

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Leonardo Guimarães Salles

**CRIMINAL COMPLIANCE: a delimitação da responsabilidade penal nas
organizações empresariais complexas**

Belo Horizonte

2016

Leonardo Guimarães Salles

CRIMINAL COMPLIANCE: a delimitação da responsabilidade penal nas organizações empresariais complexas

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

Área de concentração: Direito Penal.

Linha de Pesquisa: O Direito Penal nas Sociedades Democráticas Contemporâneas.

Orientador: Professor Doutor Guilherme Coelho Colen

Belo Horizonte

2016

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S1685c Salles, Leonardo Guimarães
Criminal compliance: a delimitação da responsabilidade penal nas organizações empresariais complexas / Leonardo Guimarães Salles. Belo Horizonte, 2016.
130 f.

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

1. Compliance. 2. Direito penal econômico. 3. Responsabilidade penal. 4. Culpabilidade. 5. Globalização. 6. Pessoa jurídica. I. Colen, Guilherme Coelho. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 343.53

Leonardo Guimarães Salles

CRIMINAL COMPLIANCE: a delimitação da responsabilidade penal nas organizações empresariais complexas

Dissertação apresentada ao curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Penal.

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

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira – PUC Minas

Prof. Dr. Marco Aurélio Florêncio Filho – Escola Paulista de Direito

Prof. Dr. Leonardo Augusto Marinho Marques – PUC Minas (Suplente)

Belo Horizonte, 10 de fevereiro de 2017.

AGRADECIMENTOS

A Deus pelo dom da vida. Agradeço também pelas pessoas que o Senhor colocou em meu caminho. Algumas delas me inspiram, me ajudam, me desafiam e me encorajam a ser cada dia melhor.

“O solo é Deus, as raízes são os antepassados”.

Aos antepassados, minhas reverências com sentimento de gratidão e retribuição.

Ao meu Pai pelo exemplo de vida e caráter, sei que onde estiver, estará torcendo por mim, à minha Mãe pela presença e força espiritual, você é a base de todas as minhas conquistas. Ao meu irmão, amigo e sócio, Leandro Guimarães Salles, pela paciência, companheirismo e convivência.

À minha amada esposa Ana Paula de Almeida Uzac, *meu porto seguro*, pela confiança, compressão e serenidade. Ainda grávida superou minha ausência. O amor supera qualquer dificuldade. Aos meus queridos filhos Samuel e Gabriel Salles, este ainda por vir, acredito que nascerá junto com a dissertação. Vocês são as maiores bênçãos que Deus me deu. Prova de que só o amor constrói.

Ao meu orientador, Prof. Guilherme Colen, que prontamente me incentivou e apoiou no estudo de um tema tão novo e complexo. Agradeço também aos demais professores da linha, Claudio Brandão e Leonardo Isaac Yarochevsky, vocês engrandeceram este trabalho.

Aos amigos do escritório Ariosvaldo Campos Pires Advogados, agradeço pela paciência, incentivo e por terem suprido a minha falta durante os meus estudos dedicados ao mestrado, especialmente aos meus sócios Carlos Frederico Veloso Pires e Henrique Viana Pereira, pelo incentivo e comprometimento.

Ao Prof. Ariosvaldo de Campos Pires, pelo exemplo, ensinamentos e ética profissional. Serei eternamente grato.

Ao Maurício de Oliveira Campos Júnior, pelo exemplo de competência e trabalho. Eterna gratidão por me abrir as portas da advocacia criminal. Aos sempre companheiros de Escritório: Rodrigo Otávio Soares Pacheco, José Bernardo de Assis Junior, Juliano Brasileiro, Diogo Jabour e Guilherme Grimaldi, base da minha advocacia.

Ao amigo Leonardo Rodrigues pelo auxílio na pesquisa bibliográfica e na construção das ideias. Companheiro incansável nos momentos mais difíceis. Perdemos a conta de quantos foram os debates e os cafés. Ele falando da culpabilidade e eu trabalhando os problemas relacionados ao Direito Penal Empresarial. Este trabalho não seria possível sem a sua ajuda.

Aos queridos amigos Eduardo Bruno, Carla Silene e Lázaro Samuel, pelo conhecimento, apoio e material compartilhados.

Ao amigo Guilherme José, pelo incentivo à pesquisa e por sua dedicação à criação da linha “*O Direito Penal nas Sociedades Democráticas Contemporâneas*”, sem a qual este trabalho não existiria. Que esteja assistindo do assento mais digno.

Aos amigos da Faculdade Novos Horizontes, Escola Superior de Advocacia – ESA, Instituto de Ciências Penais, Conselho Penitenciário de Minas Gerais – CONPEN-MG, e das Comissões de Estudos Permanentes em *Compliance* e de Direito Penal Econômico da OAB/MG, certamente vocês fazem parte dessa conquista.

