmáticas que permitissem a justificação teórica da imputação em plena harmonia com a tutela das garantias individuais.

Isso se comprova pelos próprios percalços epistemológicos que até hoje afetam a doutrina finalista aplicada ao Direito Penal. Naturalmente, todas as críticas que a esta se voltam afligem por via reflexa os modelos de imputação penal que as têm por base dogmática.

Nesse sentido, cumpre referir que, em outros países onde a política globalizada aportou no controle penal da sociedade, o fez por bases dogmáticas distintas daquela aludida. Com efeito, fora pelo advento da doutrina *funcionalista* que puderam ganhar azo os modelos de responsabilização por infração de dever (TAVARES, 2012, p. 41). No cenário brasileiro, todavia, ainda se caminha timidamente com a aproximação da doutrina funcionalista ao Direito Penal aplicado.

É de todo perceptível que o descompasso entre a programação legislativa e a aplicação da política criminal mais recentemente pretendida para o âmbito empresarial econômico tendem a vulnerabilizar as garantias fundamentais, inclusive porque essas se pautam em grande parte pela coerência que guardam com o paradigma doutrinário anterior, o finalista (*verbi gratia*, culpabilidade por atividade finalística).

Exemplo disso se dá exatamente com a disciplina legal das omissões penalmente relevantes. Noutros países, em que a mudança político-criminal fez adaptações nos alicerces dogmáticos – e, inclusive, na própria legislação penal –, a doutrina das omissões não permaneceu sem alguma alteração essencial, ainda que fosse para

permitir maior amplitude ao expansionismo penal que a onda do “Direito Penal mundial” alastra ainda hoje.

O que se deve prezar, todavia, se se pretende uma concepção democrática de Estado de Direito, é pelo desenvolvimento da dogmática jurídica pautada, dentre outros aspectos relevantes, pela necessidade de erigir limitações à responsabilização penal nas formas omissivas de conduta, especialmente aquelas para as quais não corresponda, no mais das vezes, à tipificação taxativa do conteúdo mandamental – conforme ocorre na predominância das omissões *impróprias*. Pensar e propor limitações às figuras omissivas impróprias, sobretudo, é conferir efetividade às garantias fundamentais ao nível basilar da configuração do *injusto*, na medida em que torna eficaz, ao longo do exercício do controle penal, a *função garantidora do tipo penal*.

Ao contrário de outros países em que a política criminal é mais ágil para modificar a legislação em torno do programa de tutela penal do Estado, a lei brasileira é base parcamente adaptada aos modelos de responsabilização penal recentemente empreendidos sobre as relações socioeconômicas. Um dos aspectos mais preocupantes, com efeito, são suas fundações teóricas em matéria de delitos omissivos. Num breve intercurso, são de pouco esforço a análise e a crítica das bases legais nas quais se identificam as sérias dificuldades em validar e legitimar as teses de responsabilização hoje aparentemente afirmadas pela jurisprudência dentro do espectro do denominado Direito Penal Econômico.

Nesse sentido, afere-se da doutrina majoritária que o principal aspecto a distinguir as omissões próprias das figuras impróprias e, com isso, classificá-las em duas categorias autônomas de omissão penalmente relevante, é o elemento *causal* atribuído às hipóteses de conduta que lhes correspondem – senão, se tal critério naturalístico não é mesmo o que se reflete no Código Penal brasileiro.

Note-se que, relativamente às figuras omissivas próprias, diz-se que constituem *crimes de mera conduta*, no sentido de que a sua consumação se observa diante da própria *abstenção* manifestada pelo agente, isto é, a frustração de uma *norma*

mandamental que lhe impunha a realização de uma conduta, independentemente do desfecho fático que se verifica na cadeia de eventos em que se insere a *omissão de dever*.

Exemplo categórico é a figura da *omissão de socorro* (cf. art. 135 do CP)⁵⁸, em que a responsabilidade se funda na *inatividade* do agente em prestar a *assistência* preconizada no mandamento legal. Desse modo, observa-se que a *tipicidade* da conduta omissiva se verifica na própria conduta do agente, que é por si *penalmente relevante*, não sendo o eventual resultado posterior, portanto, elemento constitutivo do crime. Ora, se na hipótese de omissão de socorro, verificar-se que a vítima respectiva sofre ainda, por exemplo, lesões por diversas formas, ou mesmo chegue ao óbito, isso em nada influenciará para a constituição do comportamento omissivo enquanto *crime de omissão socorro*, na forma prevista pelo aludido dispositivo.

O resultado naturalístico tanto está para além da relevância penal da omissão própria – no que tange à adequação de tipicidade – que a sua valoração é compreendida por norma distinta. Com efeito, pode o resultado ser constituinte de uma *circunstância agravante*, como na hipótese prevista pelo parágrafo único do tipo da *omissão de socorro*⁵⁹; ou, até mesmo, compor uma modalidade *qualificada* de crime.

O que impende destacar, sobretudo, é que, vez que o aspecto da *relevância* reside na mera manifestação da conduta que contraria o mandamento contido no núcleo do tipo penal, os elementos de tipicidade (*formal e material*) restringem a valoração do resultado naturalístico para fins de consumação do delito. Nesse sentido, tal limitação garante a proteção da liberdade contra as imputações que sobrepujam a *taxatividade* devida aos tipos penais, pois que demonstrarão a *atipicidade* da omissão de dever, quando ausente qualquer elemento essencial ao tipo, ainda que

⁵⁸ Cf. “Art. 135 – Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública. Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa”.

⁵⁹ “Parágrafo único – A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte”.

se verifiquem *a posteriori* consequências tuteladas por outras normas incriminadoras.

No exemplo da omissão de socorro, a demonstração da *impossibilidade* de prestar assistência *sem risco pessoal* é circunstância que elide a tipicidade da conduta omissiva; outrossim, mesmo diante do eventual resultado *morte* do sujeito passivo referido no tipo, a omissão de socorro não se verifica quando o agente aciona o socorro da autoridade pública, independentemente da eficácia eventual disso em conter a lesão de bens jurídicos.

De outro lado, situam-se as *omissões impróprias* no campo dos chamados *crimes de resultado*, isso porque a tipicidade da omissão de dever se constitui – dentre outros elementos, conforme se verá – diante produção de um resultado naturalístico o qual justamente se deveria evitar. Assim, *crimes omissivos impróprios* são classificados como *crimes de resultado*.

Mais importante que a denominada classificação em si, nas omissões impróprias, é o fundamento do seu critério. Ora, os crimes comissivos por omissão assim são punidos em que pese a *conduta* sobre a qual recai a responsabilidade não conste de qualquer tipo penal expresso. Daí se questionar o fundamento da validade e da legitimidade dessa forma de punição. Exatamente porque se vinculam à eficácia de um dever jurídico, a omissão imprópria se constitui ao propósito da reprovação social porquanto são relacionadas à ocorrência de um *resultado lesivo verificável*. Nesse sentido, sua estrutura evidencia a necessidade de punir as condutas que, embora não expressamente tipificadas, têm condão equivalente para a violação de bens jurídicos penalmente tutelados. Em outro dizer, infere-se que a categoria teórica surge e melhor se desenvolve ao célere passo da pretensão punitiva sobre o descumprimento do dever de evitar resultados lesivos.

Desse modo, ante a ocorrência de um resultado naturalístico abrangido pela tipicidade de uma figura delitiva preexistente, pretende-se formular o fundamento da punibilidade por conduta (omissiva) não verificada em núcleo de qualquer norma

incriminadora. No entanto, tal lógica simplista seria insuficiente ao absurdo para prover a validade e a legitimidade do controle penal.

Nesse sentido, é preciso elaborar a estrutura teórica da omissão imprópria a fim de apresentar tanto um fundamento material quanto outro de caráter formal, de modo a compor a *tipicidade* elementar ao conceito de crime. Isso porquanto necessária a verificação de *culpabilidade* do agente omitente, ou seja, a demonstração de que o crime, enquanto objeto da reprovação social, é obra sua.

Conforme visto, a determinação de um resultado naturalístico lesivo é ínsita às omissões impróprias na medida em que isso as torna *equivalentes* às figuras *comissivas* enquanto *conduta contrária ao conteúdo proibitivo de uma norma incriminadora*. Não obstante, se tal aspecto fosse preponderante no expediente de justificação da punibilidade, decorrência lógica disso seria a necessidade de tipificação expressa das omissões consideradas penalmente relevantes, ou incorrer-se-ia no imediato esvaziamento da legitimidade da tutela penal. Pois que de fato não lho é; nos crimes comissivos por omissão, a *culpabilidade* sobrevém não da violação da norma proibitiva – que como na classe das omissões próprias, especificam a conduta objeto da reprovação –, mas, sim, do *dever jurídico de evitar o resultado típico*. Eis o elemento sem o qual a produção do resultado lesivo não subsiste como fundamento de validade e legitimidade da punição, exclusivamente. Ora, nesse ponto, duas conclusões são de relevo para este estudo crítico.

Em primeiro lugar, o fundamento formal da punibilidade da omissão imprópria, diferentemente do que ocorre em relação aos crimes comissivos, não reside na adequação da conduta praticada a qualquer tipo penal expresso (*tipicidade formal*), pois este não existe. Verifica-se que o objeto da reprovação é, desse modo, a relação abstrata que vincula o destinatário do controle penal ao Estado-juiz: o vínculo jurídico consubstanciado no *dever de evitar o resultado lesivo de bens jurídicos*.

Em segundo lugar, expõe-se que, no aspecto material, a valoração do resultado naturalístico é expediente estranho à reprovabilidade da omissão imprópria, pois que

é prescindível para a afirmação da *tipicidade material desta*. Note-se que a verificação da *tipicidade material* tem por parâmetro o tipo penal expresso, aquele em razão do qual a omissão imprópria é punível por critério de *equivalência*. Outrossim, necessário frisar que não se prescinde da verificação de nexos lógicos entre o resultado típico e a omissão imprópria, porém não no sentido de demonstrar qualquer relação causal, mas, sim, de denotar o condão da *conduta devida* para evitar tal resultado – tarefa para a qual a teoria da *conditio sine qua non*, adotada no ordenamento jurídico, é passível de severas críticas.

Ora, a omissão imprópria é um *crime material* (= de resultado naturalístico verificável empiricamente), disso não se olvida; não obstante, a forma pela qual o resultado se vincula ao agente omitente, demonstrando ter sido aquilo uma obra deste, ou, dito também de outro modo, a sua *culpabilidade*, não se faz pela afirmação da causalidade entre um e outro, como nos tipos comissivos, mas pelo que se denomina de *causalidade jurídica*:

Os crimes omissivos impróprios, por sua vez, como crimes de resultado, não têm uma *tipologia específica*, inserindo-se na tipificação comum dos crimes de resultado, como o homicídio, a lesão corporal etc. Na verdade, nesses crimes *não há uma causalidade fática*, mas *jurídica*, em que o *omitente*, devendo e podendo, não impede o resultado. Com efeito, apesar de se tratar de crime material, o agente responde pelo resultado não por tê-lo causado, mas por não ter evitado sua ocorrência, estando juridicamente obrigado a fazê-lo, pois, nesses crimes, o *não impedimento*, quando possível, equivale, para o Direito Penal, a causar o resultado (BITENCOURT, 2012, p. 118-119).

Ao fim, este estudo preliminar afirma, em vista as bases causal-finalistas da legislação vigente, que a responsabilidade penal pode ser validada tão somente quando diante da violação do bem jurídico penalmente tutelado – há um vínculo legal de agir para isso evitar, ainda que latente a impossibilidade de demonstração empírica de que tal resultado típico possa ser atribuído como obra de um respectivo autor-omitente. Se a assertiva parece minimamente curiosa, é justificável o temor ao se pensar que o mesmo modelo teórico será aplicado às responsabilizações penais no âmbito da atividade empresarial, conforme será exposto adiante.

As críticas ora apontadas têm por intuito evidenciar a inadequação dessa disciplina legal à complexidade das estruturas corporativas, pois que nestas a verificação de

culpabilidade carece de instrumentos teóricos sofisticados no que diz respeito à preservação das garantias fundamentais. Melhores chances de suprir esse lapso se obtêm a partir do manejo de balizadores de conduta que se mostrem racionais mesmo diante das intrincadas relações corporativas, notadamente marcadas pela coexistência de esferas de subordinação e de autorresponsabilidade na organização da atividade empresarial.

Por certo que ainda há se vir avaliar o fundamento teórico do *vínculo jurídico* aludido nas omissões impróprias, qual seja, a eficácia da posição de *garantidor legal para fins penais*. Sem embargo disso, expôs-se desde o início da análise atual que a lei penal brasileira é remanescente de correntes teóricas já em muitos elementos refutadas pelo quanto se demonstram ineficazes para fundamentar racionalmente a responsabilidade penal. Trazem consigo as mesmas chagas que ostentam as doutrinas responsáveis pela teoria causal-finalista da ação, do fundamento da posição de garantidor legal, do nexo de causalidade entre conduta e resultado, todas ainda mais problemáticas quando aplicadas à teoria dos crimes omissivos.

Adiante, esses alicerces teóricos serão novamente verificados, dessa vez em campo, ocasião em que se avaliará, em pormenores, a sua aplicação mais recente, notadamente nas matérias correlacionadas aos crimes econômicos.