Deus, Família, Trabalho, disciplina e gratidão...

Muito obrigado!

"Todas as coisas me são lícitas, mas nem todas as coisas me convêm." | Carta do Apóstolo Paulo aos Coríntios (BÍBLIA, Coríntios, 10, 22-25).

*Es importante que la ética reencuentre su espacio en las finanzas y que los mercados se pongan al servicio de los intereses de los pueblos y del bien común de la humanidad.
Papa Francisco*

RESUMO

O presente trabalho investiga a possibilidade de delimitar a responsabilidade penal dos dirigentes de grandes empresas através do *criminal compliance*. A pesquisa tem como objetivo principal demonstrar que o *criminal compliance*, além de ser uma ferramenta eficaz na prevenção da prática de crimes, pode exercer um papel fundamental na delimitação da responsabilidade penal individual no exercício da atividade empresarial altamente hierarquizada (vertical e horizontalmente), cuja tomada de decisões é igualmente fragmentada. Para tanto, é preciso analisar construções teóricas acerca da autoria e participação, revendo questões acerca da culpabilidade, tratando também da responsabilidade penal da pessoa jurídica. O mundo mudou e o Direito Penal precisa mudar. O fenômeno da globalização e a evolução tecnológica trouxeram novos riscos e a resposta estatal veio através do seu instrumento mais repressivo, o Direito Penal, notadamente no campo do Direito Penal Econômico, é perceptível que os mecanismos de prevenção à criminalidade empresarial experimentaram nos últimos anos uma expansão sem precedentes, urge, assim, buscar meios garantistas de delimitar esse modelo de responsabilidade.

Palavras-chave: *Criminal Compliance*. Responsabilização penal. Direito Penal Econômico. Criminalidade empresarial. Garantismo penal.

ABSTRACT

The present work investigates the possibility of delimiting the criminal responsibility of the leaders of large companies through criminal compliance. The main objective of the research is to demonstrate that criminal compliance, besides being an effective ferment in crime prevention, can play a fundamental role in the delimitation of individual criminal responsibility in the exercise of highly hierarchical business activity (vertical and horizontal). Is equally fragmented. Therefore, it is necessary to analyze theoretical constructions about authorship and participation, reviewing questions about culpability, and also dealing with criminal liability of the legal entity. The world has changed and criminal law needs to change. The phenomenon of globalization and technological evolution have brought new risks and the state response has come through its most repressive instrument, Criminal Law, notably in the field of Economic Criminal Law, it is noticeable that in recent years the mechanisms of prevention of corporate crime have experienced Unprecedented expansion, there is an urgent need to seek ways of defining this model of responsibility.

Keywords: Criminal Compliance. Criminal Accountability. Economic Criminal Law. Corporate criminality. Criminal guaranty.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	17
2 O DIREITO PENAL DA SOCIEDADE MUNDIAL DO RISCO	21
2.1 A expansão do direito penal.....	25
2.2 A criação de novos riscos	29
2.3 A globalização e internacionalização do Direito Penal	33
3 O DIREITO PENAL CLÁSSICO E A NOVA CRIMINALIDADE.....	39
3.1 Direito Penal Econômico	44
3.1.1 Delimitação conceitual.....	45
3.1.2 Bens jurídicos.....	49
3.1.3 Direito Penal Empresarial.....	55
4 RESPONSABILIDADE PENAL NO ÂMBITO DE GRANDES EMPRESAS	59
4.1 Autoria.....	64
4.2 Participação	65
4.3 Teorias sobre o concurso de pessoas	66
4.4 Teoria do Domínio do Fato	68
4.5 O empresário e o dever de garantidor.....	71
4.6 Responsabilidade penal no âmbito empresarial	77
4.7 Elementos Subjetivos como delimitação de responsabilidade	80
4.8 A relação de causalidade face ao dever do garantidor	82
4.9 Imputação objetiva.....	86
4.10 Princípio da Confiança.....	89
4.11 Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica.....	91
5 CRIMINAL COMPLIANCE.....	95
5.1 Conceito de <i>Compliance</i>	98
5.2 A função delimitadora da imputação de responsabilidade criminal decorrente da atuação empresarial	103
6 CONCLUSÃO	111
REFERÊNCIAS.....	117

1 INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea, marcada pela globalização¹ e pelos avanços tecnológicos sem paralelo na história da humanidade, tem exigido mudanças na forma de pensar o Direito Penal. Não se pode perder de vista que os fenômenos do desenvolvimento econômico e da produção de riqueza, nas últimas décadas, foram acompanhados pelo surpreendente incremento do risco social.

Nesse sentido, ao pretender oferecer tratamento penal a esses novos riscos, não há mais uma vítima determinada. Busca-se, na verdade, proteger bens jurídicos de interesses supraindividuais.

Nesse contexto, verifica-se uma expansão do Direito Penal, acompanhada de sua descaracterização como *ultima ratio*, seja com a criação de novas proibições e ameaças penais próprias da criminalidade “moderna”, tais como delitos econômicos e crimes ambientais, seja por meio do recrudescimento de penas.

É notório que o Direito Penal contemporâneo, influenciado por novas complexidades sociais, tem nos delitos econômicos sua principal expressão. Daí é que, o Direito Penal, adaptando-se a esse novo panorama, e cumpridor de sua função de tutela de bens jurídicos fundamentais, passa a ser utilizado para tutelar esses novos interesses.

Contudo, pretende-se verificar se a teoria tradicional do delito, com suas categorias habituais de imputação, em geral apegada à criminalidade de natureza individual, pode apresentar repostas satisfatórias para o Direito Penal contemporâneo.

A partir da constatação que tem sido comum a indevida imputação de responsabilidade penal coletiva – ou mesmo objetiva – daqueles que intervêm em prol do interesse da pessoa jurídica. Nesta sede as agências estatais enfrentam dificuldades para individualizar a responsabilidade criminal, notadamente quando se apura práticas delituosas no âmbito de grandes e complexas corporações.

Destarte, em descompasso com garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito, é notável a flexibilização de princípios basilares do Direito penal, sendo comum a prática estatal de se promover a responsabilidade penal em mediante a

¹ A globalização está unida à sociedade de risco, na medida em que fomenta uma neocriminalização, já que há uma liberalização dos mercados e a utilização de um direito penal neutro e formal para combater os conflitos sociais (CEPEDA, 2007, p. 60-63).

imputação generalizada de responsabilidade aos dirigentes de organizações empresarias complexas.

Lamentavelmente, pessoas são denunciadas não em razão do fato praticado ou da conduta, mas sim em função do cargo, apenas com base no contrato social, sem esquadrihar previamente a efetiva participação individual. Na verdade, sócios ou gestores são invariavelmente denunciados sem efetiva contribuição ou participação na consecução do crime, por vezes, sequer participam do dia a dia na tomada das decisões empresariais. Nesse ponto, será importante verificar a compatibilidade dessa ocorrência com a proibição de responsabilização penal objetiva.

Nesse ponto, a dogmática tradicional se revela insuficiente para resolver questões relacionadas a responsabilização penal em decorrência de condutas praticadas no âmbito de organizações empresariais mais complexas. De tal modo, indaga-se porque ainda não houve um tratamento satisfatório dessa nova realidade com características próprias das sociedades modernas, como o é a organização empresarial complexamente hierarquizada, cujo processo decisório é muitas vezes fragmentado dentro ou fora da própria organização.

Nesse âmbito de criminalidade já não se encontra um autor que decide, isoladamente, realizar um fato típico, com conhecimento do alcance da sua decisão, e que executa essa decisão. Muito pelo contrário. Nas grandes empresas e sociedades potencialmente perigosas para bens jurídicos fundamentais assiste-se a uma atomização ou fragmentação do poder decisório. Dessa forma, a responsabilização penal torna-se tarefa árdua, que exige redobrada cautela.

É nesse ambiente, poderia dizer, hostil, é que se justifica uma nova visão do Direito Penal, que até então se estruturava no tratamento de danos *ex post*, para um Direito Penal preventivo visando evitar a ocorrência de crime (*ex ante*), ou seja, de um Direito Penal essencialmente repressivo para um Direito Penal preventivo, cuja lógica difere, e muito, daquele Direito Penal clássico.

Destarte, diante da inevitável expansão do Direito Penal, aliada aos riscos da atividade econômica, seria o *criminal compliance* um instrumento preventivo e eficaz para colaborar na delimitação da responsabilidade penal de gestores no âmbito de grandes corporações, como exige um Direito Penal no Estado Democrático de Direito nas sociedades contemporâneas?

O tema é novo e adquiriu importância com certa velocidade, tanto do ponto de vista prático quanto acadêmico, notadamente em razão dos últimos acontecimentos no Brasil envolvendo questionamentos acerca da ética e transparência no mundo dos negócios, sucedendo-se operações policiais que a cada dia arrastam mais e mais pessoas para ações penais que se desdobram em uma rede de responsabilização penal, aparentemente, infundável. Assim, uma importante contribuição que se pretende com o presente trabalho será traçar uma construção científica que possa oferecer respostas efetivas aos anseios de pessoas concretas.

Afinal, em meio ao caos e a insegurança jurídica no âmbito da atividade empresarial, acredita-se que o *compliance*, mais precisamente o criminal, poderá ser uma luz no fim do túnel no enfrentamento do expansionismo penal e da cultura do encarceramento.