3.3 JURISPRUDÊNCIA REVISITADA: O MODELO DE IMPUTAÇÃO DA OMISSÃO DE DEVER JURÍDICO AO ADMINISTRADOR DE EMPRESA

Na presente década, as altas cortes foram palco para o que se notabilizaram como grandes espetáculos midiáticos, na medida em que julgamentos penais e investigações policiais engendraram figuras públicas e indivíduos expostos pelas relações escusas que mantinham com o Poder Público.

Sem embargo disso, desde uma perspectiva mais preocupada com o tratamento judicial das questões de dogmática jurídica, essa seriada trama espetacular, com enredo notadamente inspirado pela expansão do Direito Penal Econômico, tem por

verdadeiro protagonista nenhuma das figuras célebres imputadas ou indiciadas no decorrer dos anos. O que nota ter mais se destacado, a ponto de hoje compor um dos temas de grave reflexão entre os juristas, é sem dúvida a ascendente relevância dos *microssistemas normativos* para fins legais, sobretudo o que tange à responsabilização penal no âmbito das relações empresariais.

A partir do julgamento da Ação Penal nº 470/MG, na corte plenária do Supremo Tribunal Federal, especialmente, gerou-se sem dúvida um marco de crescente discussão envolta à eficácia da chamada *soft law* para fins de responsabilidade penal por ingerência empresarial. Trata-se não apenas de aferir a pertinência, para tal fim, das normas infralegais de natureza pública, isto é, aquelas concebidas no âmbito da atividade oficial do controle preventivo dos delitos associados às atividades socioeconômicas. Talvez até com maior destaque, ganhou um enorme fôlego o debate sobre os pressupostos de validade e eficácia dos microssistemas de autorregulação regulada para determinar a relevância penal dos agentes empresariais.

O desenvolvimento do Direito Penal, indubitavelmente, tem muito a ganhar com tal preocupação dentro e fora dos tribunais. Contudo, a forma abrupta pela qual fora introduzida a reflexão, já em âmbito da atuação do Supremo Tribunal Federal e no curso de ação penal, suprimiu as discussões necessárias para que se firmassem referências consistentes a respeito da eficácia da autorregulação para fins de imputação penal. Pior do que isso, o marco de evidência dos microssistemas das empresas privadas fora reduzido à sua mera exposição como fator de atribuição de responsabilidade, no sentido de que a sua inobservância se valorava enquanto circunstância objetiva a justificar os expedientes de imputação de crimes.

Com efeito, a primeira impressão legada pela análise da autorregulação regulada no STF é a de que o *non compliance*, isto é, a preocupação não demonstrada pelos agentes empresariais com o sistema legal de prevenção de crimes no âmbito privado é indicativo de culpabilidade pelos resultados típicos, mesmo em hipóteses nas quais não se pudera afirmar o dolo direto pretendido na conduta dos agentes.

Em primeiro plano, firmou-se o entendimento segundo o qual a participação direta dos dirigentes empresariais, no sentido da efetiva prática das condutas referidas por tipos penais comissivos, não é nem de longe a única hipótese em que a atuação desses agentes possui relevância penal. Nesse aspecto, despontaram teses até então pouco visitadas em âmbito jurisprudencial, como o categórico exemplo da *teoria do domínio do fato*, enquanto expedientes de imputação dos atos de gestão empresarial.

Assim, afirmar a possibilidade de adequação de tais condutas ao espectro da tipicidade de figuras típicas comissivas fora o passo definitivo para que ganhassem azo os modelos de imputação por *omissão imprópria*, sobretudo, em hipóteses de descumprimento de dever jurídico.

A não observância dos deveres previstos em lei, bem como das próprias normas mandamentais concebidas em instâncias fiscalizatórias dos mercados financeiros, despontou como circunstância objetiva a sustentar a atribuição de dolo eventual em tipos comissivos.

Melhor exemplo disso é a figura da “lavagem” de dinheiro, prevista na Lei nº 9.613/1998. Já no seu texto originário, a imputação do branqueamento de capitais abrangia um leque diversificado de modalidades de responsabilização pautadas na *ingerência empresarial*.

Com efeito, destaca-se desde logo a hipótese prevista no art. 1º, § 2º, I, da aludida lei, notadamente a figura *equiparada* do crime de “lavagem” de dinheiro, em que a mera utilização dos proveitos ilícitos do delito precedente em *atividade econômica ou financeira* pressupõe a consumação dessa figura típica. Desse modo, o lapso em prevenir tal ocorrência no cerne da atividade empresarial sustenta a atribuição de responsabilidade penal àqueles que a dirigem, sobretudo pelo quanto a lei os trata como verdadeiros *garantidores* da proteção dos bens jurídicos que o tipo penal da “lavagem” abrange.

Com as alterações legislativas promovidas em 2012 pela Lei nº 12.683, a figura do branqueamento de capitais ganhou amplitude acintosa sobre o setor das atividades

empresariais privadas, na medida em que elevou ainda mais a relevância penal das ingerências administrativas e omissões de dever jurídico.

Conforme visto em seção anterior, o sistema de deveres jurídicos incluído na Lei em questão implicou, diretamente, diversos agentes e atividades financeiras, passando a fundamentar a imputação do tipo incriminador nas omissões de dever. Nesse aspecto, a discussão voltou seus holofotes sobre as normas infralegais referentes à prevenção de “lavagem” de dinheiro e outros crimes no âmbito privado das relações socioeconômicas.

Exemplo notório legado pelo julgamento da APn 470/MG é a imputação desse crime pela *não comunicação de proposta ou realização de operação financeira “suspeita” ao órgão fiscalizador*, qual seja, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), dever previsto no art. 11, II, alíneas “a” e “b”.

Em primeiro plano, destaca-se que a referida norma alude à expressão “operações que possam constituir-se em *sérios indícios* dos crimes previstos nesta Lei, ou com eles relacionar-se”. No entanto, é o mesmo diploma legal silente quanto ao significado dos termos “sérios indícios”, considerando que, nas hipóteses de imputação da “lavagem” por omissão imprópria desse dever legal, o termo é relativo ao elemento de tipicidade – pois a omissão que se dá quando ausente tal circunstância será penalmente irrelevante. A lei penal é, nesse sentido, eminentemente lacunosa; por via reflexa, a *tipicidade* da conduta, quando assim atribuída, também assim será, ferindo-se de morte o consectário legal da *taxatividade*, que vive pelo propósito de ser uma garantia fundamental.

Em gravame, encontra-se na Carta-Circular nº 3.542, editada pelo Banco Central do Brasil, em 21 de dezembro de 2012, a relação de operações e situações que podem configurar indícios de ocorrência dos delitos engendrados pela Lei de “Lavagem” de Dinheiro. Desse modo, nota-se que o aspecto “em branco” dessa Lei penal se preenche por norma infralegal, o que, a princípio, é de todo questionável em razão da eficácia do princípio da *reserva legal*, no que este restringe a competência e

estabelece os requisitos para que sejam criadas as normas incriminadoras no ordenamento jurídico.

Em segunda análise, verifica-se que a valoração da omissão de dever jurídico para fins de imputação de “lavagem” de dinheiro – e bem assim outros tipos comissivos – pressupõe a eficácia da posição de *garantidor legal* dos agentes, notadamente em função do papel que lhes quer atribuir a já exposta política criminal “integrada”, a qual pretende cingir o espaço das relações socioeconômicas do setor privado e incumbir os seus participantes de parcela notória da tutela de bens jurídicos coletivos.

Para além das normas expressas que estabelecem deveres jurídicos de proteção da ordem econômica, a função preventiva geral das normas incriminadoras dessa Lei foi sobremodo incrementada. Ao lado da supressão do rol taxativo de crimes que precedem a prática do branqueamento de capitais, a modalidade *equiparada* de consumação dessa figura típica também se ampliou com a supressão de um dos seus requisitos, qual seja, o *prévio conhecimento acerca da ilicitude do capital* ao momento da utilização deste na atividade financeira.

Desse modo, a imputação da figura equiparada passou a atribuir responsabilidade penal aos agentes em circunstâncias nas quais o indício da ilicitude se mostra *presumível*. Em outros termos, a ausência de cautela quanto à verificação das origens do capital aplicado na atividade empresarial pode ser fulcro da responsabilidade pelo crime de “lavagem” de dinheiro, conforme se depreende dos juízos originados do julgamento da APn 670/MG.

Salienta-se, ademais, que o fundamento para a imputação em tais hipóteses se reforça pelas obrigações jurídicas engendradas na Lei em questão, em que pese este mesmo diploma, a rigor, cuidar expressamente das consequências para o descumprimento das normas mandamentais em âmbito do Direito Administrativo sancionador.

Tudo isso somado tinge o quadro da potencial responsabilidade do dirigente empresarial, na medida em que a não observância do sistema legal de prevenção

contra crimes econômicos é valorada negativamente, no sentido de afirmar que tais agentes *assumem o risco de produzir resultados lesivos* quando ignoram a aptidão da organização empresarial para tanto.

Considera-se, sobre esse mesmo aspecto, a presença dos mais diversificados estímulos para que se efetive a autorregulação em torno dessas atividades consideradas “perigosas”, não apenas na Lei de “Lavagem” de Dinheiro, como também na já vista Lei Anticorrupção e demais normas infralegais. A não implementação de programas de *criminal compliance* e outras medidas preventivas na organização da própria empresa (código de ética, canal de denúncia de desvios etc.) e a fiscalização precária do seu cumprimento e efetividade são, portanto, passíveis de interpretação enquanto circunstâncias objetivas que indicam a conduta omissiva penalmente relevante por parte dos dirigentes, em primeiro plano.

De um lado, consolidou a jurisprudência a eficácia, para fins penais, da posição de garantidor legal dos agentes empresariais atuantes das atividades consideradas de risco para a tutela de determinados bens jurídicos. Isso implica, conforme se analisará com maior rigor à frente, *dever de proteção* para com os bens jurídicos assim expostos, o qual, conforme o entendimento corroborado desde os precedentes aqui citados, é competido a quem dirige a dita “fonte de perigo”, isto é, à alta gestão da empresa.

Em outra vertente, remanesce ainda, sob o mesmo fundamento do dever de evitar o resultado lesivo, a obrigação de manter-se a *vigilância* sobre tais fontes de perigo. O modelo é similar ao que se espraia nos países do “centro” europeu, como visto alhures, e realça dúvidas significativas quanto à coexistência harmônica (leia-se, *não antinômica*) com a tutela das liberdades individuais e as garantias fundamentais que lhes são inerentes, mormente, porquanto é o Direito pátrio identificado na tradição romano-germânica, enquanto em outros países a ideia de responsabilidade por *infração de deveres legais* é de aporte mais facilitado nos ordenamentos de origem anglo-saxã.

Há que se determinar, portanto, o quanto exatamente está implicado o dirigente da empresa em ambos os papéis de garantidor legal, devendo-se levar em consideração, para tanto, a complexidade da organização empresarial, pois que, no mais das vezes, a execução da atividade perigosa é delegada a agentes subordinados àquele, assim como as funções de vigilância – estas que tendem a ser remetidas aos *compliances officers*.

Some-se à problemática, ainda, o aspecto de inspiração doutrinária, o qual atualmente também se faz ponto de distinção entre os ordenamentos jurídicos aludidos. Nesse sentido, a dogmática *funcionalista* é sem dúvida efetiva para estruturar os modelos de tutela penal assim pretendidos, enquanto que o paradigma *finalista*, como já exposto, se mostra disfuncional em muitos elementos. Isso apenas confirma a relevância que se deve atribuir à discussão sobre os modelos de imputação já afirmados no ordenamento brasileiro, fazendo-se necessário medir os pressupostos da responsabilização à altura das garantias fundamentais.

No que se refere à gestão empresarial, impende destacar que as imputações, como estão sendo difundidas, tornam a omissão de dever jurídico um mero mote para a atribuição de responsabilidade, pois que carecem de expedientes racionais aptos a demonstrar, inclusive, processualmente, o *dolo eventual* de produzir o resultado típico. Conforme aduz Busato (2011, p. 233), “o dolo sempre dependerá de uma demonstração objetiva de uma intenção subjetiva. Desse modo, a ideia do que fundamenta o dolo está completamente conectada com sua demonstração, definitivamente, com sua prova”.

Desse modo, o problema em afirmar o grau de volição, a partir do modelo finalista, se dá em razão da ineficiência das categorias teóricas, sobretudo da elementar *tipicidade* no modelo analítico de teoria do crime. Note-se a dificuldade que se evidencia em demonstrar como a omissão de dever, enquanto ausência de ação, pode ser valorada como *causa* do resultado típico. A aferição do elemento volitivo, portanto, passa a substituir tal expediente de demonstração, e, com isso, o *dolo eventual* faz promover a conduta omissiva ao patamar de evento natural negativo (*causa*) do qual decorre a lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal (efeito).

Conforme observa Roxin (2007, p. 19) em relação à doutrina finalista, as categorias teóricas do Direito são informadas por estruturas *lógico-objetivas* apreendidas da realidade empírica. Nesse sentido, o elemento volitivo da conduta, como a consciência e vontade do atuar final, possui também um referente ontológico a ser valorado ao momento da imputação do tipo penal. Desse modo, é perceptível a dificuldade em se aferir da *psique* do agente omitente para se afirmar o dolo eventual de sua conduta, pois que justamente a omissão se configura pela não exteriorização da vontade.

Logo, a valoração de conduta para fins penais tende a se limitar à atribuição de responsabilidade pela materialização do resultado típico, em razão do dever pré-existente de evitá-lo, e a partir de elementos (estruturas lógico-objetivas) que podem ser observados ao entorno da omissão, já que nessa cadeia são esses os únicos que possuem um referencial empírico. No que tange às omissões de dever jurídico no âmbito do Direito Penal Econômico, por sua vez, despontam as circunstâncias do *non compliance* como referência do descumprimento de dever jurídico e, por consectário, fundamento da responsabilidade penal. A consequência é ver nessa fórmula a configuração do *dolo eventual* por mera atribuição, como se, presumindo, incumbisse ao agente imputado o ônus de demonstrar que não houvera assumido a possibilidade de com sua conduta produzir um resultado típico.

No sentido dessa lógica formal, a falta de cautela (e compromisso) com o sistema legal de prevenção de riscos aos bens jurídicos coletivos refletida, por exemplo, na não adoção, pelo dirigente, de medidas de *criminal compliance* é, sem dúvida um elemento periférico à materialização do crime que pode ser engendrado na responsabilização penal pelo dever de evitar tal resultado. Conforme se verá, o fundamento da culpabilidade do dirigente se completa pela eficácia do seu dever de garante em relação à fonte de perigo que a atividade empresarial pode representar.

Exatamente em razão disso ganha azo a construção teórica que determina o *vínculo jurídico* do dever de garante como fundamento para equiparar a conduta omissão à

comissiva, para fins penais⁶⁰. Ao tratar-se das *omissões impróprias*, fala-se no *nexo de não impedimento* (do resultado típico), em vez do nexo de causalidade, a fim de relacionar a conduta do agente omitente à produção do resultado típico. No entanto, o referido vínculo abstrato subsiste apenas diante da verificação de alguma das hipóteses legais para a posição de garantidor; do contrário, estar-se-ia a validar um modelo de responsabilização penal objetiva, por infração de dever jurídico, apenas.

3.4 DESCUMPRIMENTO DE DEVER JURÍDICO COMO OMISSÃO PENALMENTE RELEVANTE: PRESSUPOSTOS DE VALIDADE E LEGITIMIDADE EM RAZÃO DA TUTELA DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Para a omissão do dirigente empresarial ser equiparada a uma conduta comissiva e penalmente relevante deverá satisfazer alguns requisitos.

3.4.1 Delimitação da omissão imprópria quanto a sua natureza: pressupostos de equiparação à conduta comissiva

Uma vez que então se revisa a estrutura da *teoria das omissões* no ordenamento jurídico brasileiro, na forma como é pretendida, especificamente, a disciplina da omissão imprópria para fins de responsabilização penal no âmbito das atividades empresariais, torna-se latente a necessidade de se discutir com maior afinco o grau de efetividade das garantias individuais diante dos modelos de imputação nos ditos crimes econômicos.

Com efeito, já se apontou desde o início da investigação que o respaldo teórico encontrado em lei, no tocante à validade e à legitimidade do controle penal das

⁶⁰ “Na doutrina predomina o entendimento de que *na omissão não existe causalidade*, considerada sob o aspecto naturalístico. [...] Na verdade, existe tão somente um *vínculo jurídico*, diante da equiparação entre *omissão* e *ação*. E toda a *equiparação* feita pelo Direito, quando não se fundamenta na realidade, nada mais é do que uma *ficção jurídica*” (BITENCOURT, 2012, p. 283).

atividades empresariais, se revela insuficiente para assegurar a primazia de um Direito Penal do fato, notadamente pelo quanto isso está condicionado à eficácia de modelos de imputação de condutas que se demonstrem eminentemente *subjetivos* no aspecto da aferição de culpabilidade.

Desse modo, passa-se, então, a mensurar, em acordo com a doutrina crítica dos modelos legais de responsabilidade penal por *equiparação* da conduta comissiva à omissiva, os pressupostos teóricos de maior chance em conferir a racionalidade necessária ao controle social das omissões impróprias. Pretende-se com isso ajustar a interpretação da disciplina legal vigente aos elementos mínimos de validade e legitimidade, hoje cuidados pela doutrina que se dedica à especialização das categorias teóricas da omissão nas organizações empresariais.

Como objetivo máximo, quer-se alcançar um delineamento mais aguçado do verdadeiro papel do dirigente empresarial em relação à política criminal atualmente alçada sobre a atividade socioeconômica do setor privado. Isso se traduzirá pelo quanto melhor se definir o âmbito de responsabilidade desse característico agente sobre o dever de *proteção* e *vigilância* de bens jurídicos penalmente tutelados, em vista, sobretudo, à *fonte de perigo* que pode se enxergar na atividade empresarial.

Nesse sentido, a primeira proposta que se faz é definir uma metodologia de investigação do objeto de estudo, especificamente, a omissão imprópria. Assim, atividade precípua é distinguir a sua apreensão enquanto categoria jurídica – portanto *abstrata* – da perspectiva ontológica ou, pelo menos, que a concebe para além do Direito.

Trata-se, portanto, de definir a omissão quanto à sua *natureza*, o que, para Tavares (2012, p. 48), não pode se resolver com um simples passar de olhos no Código Penal, visto que a consolidação de um Estado Democrático pressupõe que toda a matéria jurídica deve ser submetida à discussão quanto à sua legitimidade, necessidade, conveniência, oportunidade e consequência de seus elementos. No caso das omissões, tal expediente é de relevo, pois

se, por exemplo, se entender que a omissão tem existência fora do direito, caberá indagar como o direito a disciplina, sob que condições e com que elementos. Se, ao revés, a omissão for considerada como um instituto puramente jurídico, sem correspondência com a realidade fenomênica, sob que condições e com que legitimidade o direito a poderia criar e disciplinar (TAVARES, 2012, p. 48).

Sem embargo disso, é necessário refletir sobre quão produtiva pode ser a discussão a respeito da natureza da omissão para os fins da dogmática jurídico-penal em estabelecer pressupostos de validade e legitimidade do controle penal. Isso se dá em razão das próprias controvérsias metodológicas ao entorno da natureza da omissão fora da perspectiva jurídica. Infere-se que fora exatamente as doutrinas finalistas, especialmente, as mais obstinadas em exaurir o debate sobre a natureza da omissão; buscou-se sempre por um fundamento material para a sua punibilidade em moldes equivalentes ao que se desenvolve para formas comissivas de ação. Por resultado, aduz Tavares (2012, p. 76):

Em um primeiro momento, é a constatação acerca da incapacidade das teorias que buscam centralizar sua atenção na natureza da omissão, como é o caso do finalismo, ao tentar proceder a uma perfeita delimitação dos elementos que possam justificar a responsabilidade de alguém por se haver omitido de uma determinada ação.

A advertência feita pelo referido autor se justifica com maior razão sobre o estudo das *omissões impróprias*. Observe-se que, na medida em que se tem vigente no plano deôntico a punibilidade afirmada em razão da eficácia (normativa) do *dever de evitar um resultado lesivo*, vinculada ao agente imputável por um *nexo de não impedimento*, a natureza da omissão, desde a perspectiva puramente ontológica, pouco diz a respeito dos limites ou pressupostos formais para a validade e legitimidade da responsabilização penal.

Ora, seriam esses os pontos de maior relevo da discussão doutrinária, e o que se nota, verdadeiramente, é a prevalência dos elementos axiológicos em detrimento dos ontológicos, na medida em que o tema da punibilidade da omissão é uma decorrência direta da afirmação de uma determinada política criminal – que não costuma se preocupar tanto em apresentar *a priori* uma fundamentação cristalina e bem acabada dos seus pressupostos materiais de fulcro jusfilosófico.

Conforme o entendimento de Tavares (2012, p. 76-78), a dogmática jurídica não pode se manter centrada sobre uma “finalidade potencial e nada mais”, pois que a punibilidade da omissão “depende de sua inserção em uma estrutura sistemática que nada tem a ver com sua natureza originária”. O autor, ao passo em que conclui a reflexão, estabelece seu método de estudo abstendo-se de maiores discussões sobre a natureza da omissão:

Afinal, para que serve definir a omissão como entidade empírica, ontológica, racional, organizativa ou normativa? Tais categorias só terão importância à medida que possam interferir negativamente (como limites) nos processos de criminalização, imputação e punição. Atendendo a esses propósitos, pode-se partir de que o ponto central da discussão não está, assim, na definição da natureza da omissão. O ponto central da discussão, pelo qual se podem estabelecer seus pressupostos delimitativos, está na relação entre omissão e ação.

Ao que interessa à presente dissertação, especialmente, cumpre destacar que não se pretende, todavia, também, exaurir o tema da categorização da omissão imprópria na teoria jurídica. A finalidade do estudo é erigir os patamares mínimos de validade e legitimidade para a interpretação das normas que disciplinam o tema no ordenamento jurídico, centrando-se a análise na conduta omissiva de dever jurídico por parte do dirigente empresarial.

3.4.2 Pressupostos da relevância penal da conduta omissiva do dirigente empresarial

Quando se analisa a disciplina da omissão imprópria no Código Penal, verificam-se presentes aspectos que notoriamente acompanham o seu histórico desenvolvimento doutrinário, cuja principal característica é senão fundamentar a punibilidade dessa modalidade de conduta. O desenvolvimento da dogmática penal não se distancia das pretensões veiculadas pelos discursos político-criminais. Se isso já é questionável no quanto se aplica às hipóteses delitivas que se acostumaram a assentir com a reprovabilidade, agrava-se quando são incluídas na mesma pauta as infrações de dever, sobretudo daqueles emanados de normas não incriminadoras.

Veja-se que, em análise da disciplina legal genérica, a relevância penal da omissão é aferida sob dois critérios principais. O primeiro deles, conforme se apreende do art. 13 do CP⁶¹, é o necessário elemento causal entre a conduta (comissiva ou omissiva) e o resultado. Nesse sentido, mais importante a se notar, a causa poderá ser interpretada, nas hipóteses omissivas, como a ausência da conduta devida, *a priori* apta a evitar o resultado.

A redação do legislador reformista de 1984, muito embora tenha por princípio restringir a imputação de condutas omissivas, especialmente aquelas para as quais não corresponde um tipo penal expresso, encampa a possibilidade de interpretações extensivas da relevância penal da omissão, na medida em que não se dispõe de uma definição formal de *causa*, sequer por um critério negativo: poderá ser tudo aquilo que, por meio de um juízo hipotético, seja qualificado como apto a produzir o resultado típico. No caso das omissões impróprias, a causa será exatamente aquela conduta devida pelo agente, *sem a qual o resultado não teria ocorrido*.

Daí notar-se a necessidade de um segundo critério, a fim de limitar o número infinito de causas a serem eleitas ao propósito de imputação pelo resultado. Trata-se, com efeito, da posição de garantidor do agente omitente. Conforme aduz o § 2º do mesmo dispositivo, “a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e *podia agir para evitar o resultado*”. Desse modo, a eficácia da posição de garante é um requisito sem o qual a omissão não poderá ser valorada para fins de imputação.

Antes do presente texto abordar, contudo, a disciplina do garantidor legal, convém estabelecer critérios de aplicação da referida norma, uma vez que se constata insuficiências na sua formulação teórica para afirmar, com as limitações devidas aos corolários de garantia do indivíduo, o nexo causal entre omissão e resultado.

Vê-se sem dúvida insculpido na lei penal o brocado garantista segundo o qual a pena é cabível senão apenas diante da verificação de culpa. Nesse sentido, o aludido art. 13 do CP dispõe que o resultado somente é imputável a quem lhe deu causa. Contudo, esse critério atua apenas como um primeiro passo dentro de uma

⁶¹ Cf. “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”.

vasta gama de possibilidades em que se pode aferir da culpabilidade de alguém para a materialização de um resultado típico. Trazidas as relações socioeconômicas, finalmente, revelam-se expressivas as dificuldades em se definir a efetiva concorrência da atuação de um dirigente ou de um corpo dessa, por exemplo, para que ocorra uma violação de bem jurídico.

A verificação da culpa é sem dúvida um limite à imputação; mas será mesmo eficaz para distinguir entre as condutas neutras e as verdadeiras causas do resultado lesivo no emaranhado complexo das relações corporativas? A alta gestão será sempre responsável pelas ocorrências lesivas de bens jurídicos penalmente tutelados dentro da empresa? Até que ponto os atos de gestão podem ser considerados omissos da proteção devida a esses bens jurídicos? Tais questionamentos denotam a necessidade de freios à interpretação sobre a conduta do dirigente, especialmente no que tange ao *non compliance* como indicador de omissão penalmente relevante.

Veja-se que, se o dirigente empresarial é responsável por “vigiar a sua fonte de perigo”, residindo aí uma hipótese de dever legal, um primeiro critério a se estabelecer é que, por essa lógica, a reprovação da conduta omissiva não pode se distanciar da *execução da atividade empresarial*. Por esse critério, careceria então de racionalidade a responsabilização pelos delitos que, embora ocorram no âmbito da empresa, não guardam vínculo com a atividade principal desta, notadamente aquela que representa a fonte de perigo a bens jurídicos e torna seus dirigentes garantidores legais.

Assim sendo, não há dever agir, por exemplo, em relação à conduta arbitrária daqueles subordinados ao dirigente, isto é, a conduta que, mesmo contrariando uma norma proibitiva (incriminadora), resta isolada da atividade empresarial. Isso se aplica ao exemplo do *mobbing* trazido por Roxin (2015) e referido na seção anterior. Ora, como demonstrar a culpabilidade do dirigente por não evitar resultados típicos decorrentes da conduta isolada dos seus funcionários?