Esclareça-se que o vocábulo empresa possui diversos sentidos, havendo diferenças entre o conceito técnico do direito e a linguagem cotidiana. Assim, será importante ao longo do trabalho discutir o conceito de empresa e de empresário. Ademais, para os fins da presente pesquisa, a reunião de pessoas pressupõe o exercício de atividade lícita, ou seja, uma estrutura organizada criada para obter lucros a partir de forma legal, atendendo ao postulado constitucional da livre iniciativa.

Assim, no capítulo dois, o Direito Penal da sociedade mundial do risco será investigado. É importante compreender a sociedade e sua ligação, a partir da criação de novos riscos, com a expansão do Direito Penal.

No capítulo seguinte busca-se diferenciar o Direito Penal Clássico e a chamada Nova Criminalidade, que abrange o Direito Penal Econômico. Será feita uma delimitação conceitual do que seria este ramo do Direito, bem como sua finalidade a partir da questão do bem jurídico. Por fim, o Direito Penal Empresarial, sub-ramo que interessa diretamente ao trabalho.

No quarto capítulo será exposta análise acerca da responsabilidade penal no âmbito de grandes empresas, compreendendo questões relativas à autoria, participação, teorias sobre o concurso de pessoas, e sua compreensão para aplicação nos casos concretos. Nesse contexto, também será verificado o papel do empresário, o dever de garantidor, a relação de causalidade e a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Com isso, o intuito é facilitar a compreensão da responsabilidade penal no âmbito empresarial.

No capítulo cinco chega-se ao *Criminal Compliance*. Utilizando-se de todo o arcabouço dogmático até então pesquisado, será verificado o papel dessa nova figura que ganhou espaço na doutrina e na jurisprudência. Brevemente se investigará questões históricas que levaram ao surgimento do *Criminal Compliance*, sua delimitação conceitual e sua aplicabilidade.

Verificar-se-á, ao longo de todo o trabalho, se é possível a utilização do *Criminal Compliance* como forma de delimitação da responsabilidade penal no âmbito das organizações empresariais complexas. Para tanto, necessária a compreensão de todo o instrumental que dá sustentação ao *Criminal Compliance*, bem como das sociedades democráticas contemporâneas e o papel do Direito Penal frente a estas. Não só como instrumento de repressão, mas como instrumento de prevenção.

2 O DIREITO PENAL DA SOCIEDADE MUNDIAL DO RISCO

Para entender os institutos jurídicos e seus reflexos, é preciso compreender o momento histórico e o contexto social no qual encontram-se inseridos, afinal, o Direito representa os anseios e tensões da sociedade. Assim, para desenvolvimento da temática, é preciso compreender a relação do instituto com o modelo sociológico no qual encontra-se inserido.

Nessa esteira, é possível afirmar que os fenômenos da sociedade de risco² orientam o direito penal moderno a percorrer novos caminhos. Dito de outra forma, os discursos jurídicos são influenciados pelo modelo social, o que exige:

[...] do jurista, mais que uma análise técnica dos conceitos do direito: exige um estudo da origem dos conceitos, de seu processo de desenvolvimento, dos interesses que contemplam, da funcionalidade que apresentam em um sistema complexo e dinâmico (BOTTINI, p. 30, 2010).

Não é por outra razão, senão pela necessidade de se manter uma convivência harmônica entre as pessoas, que o Estado lança mão de instrumentos que possam disciplinar a interação social de modo a evitar o caos, Em linhas gerais, as ferramentas de controle social induzem a conformidade do sujeito com a sua nova realidade, seja de forma positiva, seja de forma negativa.

O filósofo e teórico social Michel Foucault, em sua obra clássica Vigiar e punir, ao tratar das formas de controle social externas e internas, destaca a construção de um sujeito dócil, útil e submisso à ordem estabelecida, o que somente é possível por meio de processos “disciplinadores”, nos quais o corpo e a mente do sujeito são moldados de acordo com o que se pede no meio social (FOUCAULT, 2009, p. 131-142).

² O sociólogo alemão Ulrich Beck faz um diagnóstico sobre a sociedade em seus diversos momentos históricos até chegar ao momento atual (sociedade pós-moderna) em cujo contexto trabalha com a palavra "riscos", em suas várias dimensões. Parte-se da ideia de que, em toda a história da humanidade, os mesmos sempre existiram, porém, em grau e extensão diferentes, posto que, num primeiro momento, tratava-se de riscos pessoais; num segundo momento, mais especificamente na sociedade moderna clássica, os riscos atingiram uma proporção maior, vindo a afetar a coletividade, devendo-se a isso, à falta/deficiência do suprimento de algo, como, por exemplo, da falta de higienização que propiciava o surgimento de epidemias etc; na sociedade pós-moderna o quadro é outro, os riscos com maior extensão atingem a sociedade, principalmente por excesso de produção industrial, como, por exemplo, o excesso de poluentes que atingem a camada de ozônio, o meio ambiente como um todo, comprometendo assim, as gerações contemporâneas e futuras (MACHADO, 2005).

Desse modo, para disciplinar o comportamento do indivíduo existem mecanismos de controle difuso (família, costumes, preconceitos, etc.) ou institucionalizado (polícia, escola, o quartel, as leis etc.). E será através do Direito, como instrumento de controle social, que se estabelecem as “condições pelas quais o arbítrio de um pode conciliar-se com o arbítrio de outro, segundo uma lei geral de liberdade” (KANT, 1954, p. 80).

Dentre os instrumentos de controle social, o Direito Penal é sem dúvida o principal meio de coerção³. Assim, para compreender a realidade e os atuais institutos do Direito Penal, é preciso entender as relações humanas e o modelo social em que estão inseridos, notadamente os valores econômicos, culturais e políticos.

De modo que os instrumentos de controle social desenvolvidos em diversas esferas do relacionamento público e privado refletem o modelo mencionado e são aplicados teologicamente, como escopo de conferir estabilidade aos valores eleitos como *ratio essendi* daquela organização (BOTTINI, 2010).

Lembrando as lições de Ariosvaldo de Campos Pires:

A matéria-prima do Direito Penal é a vida e os seus dramas diários, a exibirem um caleidoscópico extremamente rico e variado. Nela, enraízam-se temas ligados à vivência individual e social, dos quais são exemplos a honra, a liberdade, a constituição da família, as relações comerciais etc. Protegendo bens e interesses individuais e sociais básicos, pode dizer-se que ao Direito Penal compete colaborar na ordenação da vida em sociedade, contribuindo para a paz social. (PIRES, 2005, p. 3).

Nessa toada, é sabido que o Direito Penal está em constante transformação, principalmente ao longo das últimas décadas. O mundo sempre conviveu com antigos problemas (leia-se: riscos), mas a eles se juntam fenômenos novos e difíceis de contornar⁴.

BAUMAN, ao tecer uma análise crítica do “mundo moderno”, observa que:

³ A respeito das tendências do controle social, fala-se no momento atual de um Direito caracterizado como Estado neoliberal de pensamento único, pois cada vez se criam mais delitos, com o conseqüente aumento da população carcerária, apresenta-se como o único meio de controle social dotado de eficiência e eficácia. (BUSTOS RAMÍREZ; HORMAZÁBEL, 2006, p. 22-30)

⁴ Ao tratar da relação do Direito Penal e novos riscos tecnológicos nas sociedades pós-industriais: Gonzáles refuta os princípios de Beck, referindo que resultam, provavelmente, uma vez que os riscos, qualitativamente, têm diminuído pelos indicadores sociais de qualidade de vida e desenvolvimento humano: longevidade, índices de mortalidade infantil, saúde, controle de enfermidade. Para Gonzáles, os riscos sempre existiram. O problema atual não diz respeito ao incremento objetivo dos riscos, senão com um aumento da percepção dos riscos. O que se produz, enfim, é um contágio do medo do risco, o que é impulsionado pela mídia (GONZÁLES, 2003, p. 289-297).

As utopias modernas deferiam em muitas de suas pormenorizadas prescrições, mas todas elas concordavam em que o “mundo perfeito” seria um que permanecesse para sempre idêntico a si mesmo, um mundo em que a sabedoria hoje aprendida permaneceria sábia amanhã e depois de amanhã, e em que as habilidades adquiridas pela vida conservariam sua utilidade para sempre. O mundo retratado nas utopias era também, pelo que esperava, um mundo transparente – em que nada de obscuro ou impenetrável se colocava no caminho do olhar; um mundo em nada estragasse a harmonia; nada “fora do lugar”; um mundo sem “sujeira”; um mundo sem estranhos. (BAUMAN, 1998, p. 21).

Todavia, esse mundo ideal não se concretizou, tornando-se necessária uma nova forma de pensar. Afinal, os avanços tecnológicos permitiram que as transformações históricas, econômicas e sociais passassem a ocorrer de forma mais rápida e sem fronteiras nacionais, criando-se, assim, novos riscos globais. Riscos sempre existiriam, a diferença agora é a dimensão e o ritmo em que são produzidos.

Segundo Ulrich Beck (1998), esses novos riscos surgem como efeito colateral indesejado do processo de modernização. O traço marcante deste novo momento histórico é que "os riscos na sociedade reflexiva extrapolam as realidades individuais e até mesmo as fronteiras territoriais e temporais"⁵. São exemplo desses novos riscos o acidente radioativo de Chernobyl, a contaminação do mar e dos rios por mercúrio, por óleo e outros riscos globais que afetam ao meio ambiente, as crises dos mercados financeiros, os atentados terroristas de 11 de setembro nos EUA, o crime organizado e o recrudescimento da desigualdade social.