Nesse ponto, há de se ressaltar que no âmbito empresarial, caracterizado pela hierarquização de funções e delegação de atividades, vige o *princípio da confiança*, no sentido de que, ao delegar funções, o dirigente constitui a esfera de *autorresponsabilidade* do seu subordinado. Nesse sentido, os deveres decorrentes da responsabilidade da relação de trabalho distinguem as condutas relativas à atividade empresarial daquelas que não guardam qualquer referência com os fins de instituição da empresa. Seria de um grande despotismo estatal pretender a responsabilização criminal do dirigente, por exemplo, pela não adoção de medidas preventivas de crimes dentre os próprios funcionários, como no caso do *mobbing*.

O mesmo critério serve para ilidir as imputações que, mesmo referidas à atividade empresarial, não demonstram a efetividade do segundo requisito legal para a configuração da omissão penalmente relevante: a possibilidade de poder agir para evitar o resultado, prevista no § 2º do art. 13⁶².

A efeito disto, tome-se por exemplo a figura da “lavagem” de dinheiro. O mais comum é que os dirigentes empresariais deleguem a seus funcionários as operações financeiras, como em instituições bancárias, consultorias econômicas etc. Não obstante o dever de vigiar a fonte de perigo em que atividade se traduz, a exemplo das operações de transferência de valores, o crime de “lavagem” de dinheiro poderá se perfazer, apesar de todos os esforços da alta gestão para evitá-lo.

Mesmo em hipóteses como essa, a responsabilidade penal do dirigente não poderá se aferir em razão do dever de evitar tal resultado, na medida em que não se pode demonstrar como lhe era possível agir para tanto. Note-se que a complexidade das *tipologias* de branqueamento de capitais permite a consumação do crime por diversas formas. Possui, destarte, um modelo ideal de três fases independentes: *colocação*, *mascamamento* e *integração*. Nesse sentido, afirma Gomes (2007, p. 83) que

⁶² Cf. “Art. 13 – [...] § 2º – A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e *podia agir para evitar o resultado* [...]”.

considerando o contexto da lavagem daquela gama de recursos destacados na operação trifásica acima, haverá um só crime de lavagem de dinheiro consumado, o qual, dada a existência de núcleos variados de conduta dos tipos penais que o punem, encerrará sua consumação em qualquer daquelas fases, não se deixando de considerar que as mais próximas do último instante da conduta prevalecem sobre as mais próximas do seu início.

Brasileiro (2016, p. 291) também destaca que “a própria redação do tipo penal de lavagem de capitais autoriza a conclusão no sentido de que não é necessário expressamente o exaurimento integral das condutas do modelo trifásico para a consumação do crime”. Desse modo, é questionável a responsabilização quando se tem, por um lado, uma conduta neutra (transação financeira) e, de outro, sua execução por subordinado ao dirigente, autorresponsável por levar a termo a operação financeira. É nesse ponto que costumam surgir as teses de *dolo eventual*, no sentido de afirmar o dever aferir da origem lícita do capital do cliente da empresa, e, de igual modo, reprovar a ausência de mecanismos de controle preventivo para tal propósito. Encampa esse modelo de imputação a figura equiparada da “lavagem” de dinheiro, como já exposta, pois que prescinde do elemento de consciência em relação à ilicitude do capital apresentado.

Esses modelos pretendem constituir o dirigente como garantidor legal sob o fundamento da mera prescrição dos deveres jurídicos, como na Lei de “Lavagem” de dinheiro, que positiva conhecidas políticas de gestão como o *know your customer*, em seu art. 10, inc. I⁶³.

Contudo, é preciso frisar, em consonância com a restrição prevista no § 2º, art. 13 do CP, que subsiste a necessidade de demonstrar a possibilidade de se evitar o resultado. Nesse sentido, impõe-se que o dever jurídico para o qual a conduta omissiva representa o seu descumprimento esteja apto justamente a evitar o resultado. Do contrário, isto é, se inócua a conduta devida para evitar o resultado, não há que se falar em *nexo de causalidade* entre este e a omissão.

No caso da “lavagem” de capitais, nota-se que deveres jurídicos de prevenção, a exemplo notório da comunicação contida na art. 11 da Lei nº 9.613/1988, podem não

⁶³ Cf. “Art. 10 – As pessoas referidas no art. 9º: I – identificarão seus clientes e manterão cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes [...]”.

ter o condão de evitar que o crime se consuma. Ora, se a consumação da “lavagem” pode se dar pela *integração* do ativo ilícito ao capital lícito (o que se faz por conduta neutra de transferência bancária, por exemplo), a *comunicação de operação “suspeita”*, ao que é feita em momento posterior à transação financeira, encontra-se, portanto, já em fase de *exaurimento* do crime, sendo, por isso, impunível.

Por fim, reputa-se que a relevância penal da omissão do dirigente deve guardar correspondência com um dever jurídico preestabelecido, e que este, por sua vez, deve demonstrar efetividade para prevenir o resultado típico. Disto se percebe a importância do estudo da disciplina do garantidor legal e, especialmente, dos seus fundamentos materiais. Ora, não se pode concordar com um fundamento genérico, fundado pela pura prescrição legal do dever jurídico, como aqueles previstos na Lei de “Lavagem” de Dinheiro e, principalmente, os que emanam das normas infralegais, sobretudo porquanto o dever em si não se constitui uma elementar da *tipicidade*, conforme já apontado, senão as circunstâncias (materiais) que o fundamentam.

Outrossim, se é o dever legal informador da conduta devida que a esta atribui *a priori* a relevância para fins de imputação, denota-se mais uma vez que a omissão imprópria não possui correspondência com um tipo penal expresso anterior, mas que é verificada, pela baliza da adequação da tipicidade material do resultado lesivo, em momento *posterior* à conduta omissiva. Se a análise de reprovabilidade da omissão é *ex post*, o fundamento material da posição de garantidor legal não pode ser genérico e abranger o descumprimento de *qualquer* conduta hipotética (ou qualquer dever jurídico), senão aquela cuja valoração pós fato demonstrou a efetiva possibilidade de conter o resultado lesivo.

Como consectário lógico dessa conclusão, tem-se que o critério da mera *ingerência* não é um pressuposto válido e legítimo para se aferir da relevância penal da omissão. Com maior razão, no que se refere à responsabilidade do dirigente empresarial para com a tutela preventiva dos bens jurídicos coletivos, pois que a ausência de medidas de *criminal compliance* na corporação não poderá figurar como “conduta devida” para todas as hipóteses de resultados típicos – senão aqueles para

os quais houver preestabelecidas normas mandamentais que efetivamente inibam a materialização da lesão ao bem jurídico.

Aqui, portanto, a principal funcionalidade dos programas de *criminal compliance* para a salvaguarda dos dirigentes empresariais: regulamentar os deveres jurídicos legais e infralegais, no sentido de preestabelecer sob o âmbito em que se desenvolve, a atividade empresarial, quais condutas são de relevância para a prevenção de resultados típicos, e que, por isso, o seu descumprimento se revela um *risco não permitido*.

Com efeito, a eficácia da posição de garantidor é que irá delimitar o grau de responsabilidade do dirigente, na medida em que se possa determinar o seu fundamento material, para além da mera prescrição normativa de deveres jurídicos e o critério da pura ingerência como balizador de relevância penal da conduta.

4 O DIRIGENTE DE EMPRESA COMO GARANTIDOR LEGAL: FUNDAMENTOS MATERIAIS POR DOMÍNIO SOBRE O RESULTADO

Pressuposto lógico e necessário da responsabilidade penal por omissão imprópria do dirigente da empresa é a condição de garantidor.

4.1 EVOLUÇÃO TEÓRICA DA DISCIPLINA DO GARANTIDOR LEGAL EM SUA CORRESPONDÊNCIA COM A TEORIA DAS OMISSÕES

Doravante será feita um estudo sobre a evolução dos modelos estritamente formais até a concepção das fontes materiais do dever de agir e o domínio sobre a fonte do resultado como critério para a equiparação da omissão imprópria à ação.

4.1.1 A posição de garantidor legal e suas fontes fundamentadoras: dos modelos puramente formais à concepção das fontes materiais do dever de agir

A análise até aqui conduzida demonstrou em diversos momentos que a possibilidade de responsabilização do dirigente empresarial converge para o questionamento acerca da sua posição de garantidor legal.

Notadamente, pôr em relevo a atuação administrativa diante da potencial lesividade da atividade empresarial para bens jurídicos traduz, sem dúvida, a efetividade da política criminal expansionista no que essa pretende transferir parte da tutela de valores sociais positivados pelo Direito ao agente privado. Diante disso, a disciplina do garantidor figura como instrumento de salvaguarda em face da amplitude do poder de penar do qual se arrogaram os Estados em escala globalizada. Assim, para melhor estipular os limites dogmáticos da eficácia da posição de garante no âmbito corporativo, é necessário compreender em que contexto se deram a criação e o desenvolvimento das suas principais categorias.

Acrescente-se a isso o fato de que tal evolução teórica não ocorreu em apartado da *teoria das omissões* e, em um contexto geral, da própria *teoria do crime*. Desde o momento em que se concebia, por exemplo, o conceito analítico de crime de inspiração causalista, com Ernst Beling, questionava-se também sobre o fundamento da punibilidade das omissões. A evolução desses estudos demonstra de que maneira as reflexões ora pendiam para uma simples busca pela validação teórica para a responsabilização penal e, noutro momento, para uma necessária sedimentação de restrições aos modelos de imputação.

Um dos traços característicos do conceito de crime de Beling⁶⁴ é a composição da *tipicidade* apenas por elementos descritivos e objetivos, ficando os elementos axiológicos, isto é, aqueles que induzem algum juízo de valor sobre a conduta, na *antijuridicidade*. Desse modo, quando elaborada a primeira sistematização dos crimes omissivos pelo referido autor, as omissões próprias decorreriam de uma análise formal da tipicidade, enquanto as omissões impróprias tinham por parâmetro a antijuridicidade. Vez que o tipo comportaria apenas elementos descritivos e objetivos, ocupando-se obrigatoriamente da *causalidade*, o modelo poderia conduzir à necessidade de se demonstrar que no tipo já estaria configurada uma relação causal entre o ato omissivo e o respectivo resultado. Não obstante, a principal dificuldade seria justamente demonstrar uma causalidade ante a ausência do resultado expresso no próprio tipo, como se dá com a maioria dos delitos omissivos próprios (TAVARES, 2012, p. 132).

Já nesse início de desenvolvimento teórico viam-se as dificuldades em fundamentar a omissão como um correspondente da ação para fins de punibilidade, especialmente porquanto o modelo causal é insuficiente para demonstrar a relação entre o resultado naturalístico e a inação. Assim, fora a *antijuridicidade* a principal anfitriã de categorias axiológicas no conceito de crime, sendo que, especialmente sobre os crimes omissivos, teve o condão de sustentar fundamentos *normativos* para permitir a correspondência entre ação e omissão. Como explana Tavares (2012, p. 133, grifos nossos), a respeito desse desenvolvimento:

⁶⁴ A referência desse estudo é a obra do autor intitulada *Die Lehre vom Verbrechen*, de 1906.

Ao lado, pois, da demonstração de que, na omissão, existe uma causalidade, não importa se real ou hipotética, subsiste, então, uma *outra forma de correspondência, que virá a ser a especial posição ocupada pelo sujeito na ordem jurídica, como obrigado a dar proteção ao bem jurídico*. Em face disso, a ingerência deixa de constituir, exclusivamente, uma base de demonstração da causalidade para inserir-se como *fonte geradora da posição de garantidor, ao lado de outras fontes formalmente instituídas*.

Uma vez admitido um fundamento normativo para a punibilidade dos crimes omissivos, Johannes Nagler⁶⁵ pôde construir, pela primeira vez, uma estrita *teoria da posição do garantidor*. Seu objetivo era proporcionar aos delitos omissivos impróprios uma *base típica*, porém, abstendo-se dos recursos da causalidade natural para sustentar a correspondência entre omissão e ação.

Conforme alude Tavares (2012, p. 133-134), a preocupação de Nagler, assim como a de outros entusiastas da *violação especial de dever* como fundamento de punibilidade das omissões impróprias, era sobre o fato de que essas formas delitivas não estavam expressamente tipificadas – era, portanto, uma questão de relevância não puramente dogmática, senão político-criminal. Diante dessa lacuna, os doutrinadores dividiam-se em preencher a tipicidade por dois modos: ou tratando a omissão como forma de ação, ou procedendo sua equiparação à ação. Nagler, contudo, compõe os deveres jurídicos da posição de garantidor dentro de uma *função preventiva da ordem jurídica*, ampliando as fontes geradoras de dever para além da norma derivada da lei (tipo penal) ou do contrato. Com isso, os deveres jurídicos passam a ser também identificados a partir da sua *ordenação fática no processo social*.