Nesse modelo sociológico defendido por BECK, constata-se uma nova lógica de produção e percepção dos riscos na sociedade, o que conduz à conformação de um potencial político muito grande, relacionado à expectativa de eliminação de riscos, bem como de imputação de responsabilidades aos causadores de situações perigosas.

Esse novo cenário afeta a percepção da sociedade de tal modo que a segurança e tranquilidade no tecido social mudam os mecanismos preventivos clássicos do direito e as estruturas jurídico-penais da sociedade industrial (MACHADO, 2005, p. 91-92).

⁵ A modernização reflexiva, também denominada por Beck como segunda modernidade, é a fase de radicalização dos princípios da modernidade. A primeira modernidade tem como característica a confiança no progresso e controle do desenvolvimento científico-tecnológico, pela procura de pleno emprego e pelo controle da natureza. Por sua vez, a modernidade reflexiva é uma fase na qual o desenvolvimento da ciência e da técnica não são suficientes para controlar os riscos que a sociedade contribuiu para criar.

Nesse sentido, ao analisar as mudanças em curso nos sistemas penais, Alessandro Baratta afirma:

El Estado preventivo es entonces el “Estado de la Seguridad”, em el sentido em que esta expresión es usada por Hirsch em um significativo libro de 1980. Éste a su vez, no es sino manera com la estructura política de adecua a las características de una sociedad que em forma cada vez más acelerada, conduce a situaciones de riesgo tal como Beck há denido nuestra sociedad. El Estado l ela prevención o Estado de la seguridad, precisando entonces, es aquel en el que la producción normativa y los mecanismos decisionales también tienden a reorganizarse permanentemente como respuesta a una situación de emergencia estructural. (BARATTA, 1991, p. 37-55).

No Brasil, assim como no resto do mundo, a convivência com riscos de grandes proporções se faz presente no dia a dia, o que reforça o ambiente de insegurança, potencializado pelos meios de comunicação de massa⁶. Assim, ao buscar estabilizar expectativas, o Direito Penal, como mecanismo de força estatal, passa a ser utilizado com a promessa de restabelecer a vigência da norma, no sentido de “exercitar o reconhecimento geral da norma” (JAKOBS, 2008, p. 689).

A respeito dos efeitos do aparecimento de novos riscos, ressalta Jesus-María Silva Sánchez:

Desde a enorme difusão da obra de Ulrich Beck, é lugar comum caracterizar o modo social pós-industrial em que vivemos como “sociedade de risco” ou “sociedade de riscos” (Risikogesellschaft). Com efeito, a sociedade atual aparece caracterizada, basicamente, e por um âmbito econômico rapidamente variante e pelo aparecimento de avanços tecnológicos sem paralelo em toda história da humanidade. O extraordinário desenvolvimento da técnica teve, e continua tendo, obviamente, repercussões diretas em um incremento do bem-estar individual. Como também as têm a dinâmica dos fenômenos econômicos. Sem embargos, convém não ignorar suas consequências negativas. Entre elas, a que interessa aqui ressaltar é a configuração do risco de procedência humana como fenômeno social estrutural. Isso pelo fato de que boa parte das ameaças a que os cidadãos estão expostos provém precisamente de decisões que outros concidadãos adotam no manejo dos avanços técnicos risco mais ou menos diretos para os cidadãos (como consumidores, usuários, beneficiários de serviços públicos etc.) que derivam das aplicações técnicas dos avanços na indústria, na biologia, na genética, na energia nuclear, na informática, nas comunicações etc. (SILVA SÁNCHEZ, p. 35-36)

⁶ O incremento aparentemente descontrolado de todo tipo de risco e sua construção midiática, que tende a se focalizar na sensação de insegurança (centrada na criminalidade urbana: furtos, roubos, sequestros etc.), desata um certo “pânico moral”, esquecendo-se de que esta muito tem a ver com a reordenação mercantil das cidades. Ainda segundo o autor, face ao surgimento da sociedade do risco, o controle e a vigilância são construídos socialmente como obsessões. (BRANDARIZ GARCÍA, 2004, p. 36-40).

Nesse sentido, é necessário compreender o contexto em que se encontra inserida essa nova modalidade criminosa. Afinal, a análise desse modelo sociológico permite explicar a lógica atual de produção e a percepção de riscos no mercado corporativo.

Não há dúvida de que este não é o único meio para entender a realidade da delinquência econômica, mas também não é menos verdade que a análise da dinâmica da sociedade de risco apresenta argumentos importantes (sensação de insegurança, novos riscos, expansão do direito penal, a globalização, a cultura da prevenção, dentre outros) que permitem compreender institutos jurídicos, com realce para o *compliance* criminal.

2.1 A expansão do direito penal

Nas últimas décadas percebe-se que o direito penal passou a ser tratado como um importante instrumento para tentar promover controle, desenvolvimento e justiça social, como se a criminalização de condutas fosse o melhor instrumento para combater os problemas da sociedade. Destarte, como uma tentativa de resposta à sociedade do risco, a responsabilidade penal se expande.