Esse acréscimo fez surgir, em sua sequência, modelos teóricos notabilizados pela ampliação das fontes do dever de agir, consolidando uma guinada metodológica no sentido de verter o objeto de investigação da conduta (ação precedente e sua relação causal com o resultado) para o sujeito em sua condição especial. Em paralelo, o aprimoramento de um conceito de antijuridicidade cada vez mais material, fundado na lesão de bem jurídico, assinalava os limites jurídicos necessários ao atendimento do princípio da legalidade, proporcionando melhor aferição sobre o objeto violado e os alcances da norma incriminadora sobre os

⁶⁵ A referência dessa teoria consta em *Die Problematik der Begehung durch Unterlassung*, de 1938.

delitos omissivos. Nesse caminhar, o fulcro da correspondência entre omissão e ação se constituiu sobre a violação do dever de evitar o resultado, pressupondo-se para tal aferição: a existência de um resultado juridicamente proibido; a não ação de alguém; a capacidade de atuar por parte desse alguém; a submissão desse alguém a um dever de impedir o resultado (TAVARES, 2012, p. 136-137).

Nesse ponto, a disciplina das omissões centra-se na sua correspondência com a ação (afere-se da ação devida o que esta, caso realizada, teria o condão de evitar o resultado para, assim, afirmar que a ela corresponde a omissão), tendo a posição de garantidor uma função essencial para fundamentar a punibilidade. Contudo, a fonte informadora do dever de agir restava ainda limitada à lei, o contrato e *ingerência* – sendo que esta última representava verdadeiramente um expediente de justificação da maior amplitude da ação típica, pois que agravava a ofensividade de condutas omissivas para sustentar sua punibilidade.

Um significativo marco do desenvolvimento das categorias da omissão advém da gradativa substituição desses critérios formais do dever de garante por critérios materiais. Encontra seu ponto de destaque com a elaboração de Armin Kaufmann da sua *teoria das funções*. A nota distintiva empregada nas fontes do dever de garantia se dá em razão da amplitude conferida às formas pelas quais surgiria o dever de impedir o resultado juridicamente proibido.

Conforme aduz Kaufmann (2006, p. 289-290), o objeto do dever jurídico de evitar resultado consiste, na sua forma genérica, em impedir a lesão de bens jurídicos. Desse modo, a tarefa de defesa do garante se orienta em duas direções.

Numa delas, ao agente incumbe *o dever de vigilância do bem jurídico contra todos os ataques*: “La función de protección consiste em la ‘defensa en todos los flancos’ del concreto bien jurídico contra peligros de todo género”. Segundo o autor, a tarefa do *garantidor de proteção* prevalece nas posições *reconhecidas diretamente em preceitos jurídicos ou pela assunção fática de deveres contratuais* (KAUFMANN, 2006, p. 290).

De outro lado, a posição de garante pode também se constituir na *supervisão de determinada fonte de perigo*, “no importando a qué bienes jurídicos amenazan peligros desde esta fuente”. Saliencia Kaufmann (2006) que a tarefa do *garantidor de vigilância* tem por conteúdo *pôr um fim à concreta fonte de perigo*, sendo apenas que secundariamente, ou como efeito reflexo, o dever de garantia se estende aos bens jurídicos ameaçados por essa fonte. No dizer do autor, a defesa exercida diz respeito, portanto, a uma só “direção de ataque”, qual seja, aquela representada pela ameaça ao bem jurídico desde a *fonte que tem o dever de controlar* (KAUFMANN, 2006, p. 290).

Ao dar-se ênfase à proposta de Kaufmann (2006), para além do quanto ela representa em termos de guinada metodológica nos estudos do garantidor, é que as categorias nela desenvolvidas, notadamente a subdivisão entre o *garantidor de proteção* e o *garantidor de vigilância*, denotam uma preocupação a respeito das necessárias limitações à punibilidade da omissão imprópria enquanto conduta equiparada à comissão. Com efeito, já ao seu tempo, Kaufmann (2006, p. 294) pondera que “a posição de garantidor só adquire conteúdo palpável com a referência ao caso concreto”.

Disso se extrai a primazia da análise *ex post* da eficácia do dever de agir para evitar o resultado, no sentido de afirmar a existência de circunstâncias fundamentadoras da posição de garantidor legal. Há de se ter em vista a relevância desse recálculo sobre os pressupostos de equiparação da omissão à ação, sobretudo nas hipóteses em que o dever de agir surge de uma conduta precedente, valorada como apta a expor o bem jurídico a um risco proibido.

Sem dúvida, uma reflexão necessária quanto à proposta de Kaufmann, exatamente, é aquela que marca o aporte de *fonte materiais do dever de agir* à disciplina do garante. Não à toa, assinala Tavares (2012, p. 137), a doutrina contemporânea vem descartando definitivamente a fórmula das fontes puramente formais. Ademais, conforme informa Roxin (2015, p. 1027), doutrina e jurisprudência superior alemãs consagraram a aludida distinção entre os deveres do garantidor, despontando-se,

inclusive, as teses que tratam da sua aplicação no âmbito empresarial, como se verá à frente.

4.1.2 O domínio sobre o fundamento do resultado como critério de equiparação da omissão imprópria à ação e os consectários pressupostos de eficácia da posição de garantidor

Do desenvolvimento desse marco quanto às fontes materiais do dever de garante, destacam-se as contribuições de Schünemann (2009), tanto para os pressupostos da punibilidade da omissão imprópria, bem como em relação aos limites do dever de agir. Segundo o autor, as investigações acerca das distintas posições de garantidor e suas respectivas categorias tendem a se encerrar numa fase inicial de intuição ou, a rigor, de mera discricionariedade subjetiva, quando não tenham por anteposta premissa um “plano de fundo sistemático que permita conhecer o fundamento e limites dos delitos de omissão imprópria”.

Galgando um aprimoramento metodológico, Schünemann (2009) infere que o expediente adequado para investigar questões complexas acerca do dever de agir para evitar o resultado não reside em um pensamento conceitual-dedutivo ou tópico, mas, sim, *tipológico-analógico*. Por este seria possível buscar uma diretriz material que possua, de uma parte, conteúdo suficiente para servir de modelo de um processo de concreção e, de outra parte, se mostre aberto para a análise dos problemas, evitando-se unificar as diferenças dos distintos grupos de casos, mantendo-as em conta ao passo em que se conduz ao fio da concreção. As necessidades de segurança jurídica, dado que também a função de garantia do limite do teor literal fracassa na problemática geral da equiparação, só podem se ter em conta dentro do processo de concreção analógico (SCHÜNEMANN, 2009, p. 275-276).

Com efeito, o ponto de partida da proposta desse autor reside na busca por uma diretriz material de equiparação (entre ação e omissão) que, para servir a um processo de criação (do Direito) e, assim, à concreção analógica, há de ser

formulado como um conceito *tipológico*. Uma vez que a lei penal se mostre insuficiente para informar esse critério, a solução só pode advir de uma conexão entre a natureza das coisas.

O método então empregado para estabelecer a referida diretriz material é de caráter valorativo desde aquilo em que determinadas estruturas da matéria destacam-se como essenciais. Deve ser estabelecido com vistas aos *elementos de identidade entre ação e omissão*. Sem embargo, isso não poderia se embasar na mera *punibilidade* da omissão enquanto fator comum à omissão (como igualdade de merecimento de pena), vez que, assim, ausência é um fundamento material da *culpabilidade*, restando violado o princípio da legalidade. Desse modo, o método de comparação racional entre ação e omissão há de ser informado pelo *caráter comum pré-jurídico penal* entre as referidas categorias de conduta, conforme alude Schünemann (2009).

Eis que surge o questionamento quanto à possibilidade de equiparar fenômenos tão distintos, desde a perspectiva empírica. Segundo Schünemann (2009), sendo um critério de natureza axiológico, a baliza puramente normativa de equiparação entre ação e omissão é insuficiente para possibilitar uma categorização conjunta de ambas: não é a punibilidade por si mesma (enquanto valoração) que pode indicar o que há de comum (*tertium*) entre ação e omissão, mas, sim, o *fundamento* da culpabilidade, isto é, justamente a *estrutura relevante para essa valoração*. Partindo de tal premissa, conclui o autor, delimitando o critério de equiparação:

Por tanto, el criterio decisivo de la equiparación tiene que ser aquella *peculiaridad* de la acción que indica el fundamento lógico-objetivo de sus estructuras. Por tanto, lo que procede es mostrar las estructuras lógico-objetivas (o sea, pre-juricopenales) que pueden fundamentar la punibilidad de la acción y por tanto también la igualdad de la omisión a la comisión (SCHÜNEMANN, 2009, p. 277-279).

Centrando sua análise sobre os crimes de resultado (maioria dos crimes comissivos por omissão), Schünemann (2009) infere que a responsabilização do autor não recai somente sobre sua ação, senão também sobre o decorrente, resultado naturalístico aferível: “al autor se le *imputa* el resultado. El fundamento de esta imputación es, obviamente, la acción”.

No que tange às condutas omissivas, a ausência de uma causalidade mecânica mostra-se a princípio como um marco insuperável no referido expediente de imputação. Entretanto, o método de imputação não deve se restringir à valoração da ação, senão que também ao indivíduo:

Para esto no basta indicar que la persona está en condiciones de dirigir finalmente el curso causal, ya que para una dirección así también está en condiciones aquel que omite una acción de salvamento que le es posible. Pero dado que el curso causal influenciable no se le imputa a cualquier omitente, tiene que haber en la acción un elemento especial que dé lugar a la *conexión* automática *entre persona y resultado*.(SCHÜNEMANN, 2009, p. 279)

A proposta do autor abrange, portanto, desde a metodologia de equiparação da omissão à ação, a eficácia da posição de garante como pressuposto de validade da imputação do resultado típico ao agente – a exigência do dever prévio de agir figura, inclusive, como informador de tipicidade mais apropriado que a *capacidade de ação*, na qual se calcam as doutrinas finalistas. Além de apresentar um elemento de maiores possibilidades de demonstração, que o torna refutável processualmente, o requisito do dever de agir prevalece como uma limitação aos modelos de responsabilização penal, sobretudo quando delimitadas as fontes desse dever.

Por outro lado, o emprego de tal metodologia induz ao questionamento a respeito do que caracterizaria o *movimento corporal* que fundamenta a imputação do curso causal derivado do autor. A resposta não pode se pautar pela causalidade simplesmente considerada, alude Schünemann (2009), pois que essa apenas cuida de levar o resultado naturalístico ao movimento corporal, prescindindo de relacionar este último com o *centro de ação pessoal do indivíduo*.

Desse modo, aduz o referido autor, deve-se aferir do motivo para se imputar determinado resultado típico ao agente, o que não deve ser pautado pela busca de uma causalidade mecânica, de fundação naturalística, pois que exatamente dessa carece a omissão, mas, sim, o *centro pessoal de direção do indivíduo* e o *movimento corporal causador do resultado*. Nas palavras de Schünemann (2009), em termos de conduta, dado que o movimento corporal, como consequência do nexo causal, aparece como fundamento *imediate* do resultado, o domínio imediato desse

fundamento imediato do resultado é, por sua vez, o *fundamento mediato do resultado* que permite a imputação à pessoa.

Chega-se, assim, ao conceito essencial do critério de equiparação: “Así, podemos concebir la imputación de un resultado a una persona em virtud de acción como aplicación particular del principio general de que un resultado se imputa a aquel que ajerce el *dominio sobre el fundamento del resultado*” (SCHÜNEMANN, 2009, p. 282).

Em síntese, em sua elaboração teórica, a imputação do resultado típico deve proceder-se em duas etapas essenciais: a) primeiro, indagar a causa ou fundamento do resultado; b) em seguida, verificar se o omitente exerceu domínio *atual* sobre ela.

Conforme verificado pelo próprio autor, ao subdividir causas do resultado em duas categorias, quais sejam, o *fundamento essencial do resultado* e *vulnerabilidade ou desamparo da vítima*, aproxima-se o fundamento do dever às categorias da posição de garante desenvolvidas em paralelo pela maior parte da doutrina: a de controle de um fonte de perigo (garantidor de vigilância); e a proteção de um bem jurídico (garantidor de proteção). Conforme aduz Schünemann (2009), pela aplicação do critério do domínio sobre o fundamento do resultado, o dever do garantidor se constituirá, assim, como uma consequência da relação pré-jurídico penal, encontrando nesta a sua fonte material.

Como bem observa Perdomo Torres (2001, p. 71), há que verificar, nessa metodologia, a eficácia de um *dever especial* que fundamente o comprometimento do agente com a proteção do bem jurídico ou vigilância da fonte de perigo, no sentido de o implicar sobre o domínio do fato. Desse modo, evita-se que, ao lado das fontes formais, como a lei e o contrato, aportem pela via da *ingerência* deveres genéricos enquanto fonte material da posição de garantidor.

Na mesma linha, defende Demetrio Crespo (2009, p. 72) que as propostas em identificar um elemento comum entre a ação e a omissão, para fins de imputação penal, sobretudo das modalidades *impróprias*, se mostram mais adequadas na medida em que se relacionam com a subsunção direta destas aos tipos penais e à

tese de que não existe distinção entre comissão *ativa* e *omissiva*. Por esses pressupostos, alude o autor, a teoria do garantidor se faz consoante a uma teoria da imputação objetiva – pela qual se permite verificar, ainda, o nexu lógico entre a conduta omissiva, tida por não permitida, e o resultado típico que daí possa eventualmente decorrer.