Na esfera legislativa, percebe-se uma política de inflação penal (PEREIRA, 2014), de modo que novas leis penais constantemente são criadas e as penas são frequentemente agravadas, como se a expansão do direito penal servisse de antídoto contra os problemas da criminalidade.

Forçoso é convir, pois, que essa nova realidade influenciou o ordenamento jurídico pátrio, especialmente a partir dos anos 1990. É notável, a partir de então, uma desenfreada hipertrofia legislativa em matéria relacionada ao Direito Penal Econômico. Em razão dos riscos emergentes da sociedade industrial, há uma tendência repressiva a condutas com um viés econômico voltada para a proteção de novos bens jurídicos.

Sobre as características da política criminal no início do século XXI, esclarece Bernardo Feijoo Sanchez:

Quando os teóricos do direito penal tentam descrever as características do direito penal próprio das sociedades modernas, referem muitas vezes tratar-se de um direito penal expansivo. A expressão “expansão do direito penal” converteu-se em um topos característico do atual debate político criminal. Com esta referência à expansão, o que se quer salientar, essencialmente, é

que, do ponto de vista político-criminal, não vivemos uma fase caracterizada pela descriminalização, mas por um claro processo crescente de criminalização que, por outro lado, tendo em conta o horizonte atual de reformas, parece não ter fim. (FEIJOO SÁNCHEZ, 2011, p. 23).

Desde esta perspectiva punitivista, o Estado maximizou sua intervenção em setores que até então não eram o foco no âmbito penal e, a partir desse viés, passa a incorporar, cada vez mais, a criminalização de atos lesivos aos bens jurídicos coletivos e transindividuais. Inspirando modificações em suas premissas e nos seus métodos de atuação. Institutos tradicionais da dogmática são superados pela natureza das coisas. Assim, antigos conceitos precisam ser relidos ou mesmo reinventados.

Sob esse prisma de expansionismo penal, tem-se um Direito Penal simbólico e emergencial, que pode estar fadado a um instrumentalismo. Fala-se, inclusive, na administrativização do direito penal. No mesmo contexto, garantias constitucionais e princípios limitadores do poder punitivo são relativizados em prol de se combater um novo inimigo do direito penal, o empresário⁷.

Os aspectos resultantes dessa moderna sociedade de risco para o direito penal foram detidamente analisados e criticados por autores ligados ao Instituto de Ciências Criminais de Frankfurt, denominado no meio acadêmico como “Escola de Frankfurt”⁸, cujos principais expoentes destacam-se, dentre outros, Hassemer, Naucke, Prittwitz, Albrecht e Lüderssen⁹.

Prittwitz encabeçou os estudos acerca do surgimento de um direito penal do risco, caracterizado pelo afastamento de princípios basilares, tais como a fragmentariedade e *ultima ratio*. Um Direito Penal que privilegia o combate preventivo

⁷ Sabemos que o direito penal é um direito que julga o agente perante o fato e não apenas o agente. Mas lembra-se neste caso de Günther Jakobs, inspirado em Niklas Luhmann e Edmund Mezger, com seu direito penal do inimigo. O termo ainda é muito mal compreendido na doutrina brasileira e, em razão disso, justificado de forma incorreta. Contudo, o *senso comum teórico* que Lênio Streck tanto fala e combate, permite trazer à baila uma paráfrase do termo para compará-la ao momento que vivemos no processo penal brasileiro frente ao populismo penal e a espetacularização do processo penal. O empresário se torna o inimigo da sociedade em face de processos midiáticos.

⁸ A “Escola de Frankfurt” é identificado pelos seus elementos críticos ao Direito Penal atual, e pela tentativa de encontrar novas alternativas para o controle da criminalidade, com tendências abolicionistas mais ou menos radicais. São especialistas refratários à tutela penal da ordem econômica. Identificam “o Direito Penal econômico como um aspecto do expansionismo penal das últimas décadas” (OLIVEIRA, 2013, p. 27).

⁹ Apesar de não existir um consenso, inclusive entres os autores, a respeito da identificação de uma ‘escola’, a doutrina penal continua referindo-se às suas teorias como sendo pertencentes à “Escola de Frankfurt”, principalmente em razão das ideias relacionadas ao combate à expansão do Direito Penal (SILVA SÁNCHEZ, 2000, p. 12).

aos novos riscos, excessivamente punitivista e que relativiza princípios constitucionais. Na verdade, um modelo comutado em *sola ratio* (PRITTWITZ, 1999).