4.2 FONTES DO DEVER DE GARANTE NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Conforme analisado na seção anterior, o Código Penal brasileiro, ao passo em que consolida o primado da *nulla poena sine culpa* na disciplina genérica das omissões impróprias (art. 13), o faz, todavia, sob inspirações teóricas arraigadas na equiparação causal-finalista da omissão à ação. Em gravame, atente-se que, como dito, o desenvolvimento da disciplina do garantidor não estanca em si, senão que caminha *pari passo* com as propostas de fundamentação da omissão equiparada à ação para fins penais, posto que nem sempre sob mesmo ritmo.

Notadamente, o legislador reformista de 1984, ao aderir à presença hegemônica da orientação finalista nos sistemas penais dos países “centrais”, trouxe à periferia brasileira também fundações clássicas do garantidor legal. Não que nisso se veja qualquer demérito, afinal o finalismo, *welzeliano* sobretudo, figurava como modelo mais sofisticado de dogmática jurídico-penal, especialmente em *teoria do crime*, pelo quanto parecia apresentar fundamentos materiais à culpabilidade – apto, então, a legitimar racionalmente o controle penal.

Sem embargo, o que mais chama atenção é que se fala de uma “hegemonia doutrinária” latente entre as décadas de 1950 e 1960, enquanto que a grandiosa reforma penal brasileira se deu cerca de 25 anos depois. Por óbvio, sequer a doutrina finalista conservava intactos os mesmos princípios teóricos; ademais, nos próprios países “centrais” já predominavam tanto as concepções de sistema penal derivadas do finalismo, como vertentes “opositoras”, a exemplo do *funcionalismo penal*.

Por essa razão, não é de assustar que a parca disciplina legal a respeito do garante de bens jurídicos sequer engendre as categorias mais elaboradas do paradigma finalista. Para se ter alguma ideia sobre o quanto é hoje a lei penal insuficiente, inclusive, para os próprios desideratos expansionistas, nem mesmo a incorporação das fontes materiais do dever de agir se faz presente:

A técnica de situar formalmente as fontes da posição de garantidor foi acolhida, integralmente, no Brasil, já no Anteprojeto de Código Penal de 1962, de autoria de Nelson Hungria, e está igualmente inserida no art. 13, § 2º, do Código Vigente. Contra ela se alega que não atende suficientemente ao princípio da legalidade e nem é capaz de tratar todas as hipóteses geradoras de uma posição de garantidor (TAVARES, 2012, p. 315).

Conseqüentemente, reputa-se que a lei penal, em que defina os fundamentos (formais) do dever de evitar o resultado, não indica quais os resultados atribuíveis ao garantidor legal, sequer os expedientes de se fazê-lo. Conforme aduz Cirino (2017, p. 199),

Esse defeito da legislação penal parece infringir a proibição de *indeterminação legal* do princípio da legalidade, por ninguém saber (a) se todos os bens jurídicos dos tipos de resultado são atribuíveis ao garantidor – o que seria absurdo, ou (b) se apenas os bens jurídicos mais importantes – nesse caso, quais e de que modo? Logo, não se sabe *o que*, nem *quando* criminalizar.

Dessa reflexão impende considerar a necessidade de interpretar as hipóteses de omissão imprópria restritivamente, no sentido de exigir que o resultado típico materializado possa ser atribuído como causa da conduta do indivíduo, desde uma perspectiva racional e abrangente do fundamento material da equiparação entre a omissão perpetrada e o núcleo do tipo comissivo aludido.

Tudo isso reforça a necessidade de revisão das categorias teóricas da posição do garantidor legal, no sentido de definir as fontes, sobretudo materiais, do seu dever agir. Com efeito, para o que a lei penal se mostra desatualizada em relação à doutrina das omissões, em nada fica atrás a disciplina do garantidor.

Embora exija a equiparação da omissão à ação como requisito de punibilidade, a lei penal brasileira não dispõe de um critério essencial de imputação fundado sob algum referente empírico específico. Concentra-se a aferição de culpabilidade e,

desse modo, de eficácia da posição de garantidor legal – especialmente em relação à figura da *ingerência* prevista na alínea “c” do dispositivo citado –, na demonstração de nexos causal entre a omissão e o resultado típico, muito embora não se aponte o expediente para tanto.

4.3 FUNDAMENTOS DA POSIÇÃO DE GARANTIDOR LEGAL DO DIRIGENTE EMPRESARIAL: DOMÍNIO SOBRE O RESULTADO E CRIAÇÃO DE RISCO NÃO PERMITIDO

Em vista às insuficiências da disciplina legal, doutrina e jurisprudência figuram como verdadeiros legatários do dever de erigir os pressupostos basilares para a eficácia da posição de garantidor do dirigente empresarial, bem como a metodologia da imputação do resultado lesivo por eventual omissão imprópria. As dificuldades, como já apontadas, incluem o próprio caráter controverso e indefinido das discussões que por si já abrangem esses objetos, agravando-se, quando se trata da aplicação dos mesmos sobre a complexa estrutura de operação corporativa.

Sem embargo, vez que se abstém de qualquer pretensão de exaurir ou dar contornos absolutos a toda matéria até aqui revolvida, torna-se possível sustentar parâmetros mínimos, em suplementação das lacunas legais, visando à efetividade das garantias individuais por meio de pressupostos racionais de imputação da conduta omissiva de dever jurídico.

O ponto de partida seria, então, mensurar os critérios que podem identificar o dirigente de empresa como um garantidor legal. Pelo quanto se viu, o critério a se adotar deve, pois, ser aquele que o aproxima do âmbito das relações sociais engendradas pelo Direito Penal: a exposição de bens jurídicos a lesões injustas, já superados os filtros da fragmentariedade e subsidiariedade da tutela penal.

Gerir uma atividade empresarial tida por de “risco” à salvaguarda de bens jurídicos, se assim considerado, tem por potencial a concretização de resultados abrangidos por normas proibitivas; incriminadoras, de fato, em se tratando da tutela penal. Em

que pese a atividade empresarial se desenvolva, via de regra, sob parâmetros técnicos e autorizações emanadas do próprio Estado, a materialização de danos, notadamente, para além da “expectativa de tolerância” pelos benefícios sociais da produção empresarial, legitima o exercício do controle, porém nem por toda forma aleatória ou mesmo arbitrária. Como já se pontuou, o controle social, enquanto manifestação de poder, tem sua legitimidade pautada por seu grau de racionalidade; esta que se mede de acordo com a coerência interna dos discursos do sistema penal.

A pretensão de responsabilidade, desse modo, deve atender à sofisticação da complexidade estrutural da empresa moderna, sobretudo no que tange à notória burocratização dos seus processos internos, os quais fundam uma rede capilar por onde escoia o poder decisório em conformidade com o regimento hierárquico.

Assim, é preciso ter-se em vista que, muito embora seja o dirigente aquele primeiro a assumir o dever de *controlar a fonte de perigo* que a atividade empresarial representa, o faz sem dúvida por meio do estamento burocratizado de pessoas (subordinados) e procedimentos (autorregulação) que lhes estão dispostos. Note-se ademais que, ao falar da empresa “fonte de perigo”, reputa-se no mais das vezes a estruturas de porte significativo, capazes de afetar expressivo número de indivíduos com suas ações. Em contextos como esse, sem dúvida, não se verificará aquele quem dirige ou administra a atividade acumulando a função de executá-la por si. Com efeito, denota-se que a distinção de funções, ao longo do processo empresarial, induz, outrossim, a *distinção do grau de domínio sobre a fonte de perigo*.

O critério do domínio sobre a fonte de perigo figura, que se traduz, em termos de imputação penal, como *fundamento do resultado*, visto anteriormente, figura como uma metodologia, aferição racional de responsabilidade pelos efeitos da atividade empresarial. Assume a baliza da culpabilidade pelo eventual resultado típico derivado da atividade empresarial, porém o faz senão em consonância com outros pressupostos, a exemplo da efetiva criação de um risco proibido por algum sistema normativo. Vejam-se todos esses pressupostos.

Ao se aportar tal teoria sobre os pressupostos de responsabilização do dirigente empresarial, afirma-se, de um lado, a necessidade em se aferir a eficácia da prerrogativa decisional para o exercício do domínio sobre o resultado típico; e, de outro lado, a qualidade, para fins penais, dos seus deveres remanescentes de garantidor de vigilância.

Por uma lógica elementar, pela qual *a maiori, ad minus*, se o nexos de causalidade, eleito pelo legislador como requisito essencial de equiparação entre ação e omissão, não pode ser aferido senão por um expediente hipotético sobre bases empíricas, também será possível o uso do método de identificação do domínio sobre o fundamento do resultado. Afinal, em ambos os casos, o que se está a fazer é uma escolha valorativa a respeito do método de imputação a se adotar, o que não guarda qualquer aspecto antinômico em relação à lei. Aliás, pode nela encontrar respaldo, inclusive, na medida em que a metodologia se mostre efetiva para fundamentar a imputação em consonância com as garantias fundamentais do indivíduo.

Em primeiro plano, destarte, há de se aferir da eficácia de um dever jurídico de agir para evitar um resultado típico, o qual teria o condão de implicar o dirigente empresarial na forma de um garantidor legal para fins penais. Conforme visto alhures, é certo que a mera prescrição de um dever jurídico não pode por si fundamentar a posição de garantidor legal do dirigente, seja por proteção direta de bens jurídicos ou pela vigilância da fonte de perigo que representa a atividade empresarial.

Assim afirma Tavares (2012, p. 320):

Não podem ser assemelhadas à lei o decreto, o regulamento, a resolução, as instruções normativas ou qualquer outro ato emanado dos órgãos do Estado que não preencham aquelas condições [referidas pelo processo legislativo na Constituição Federal]. Essa interpretação restritiva decorre justamente dos termos do art. 5º, II, da Constituição da República, pela qual *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*. [...] as obrigações de proteção ou vigilância decorrentes da lei, ainda que de forma direta, não fundam, por si sós, um dever de garantidor, o qual depende dos pressupostos conferidos à forma e ao modo da relação entre o omitente e o bem jurídico, bem como entre aquele e as fontes produtoras de perigo.

Por outro lado, não se olvida da validade do critério da *ingerência* (contido essencialmente na norma do art. 13, § 2º, “c”, do CP) para fundamentar o dever agir, submetido, contudo, à observação de determinados pressupostos.

O primeiro decorre exatamente do *domínio sobre o fundamento do resultado típico* enquanto critério de equiparação entre omissão e ação. Uma vez que a essência da atividade empresarial reside em grande parte na característica divisão de funções e, bem assim, na cadeia hierárquica disposta entre dirigentes e subordinados, são prementes os limites da responsabilização por ingerência. Com a delegação de funções operativas relacionadas à atividade empresarial, transfere-se parte significativa do domínio que se exerce diretamente sobre a fonte de perigo.

Nesse sentido, Roxin (2015, p. 1042) critica uma atribuição de responsabilidade penal por deveres de vigilância, ao dirigente empresarial, sem as limitações devidas, pelo que corrobora a valoração da *autorresponsabilidade* para fins penais:

É questionável se isso procede, especialmente tendo em vista a delegação de tarefas horizontal e vertical em uma empresa. A distribuição de tarefas significa, reconhecidamente, que cada administrador, no âmbito da divisão de trabalho, toca apenas um determinado círculo de deveres para o qual essa pessoa é, em regra, especialmente competente. Uma posição de garantidor deve se orientar, no que diz respeito ao conteúdo e à amplitude, por esse concreto círculo de deveres que o responsável assumiu. Uma ampla posição de garante com deveres de vigilância também de outros administradores aniquilaria uma estrutura de responsabilidades baseada na divisão de trabalho em uma empresa.

Nota-se que não se está a defender a impossibilidade de responsabilização do dirigente por decorrência das delegações de funções relativas ao domínio da fonte de perigo; que se constata, por consectário lógico da relação entre conduta omissiva e resultado, é que, se não detém domínio direto do fundamento do resultado, isto é, se não pode por suas próprias ações materializar o resultado típico, a culpabilidade resta significativamente dirimida. Sem embargo disso, é possível a verificação de responsabilidade quando o resultado decorre senão em alguma medida de algum lapso, por parte do dirigente, do seu dever de vigilância, quando se configurar, propriamente, na criação de um risco não permitido.

Nesse ponto, os deveres jurídicos constantes de normas legais ou mesmo infralegais figuram como informadores das condutas preventivas eficazes à evitação do resultado típico, as quais, quando não levadas a termo, traduzem-se justamente na criação do risco não permitido. Subsiste ainda, sem embargo, a necessidade de demonstração de que o resultado típico decorreu exatamente do risco não permitido criado, isso com expediente de verificação de que, mesmo não exercendo domínio *direto* sobre o fundamento do resultado, a conduta omissiva concorre para a formação de circunstância proibida segundo um parâmetro normativo.

É preciso ainda observar a controversa atribuição de culpabilidade por autoria mediata, face à distância do dirigente com a execução da atividade empresarial, pois que, em se tratando de crime comissivo *por omissão*, não há *domínio do fato típico*, afinal, é a omissão exatamente a falta de tal domínio.

Demetrio Crespo (2009, p. 92) aduz que atualmente se reconhece a responsabilidade penal do dirigente em vista a uma posição de garantidor derivada da atividade empresarial, porém não sem estabelecer pressupostos de imputação e, outrossim, admitindo-se a qualquer sorte responsabilidade genérica, aferida tão somente em função da fonte de perigo da atividade por si. Sem embargo, a responsabilidade decorre no mais das vezes pelo sobrelevo da ingerência enquanto fonte material do dever de evitar resultados abrangidos em normas penais.

Desse modo, constata-se que a posição de garantidor do dirigente empresário é inerente ao seu compromisso de *vigilância* da fonte perigo aos bens jurídicos penalmente tutelados. Contudo, tendo em vista que no mais das vezes não executa, por si, diretamente as operações que consubstanciam a atividade empresarial, não exerce, por *consectário*, *domínio sobre o fundamento* do eventual resultado típico disso derivado. Embora isso, remanescem os deveres de prevenção, inobstante a não caracterização de uma posição de garantidor em função isolada disso; que há a possibilidade em se verificar a concorrência paralela e, assim, indireta, da não adoção ou descumprimento das medidas de prevenção positivadas, em lei ou mesmo normas infralegais – criação de risco não permitido –, para a materialização do resultado abrangido por norma penal incriminadora.

Conforme pontua Demetrio Crespo (2009, p. 166), não se faz necessário desempenhar o controle da fonte de perigo pessoalmente e de forma constante para que resta adimplido o dever de prevenção inerente ao dirigente empresarial, veja-se que

Se trata, pues, del establecimiento de los adecuados mecanismos de control, así como de la supervisión personal y diligente de su buen funcionamiento y, en su caso, de la adopción y ejecución de los acuerdos pertinentes para mejorar el sistema de control o corregir sus deficiencias, una vez detectadas.

Noutro giro, os programas de *criminal compliance* despontam como relevante instrumento de salvaguarda dos dirigentes contra as imputações injustas, na medida em que preestabelecem o âmbito de *autorresponsabilidade* em cada nível hierárquico da empresa, assim denotando as condutas devidas e bem assim aquelas que se constituem em criação de risco não permitido, pautando-se a valoração sobre os riscos inerentes à atividade empresarial desenvolvida e às formas pelas quais se exerce o domínio do resultado típico.

Nesse sentido, a própria normatividade oriunda da autorregulação da empresa é fonte válida (*soft law*) para predeterminar o âmbito de autorresponsabilidade de cada indivíduo ao longo da cadeia hierárquica que se estende na empresa. Além de efetivar o sistema de prevenção ao redor dos procedimentos que levam à termo a atividade empresarial, estabelece as condutas qualificadas como de risco não permitido, o que, sem dúvida, baliza a aferição de culpabilidade pelo eventual resultado típico, balizado pelo grau de domínio sobre a causa essencial deste.

O próprio programa de *criminal compliance*, por exemplo, é apto para sobrelevar os deveres de conduta que reputam aos pontos sensíveis em que bens jurídicos penalmente tutelados são expostos. Nesse sentido, não cria qualquer sorte de dever jurídico para figurar enquanto informador do dever de agir (fonte material da posição de garantidor legal), mas sedimenta os limites da responsabilização a partir do grau de comprometimento assumido por cada agente em tornar efetivas as medidas de prevenção emanadas tanto da *hard* como da *soft law*.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

- 1) Nos últimos anos, tem-se verificado um acréscimo da ideia de “risco” social, o que é provocado pela comoção social causada pelo fato, repercutindo, assim, no aumento ou na diminuição do conteúdo dos deveres de cuidado a serem observados, bem como sobre a margem de risco permitida, se verificado um expansionismo do Direito Penal em áreas que outrora eram alheias a ele, suprimindo garantias individuais e se distanciando das suas bases teórico-dogmáticas, o que lhe tem ocasionado uma crise de legitimidade e esvaziado as funções da pena;
- 2) Esses “riscos” estão sujeitos a processos sociais de definição, sendo a empresa, em razão da sua elevada complexidade e características (descentralização, organização e delegação), considerada uma “fonte produtora de riscos” de lesão a bens jurídicos penalmente tutelados;
- 3) As sobreditas características da empresa dificultam sobremaneira a observância dos requisitos necessários à imputação objetiva e subjetiva de responsabilidade penal a uma pessoa física, individualmente; entretanto, toda e qualquer responsabilização penal somente deverá ocorrer quando encontrar respaldo na dogmática jurídica, sendo inconcebível a sua utilização com uma finalidade exclusivamente de política, de prevenção geral ou especial. Isso porque o Direito Penal é um sistema de imputação em que o núcleo da sua função social perpassa pela determinação de critérios previsíveis e razoáveis de atribuição de responsabilidade individual por um fato típico;
- 4) Visando a dar conformidade a uma atuação preventiva do Estado e assegurar um maior controle social, compartilhando com o particular essa responsabilidade por evitar a prática de atos infracionais e consequente lesão a bens jurídicos, ante a elevada complexidade das estruturas organizacionais, instituiu-se a figura da “autorregulação regulada”, espécie das chamadas *soft*

laws, em que o particular tem liberdade organizativa interna, sujeitando-se, entretanto, às normas e aos regulamentos expedidos pelo ente público que incidam sobre sua atividade. Isto é, o empresário tem liberdade para se auto-organizar, mas em consonância com os objetivos políticos, sociais, econômicos etc. do próprio Estado, o que, conseqüentemente, produz efeitos jurídicos, inclusive sobre a sua responsabilidade criminal;

- 5) Os programas de *criminal compliance* são espécies de “autorregulação regulada” e tiveram previsão expressa no Brasil por meio da Lei Anticorrupção, a qual instituiu tais programas, exclusivamente, como causa de atenuação de eventual pena a ser imposta às pessoas jurídicas, porém, inegavelmente, eles repercutem sobre a responsabilidade penal da pessoa física, nomeadamente no que concerne às responsabilizações por omissão imprópria, porquanto por intermédio deles se instituem deveres, delegam-se competências e atribuições, bem como se estabelecem as margens de risco permitido, observância ao princípio da autorresponsabilidade (ou confiança) e limite à imputação objetiva;
- 6) Inobstante os programas de *criminal compliance* instituíam deveres que repercutem juridicamente, a responsabilização penal por omissão imprópria não pode ter como fundamento, unicamente, o descumprimento de dever jurídico, o que representaria uma ofensa, dentre outros, ao princípio da legalidade, taxatividade e segurança jurídica. Isso porque as circunstâncias que fundamentam o dever jurídico incidem sobre o tipo penal, mas não o dever jurídico em si”. Dessa forma, a referida teoria tem de ser construída a partir dos elementos que, verdadeiramente, contribuem para o resultado danoso abrangido pelos tipos penais;
- 7) A reprovabilidade da omissão imprópria tem de ser verificada em momento ulterior (*ex post*) à conduta omissiva, de forma que o fundamento legal da posição de garantidor do empresário não pode ser genérico e abranger o descumprimento de qualquer conduta hipotética (ou qualquer dever jurídico),

senão aquele cuja valoração pós fato demonstrou a efetiva possibilidade de conter o resultado lesivo;

- 8) A posição de garantidor do empresário é inerente ao seu compromisso de vigilância da fonte de perigo aos bens jurídicos penalmente tutelados, contudo, tendo em vista que, na maioria das vezes, não executa, por si só, o domínio sobre o fundamento do resultado, ante a delegação de funções. Embora isso, remanesçam os deveres de prevenção, inobstante a não caracterização de uma posição de garantidor em função isolada disso; que há é possibilidade em se verificar a concorrência paralela, e, assim, indireta, da não adoção ou descumprimento das medidas de prevenção positivadas em lei ou mesmo normas infralegais – criação de risco não permitido –, para a materialização do resultado abrangido por norma penal incriminadora;
- 9) Os programas de *criminal compliance* são relevantes instrumentos de salvaguarda dos dirigentes contra as imputações injustas, na medida em que preestabelecem o âmbito de *autorresponsabilidade* em cada nível hierárquico da empresa, assim denotando as condutas devidas e bem assim aquelas que se constituem em criação de risco não permitido, pautando-se a valoração sobre os riscos inerentes à atividade empresarial desenvolvida e às formas pelas quais se exerce o domínio do resultado típico;
- 10) Os programas de *criminal compliance* são aptos para sobrelevar os deveres de conduta que reputam aos pontos sensíveis em que bens jurídicos penalmente tutelados são expostos. Nesse sentido, sedimentam os limites da responsabilização a partir do grau de comprometimento assumido por cada agente em tornar efetivas as medidas de prevenção emanadas tanto da *hard* como da *soft law*.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Eduardo Lemos Lins de. **Risco, Autorregulação e Compliance:** bases para um modelo de responsabilização autônoma das pessoas jurídicas no Direito Penal. 2017. 273 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017.
- ALMEIDA, Joana Ramos de. **Os crimes por omissão:** em especial a ingerência enquanto plano do dever de garante. 2015. 66 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015.
- BACIGALUPO, Enrique. **Manual de Derecho Penal:** Parte General. Bogotá: Temis, 1996.
- BACIGALUPO, Enrique. **Delitos Improprios de Omisión.** Madrid: Dykinson, 2005.
- BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y Derecho Penal.** Pamplona: Aranzadi, 2011.
- BACIGALUPO, Silvina. **Autoría y Participación en Delitos de Infracción de Deber:** una investigación aplicable al Derecho Penal de los negocios. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- BARBOSA, Julianna Nunes Targino. **A culpabilidade na responsabilidade penal da pessoa jurídica.** 2014. 207 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro.** 5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- BATISTA, Nilo. **Novas tendências do Direito Penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância líquida:** diálogos com David Lyon. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2013.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Critérios político-criminais da intervenção penal no âmbito econômico: uma lógica equivocada. In: FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael (Coord.). **Direito Penal Econômico:** questões atuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco:** rumo a uma outra modernidade. 2.ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BERMEJO, Mateo G.; PALERMO, Omar. La intervención delictiva del compliance office. In: MONTIEL, Juan Pablo; KUHLEN, Lothar; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (Ed.). **Compliance y teoría del Derecho Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 171-208.

BERRUEZO, Rafael. **Delitos de Domínio y de Infracción de Deber**. 2.ed. Buenos Aires: Bdef, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, v. I. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOCK, Dennis. *Compliance* y deberes de vigilancia en la empresa. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (Org.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A Lei Anticorrupção como lei penal encoberta. **Revista Consultor Jurídico**, 8 jul. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-08/direito-defesa-lei-anticorruptao-lei-penal-encoberta>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

BRAGA, Vinícius Gil. Sociedade, pluralidade e Direito Penal: breves considerações acerca do distanciamento dogmático e uso simbólico do Direito Penal. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CARVALHO, Salo de (Org.). **A crise no processo penal e as novas formas de administração da justiça criminal**. Porto Alegre: Notadez, 2006. p. 121-134.

BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no Direito Penal brasileiro. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, ano 1, n. 1, jul./dez. 2004.

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

BRASIL. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 mar. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 14 abr. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017.

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] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1 ago. 2013. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em: 14 abr. 2017.

BRASIL. Decreto nº 8420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa 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**, Brasília, DF, 18 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 14 abr. 2017.

BUERGO, Blanca Mendonza. **El derecho penal em la sociedad del riesgo**. Madrid: Civitas, 2001.

BURKHARDT, Björn. Dogmática penal afortunada y sin consecuencias. In: MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord.). **La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio**. España: Tirant lo Blanch, 2004. p. 119-157.

BUSATO, Paulo César. **Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. 5.ed. São Paulo: Atlas 2015.

BUSATO, Paulo César; REINALDET, Tracy. Crítica ao uso dogmático do *compliance* como eixo de discussão de uma culpabilidade de pessoas jurídicas. In: DAVID, Décio Franco (Org.). **Compliance e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2015.

CARDOSO, Débora Motta. **A extensão do Compliance no Direito Penal: análise crítica na perspectiva da Lei de Lavagem de Dinheiro**. 2013. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias: a crise do direito e do processo penal, o garantismo jurídico, as teorias da pena, os sistemas de execução, a lei de execução penal, os conflitos carcerários, os direitos (de resistência) dos presos**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHORRES, Hesbert Benavente. **La Imputación Objetiva en la Comisión por Omisión**. 2005. 322 f. Tese (Doutorado) – Curso de Derecho y Ciencia Política, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2005.

COBO, Paula Hernández. Plan de acción e implantación del *compliance program*: plan de prevención, detección y reacción. In: SÁIZ PEÑA, Carlos Alberto (Coord.). **Compliance: cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa**. Pamplona: Aranzadi, 2015.

COCA VILA, Ivó. Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; FERNÁNDEZ, Raquel Montaner. (Org.). **Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas**. Barcelona: Atelier, 2013.

CÓDIGO FEDERAL DOS ESTADOS UNIDOS. Cláusulas Anti-Suborno e sobre Livros e Registros Contábeis da Lei Americana Anti-Corrupção no Exterior. 1998. Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-portuguese.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2016.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Org.). **Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações**. São Paulo: Atlas, 2010.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Algunas cuestiones político-criminales sobre la corrupción privada. Límites y eficacia de los compliances. In: IBARRA, Juan Carlos Hortal; IVÁÑEZ, Vicente Valiente; MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MARTÍN, Víctor Gómez (Org.). **Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal**. Madrid: Edisofer, 2014.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. **Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Corrupção na história do Brasil: reflexões sobre suas origens no período colonial. In: DEBBIO, Alessandra del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Org.). **Temas de anticorrupção e compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 19-32.

COSTA, Flávio; AZEVEDO, Guilherme. Nova relação da Odebrecht com o poder é um fator de risco. **UOL**, São Paulo, 25 mar. 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/03/25/nova-relacao-da-odebrecht-com-o-poder-e-um-fator-de-risco-diz-o-monitor-do-acordo-de-leniencia.htm>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. **Responsabilidad Penal por Omisión del Empresario**. Madrid: Iutssel, 2009.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica: Teoria do Crime para Pessoas Jurídicas**. São Paulo: Atlas, 2015.

ESCUADERO, Marta. Diagnóstico y mapa de riesgos de compliance. In: SÁIZ PEÑA, Carlos Alberto (Coord.). **Compliance: cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa**. Pamplona: Aranzadi, 2015.

ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade Penal de Dirigentes de Empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. 326 p.

ESTÉVEZ, Juan María Rodríguez. **Riesgo Penal para Directivos de Empresa**: Atribución de responsabilidad penal. Montevideo: Bdef, 2016. 326 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Dreito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FEUERBACH, Paul Johann. **Tratado de Direito Penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FIGUEIREDO, Rudá Santos. **Direito de Intervenção e Lei 12.846/2013**: adoção do *compliance* como excludente de responsabilidade. 2015. 231 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

FORTINI, Cristiana. Uma rápida comparação entre a Lei 12.846/13 e norte-americano foreign corrupt practices act (FCPA). **Direito do Estado**, 24 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/cristiana-fortini/uma-rapida-comparacao-entre-a-lei-1284613-e-norte-americano-foreign-corrupt-practices-act-fcpa>>. Acesso em: 19 out. 2016.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte geral. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

FRONTINI, Paulo Salvador. Crime econômico por meio da empresa. Relevância da omissão casual. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Orgs.). **Direito Penal Econômico e da Empresa**: Direito Penal Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 2.

GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 60, n. 15, p. 129-147, jun. 2015. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2015/08/lei-anticorruptcao-compliance.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

GARCIA, Mônica Nicida. A Convenção Interamericana contra a Corrupção e o Ministério Público. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/comissoes-e-grupos-de-trabalho/combate-crimes-cirberneticos/artigos-1/A%20CICC%20e%20o%20MP.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2016.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos de. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GONZÁLES, Oscar Peña; ALTAMIRANO, Frank Almanza. **Teoría del Delito**: Manual Práctico para su Aplicación en la Teoría del Caso. Lima: Editorial Nomos & Thesis, 2010.

GONZÁLEZ GUERRA, Carlos. La protección penal del derecho a la verdad sobre la información empresarial. Espacios de riesgo penalmente irrelevante en el delito de falsedad en documentos sociales. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Org.). **¿Libertad económica o fraudes punibles?** Madrid: Marcial Pons, 2003.

GORGA, Maria Luiza. **Minimizando riscos: compliance** penal para o profissional da Medicina. 2016. 116 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

GRAMAJO, Edgardo. **La Acción en la Teoría del Delito**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1975.

GREGORI, Jose Maria Escriva. **La Puesta en Peligro de Bienes Jurídicos em Derecho Penal**. Barcelona: Bosh: Casa Editorial, 1976.

HIRECHE, Gamil Föppel El. **Da (i)legitimidade da tutela penal da ordem econômica: simbolismo, ineficiência e desnecessidade do direito penal econômico**. 2011. 432 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011.

IBARRA, Juan Carlos Hortal (Coord.); IVÁÑEZ, Vicente Valiente (Coord.). **Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal**. Madrid: Edisofer, 2014.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal Parte General: fundamentos y teoría de la imputación**. 2.ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de Derecho Penal: parte general**. Barcelona: Casa Editorial, 1981, v. 2.

JESUS, Damásio de. **Imputação Objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Geral**. 33.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. 2.ed. Bauru (SP): Edipro, 2008.

KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Madrid: Marcial Pons, 2006.

KUHLEN, Lothar. Compliance y Derecho Penal En Alemania. In: IBARRA, Juan Carlos Hortal; IVÁÑEZ, Vicente Valiente; MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MARTÍN, Victor Gómez (Org.). **Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal**. Madrid: Edisofer, 2014.

LEITE, André Lamas. **As posições de garantia na omissão imprópria: em especial, a questão da determinabilidade penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

LEVI-FAUR, David. The global diffusion of regulatory capitalismo. **The annals of the American Academy of Political and Social Science**, n. 598, p. 12-32, Mar. 2005. Disponível em: <<http://poli.haifa.ac.il/~levi/levifaur-framework.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

LÜDERSEN, Klaus. Law and economics nella politica criminale. In: _____. **II declinio del diritto penale**. Milano: Giuffrè, 2005.

LYRA FILHO, Roberto; CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Apostilas de Direito Penal**. Brasília: Editora de Brasília, 1969.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis et al. Responsabilização por ilícitos praticados no âmbito de pessoas jurídicas: uma contribuição para o debate público brasileiro. **Série Pensando O Direito**, Brasília, Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, n. 18, p. 1-76, nov. 2009. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/viewFile/195/184>>. Acesso em: 22 fev. 2017.

LUZ, Ilana Martins. Compliance e omissão imprópria. Belo Horizonte: D'plácido, 2018. 330 p.

MARTINS-COSTA, Antônio Goya de Almeida. **Posição de Garantia em Direito Penal**: a problemática da equiparação na omissão imprópria. 2016. 205 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MILLER, Geoffrey Parsons. **The law of governance, risk management, and compliance**. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

MINISTRY OF JUSTICE. **The Bribery Act**. 2010. Disponível em: <<https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2016.

MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal**: fundamentos e Teoria do Delito. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIR PUIG, Santiago et al (Org.). **Responsabilidad de la empresa y compliance**: programas de prevención, detección y reacción penal. Madrid: Edisofer, 2014.

MOCCIA, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Org.). **Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin**. Barcelona: Bosch, 1997.

MONTIEL, Juan Pablo. Autolimpieza empresarial: *compliance programs*, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (Org.). **Compliance y teoría del Derecho Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

MONTT, Mario Garrido. **Derecho Penal**: parte general. 2.ed. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. A principiologia no Direito Administrativo Sancionador. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 28, p. 1-19, nov. 2012. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-37-JAN-2014-FLAVIO-AMARAL-DIOGO-NETO.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2017.

MORILLAS, Paula Armentia. Canal de denuncias. In: SÁIZ PEÑA, Carlos Alberto (Coord.). **Compliance**: cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa. Pamplona: Aranzadi, 2015.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal y control social**. Bogotá: Temis, 1999.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Princípios político criminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de Código Penal Español de 1994. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Orgs.). **Direito Penal Econômico e da Empresa**: Direito Penal Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 2.

MURCIA, Fernando Dal-Ri. **Relevância dos red flags na detecção do risco de fraudes nas demonstrações contábeis**: a percepção de auditores independentes brasileiros. 2007.106 f. Dissertação (Mestrado em Contabilidade) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007.

NICEFORO, Alfredo. **La transformación del delito en la sociedad moderna**. Madrid: Librería General de Victoriano Suarez, 1902.

NIETO MARTÍN, Adán. El Derecho Penal Económico Español. **Revista del Programa de Derecho de la Universidad de Ibagué**, Colombia, n. 9, 2005.

NIETO MARTÍN, Adán. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa. In: FERNANDEZ, Miguel Bajo; BACIGALUPO, Silvina; DÍEZ, Carlos Gómez-Jara (Org.). **Gobierno corporativo y derecho penal**: mesas redondas derecho y economía. Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2008.

NIETO MARTÍN, Adán. **El Derecho Penal Económico en la Era Compliance**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013a.

NIETO MARTÍN, Adán. Problemas Fundamentales del Compliance y el Derecho Penal: Problemas Fundamentales Del Cumplimiento Normativo En El Derecho

Penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (Org.). **Compliance y Teoría del Derecho Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013b. p. 21-50.

OLIVARES, Gonzalo Quintero. **Represion penal y estado de derecho**. Barcelona: Dirosa, 1976.

ORTEGA, Yván Figueroa. **Delitos de infracción de deber**. Madrid: Dykinson, 2008.

PAGOTTO, Leopoldo. Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.). **Temas de anticorrupção e compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Ingerência indevida: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011.

PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. **La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión**. Bogotá: Uniservidad Externado de Colombia, 2001.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PLANAS, Ricardo Robles. **Deberes negativos y positivos en Derecho Penal**. Barcelona: Indret, 2013.

PUYOL MONTERO, Javier. La figura del compliance officer: características y responsabilidades. In: SÁIZ PEÑA, Carlos Alberto (Coord.). **Compliance: cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa**. Pamplona: Aranzadi, 2015.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Salvador: JusPodivm, 2013.

RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o delito econômico e a sua delimitação. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org.). **Direito Penal Econômico e da Empresa: Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 2.

RODRIGUES, Marta Felino. **A Teoria Penal da Omissão e a Revisão Crítica de Jakobs**. Coimbra: Almedina, 2000.

ROSSETTI, José Paschoal; ANDRADE, Adriana. **Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ROXIN, Claus. **Problemas básicos del Derecho Penal**. Madrid: Reus S. A., 1976.

ROXIN, Claus. **Teoría del Tipo Penal: Tipos Abiertos y Elementos del Deber Jurídico**. Buenos Aires: Depalma, 1979.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 3.ed. Lisboa: Vega, 1998.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROXIN, Claus. Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 15, mar. 2007.

ROXIN, Claus. **Novos Estudos de Direito Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2014.

ROXIN, Claus. **Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2016.

ROXIN, Imme. Responsabilidade do administrador de empresa por omissão imprópria. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org.). **Direito penal e processo penal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RUIZ, Maria Ángeles Cuadrado. **La Responsabilidad Por Omisión de Los Deberes Del Empresario: análisis crítico del art. 365 del Código Penal**. Barcelona: Bosch, 1998.

SAAD-DINIZ, Eduardo. O sentido normativo dos programas de *compliance* na APN 470/MG. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 933, jul. 2013.

SABINO JÚNIOR, Vicente. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1967.

SALAZAR ORDÓÑEZ, Paúl Esteban. **La responsabilidad penal por comisión por omisión de los guías penitenciarios: ensayo jurídico**. 2016. 83 f. Monografía (Graduação) – Universidad San Francisco de Quito, Quito, 2016.

SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo. **Imputación objetiva en el Derecho Penal Económico y empresarial: esbozo de una teoría general de los delitos económicos**. Barcelona: Indret, 2009.

SÁNCHEZ, Javier Vera Gómez Trelles. **Delito de Infracción de Deber y Participación Delictiva**. Madrid: Marcial Pons, 2002.

SANGUINÉ, Livia de Maman. **O direito de não produzir prova contra si mesmo no processo penal ("nemo tenetur se detegere")**. 2010. TCC (Graduação) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, Rio Grande do Sul, 2010.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 7.ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SCANDELARI, Gustavo Britta. As posições de garante na empresa e o criminal compliance: primeira abordagem. In: GUARANI, F. A.; BUSATO, P. C. (Ed.). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 158-199

SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia**. Madrid: Marcial Pons, 2009.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

SGUBBI, Filippo. **El delito como riesgo social**. Buenos Aires: Adhoc, 1998.

SIEBER, Ulrich. Programas de compliance no direito penal empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. In: VIEIRA, Willian Terra de et al (Org.). **Direito Penal econômico: estudos em homenagem ao professor Klaus Tiedemann**. São Paulo: Liber Ars, 2013.

SILVA, Eduardo Sanz de Oliveira e. Direito Penal preventivo e os crimes de perigo: uma apreciação dos critérios de prevenção enquanto antecipação do agir penal no Direito. In: COSTA, José de Faria (Coord.). **Temas de Direito Penal Econômico**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales**. Madrid: Civitas, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **El Delito de Omisión: concepto y sistema**. 2.ed. Buenos Aires: Bdef, 2003.

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

SILVEIRA, V. César da. **Tratado da Responsabilidade Criminal**. São Paulo: Saraiva, 1955.

SOLER, José-Ignácio Gellego. Criminal compliance y processo penal. Reflexiones iniciales. In: IBARRA, Juan Carlos Hortal; IVAÑEZ, Vicente Valiente; MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MARTÍN, Victor Gómez (Org.). **Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal**. Madrid: Edisofer, 2014.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do Direito Penal e Globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de Processo Penal Constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SUTHERLAND, Edwin. **El delito de cuello blanco**. Madrid: La Piqueta, 1999. Tradução do inglês de Rosa del Olmo.

TAMBORLIN, Fabio Augusto; SANTANA, Vinícius Cruz. Sociedade de risco e a democratização da gestão de riscos. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Org.). **Compliance e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2015.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. Madrid: Marcial Pons, 2012.

THE UNITED STATES. Department of Justice Criminal Division. **Foreign corrupt practices**. 2017. Disponível em: <<https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>>. Acesso em: 19 out. 2016.

URZÚA, Enrique Cury. **Derecho Penal: Parte General**. 3.ed. Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 1992.

VALLÈS, Ramon Ragués i. ¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal. **Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, n. 3, 2006. Disponível em <<https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/121389/167837>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

VARELA, Osvaldo Artaza. Programas de cumplimiento: breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal. In: MIR PUIG, Santiago (Org.) et al. **Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal**. Madrid: Edisofer, 2014. p. 231-272.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Teoria Del Delito**. Buenos Aires: Editar, 1973.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. 5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. **La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones: presupuestos substantivos y procesales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. **La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos (análisis de los arts. 11 bis y 12 del Código Penal)**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

ZINI, Julio César Faria. **Os crimes omissivos na sociedade contemporânea**. Belo Horizonte: D'plácido, 2015. 320 p.