Nas últimas décadas, a intervenção penal na atividade econômica tem se mostrado, cada vez mais, uma característica marcante em termos de incriminação de condutas e de expansão da tutela penal. Basta lembrar a edição de leis que tratam da ordem econômica e tributária, meio ambiente, saúde pública, mercado financeiro, dentre outros. Tem-se o adiantamento das barreiras entre o comportamento punível e o não-punível e, ainda, a redução das exigências para a reprovabilidade (SILVA, 2004).

A partir dessa nova visão do Direito Penal, numa seara que até então lhe era estranha, norteado pela teoria dos riscos, depara-se com dilemas estruturais internos, pois essas novas áreas demandam um atuar distinto de seus fundamentos.

A esse respeito, Hassemer destaca o fato de que este moderno Direito Penal se apresenta na forma de crimes de perigo abstrato, que exigem somente a prova de uma conduta perigosa, renunciando a todas as respectivas possibilidades de defesa (HASSEMER, 1994).

A sociedade, erroneamente, deposita no Direito Penal a solução para a escalada da violência. Não faz muito tempo a discussão a respeito do regime integralmente fechado em caso de crime hediondo, da menoridade penal, e mais recentemente, da flexibilização do princípio do estado de inocência pelo Supremo Tribunal Federal. Frise-se ainda tantos outros projetos encampados pelos discursos políticos que “vendem” a ideia de um Direito Penal salvador.

Nessa linha, a sociedade sempre idealizou uma vida sem riscos e acredita que a proteção pode ser conquistada através da máxima tutela repressiva estatal, um verdadeiro canto da sereia¹⁰, como destaca Carla Silene:

[...] percebe-se que o sonho de um direito penal que resulte em segurança absoluta ainda persiste; apesar da história revelar que a intervenção jurídico penal muitas vezes maximizou os danos experimentados pela sociedade, ao invés de contê-los. (GOMES, 2015, p. 143).

¹⁰ A autora utiliza a expressão ao destacar que “a consagração da chamada sociedade penal de risco – e parece que somente agora despertou-se para a ideia de que a vida é um constante risco – fortaleceu o direito penal e, apesar do discurso de proteção do indivíduo – que soa como o canto da sereia – reforçou ainda mais o seu traço totalitário” (GOMES, 2015, p. 143)

Ao traçar os contornos da sociedade de risco e a razão populista na promoção do espetáculo do Direito Penal, José Francisco Dias da Costa Lyra conclui:

Dessarte, em ares de insegurança ontológica, uma política criminal de cunho preventivo, enredada com o risco, conta com a adesão maciça da sociedade, que não titubeia em trocar seu sistema de garantista de direitos por um controle penal simbólico, que dá falsas aparências de bem funcionar. O resultado desse caldo cultural é o implemento de uma política criminal de cunho expansivo, expressiva e determinante de aumento das penas (LYRA, p. 257, 2012).

Assim, diante da sensação de insegurança que impera na sociedade pós-industrial, aliada a falta de políticas públicas eficientes, o Direito Penal é funcionalizado pela política. Por sua vez, essa funcionalidade política acarreta uma hipertrofia permanente do sistema:

[...] que, na busca de sua descongestão, acaba seguindo o caminho da desformalização material e processual. Com isso, há uma degradação sistemática das formalidades próprias do Estado de Direito (o princípio da causalidade é paradigmático nesse particular) e sua função protetora rumo a um Estado de exceção (Ferrajoli). (LYRA, 2012, p. 261-262).

Daí recorre-se ao Direito Penal para transformá-lo em instrumento de gestão de risco, o que exige um avanço da tipificação de crimes de perigo e uma opção excessiva pela descrição típica omissiva, ou por uma interpretação a título de omissão imprópria, situação muito presente na realidade empresarial (ROXIN, 2015, p. 62).

Nesse contexto, a lesão a bens jurídicos transindividuais, quando ocorre, costuma ser superveniente à prática da conduta tipificada¹¹. Na realidade, o que se pune não é a conduta danosa em si, mas uma potencialidade de dano. Lembra bem Renato Silveira:

Os riscos, hoje, poder-se-ia afirmar, seriam muito menores do que na Idade Média, ou quando os marinheiros descobridores se lançavam aos mares e ao desconhecido. Ocorre que, a partir da industrialização e, notadamente, após a chamada pós-industrialização, eles, em termos coletivos, se majoraram. Aparecem, assim, novas situações, até então desconhecidas, nas quais toda a existência e estrutural social se vêem abaladas. As crises financeiras, os escândalos econômicos e os prejuízos frutos de delitos na ordem de milhões

¹¹ Klaus Günther, analisando o Direito Penal atual, enfatiza a necessidade de um novo modelo do conceito de delito, porquanto há uma preocupação premente em razão da crescente criminalização de omissões, a ponto de resultar em simples incriminações por infrações de dever (GÜNTHER, Klaus. *De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber ¿ un cambio de paradigma em derecho penal?* Traducción por Jesús-María Silva Sanchez. VV.AA. *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000, p. 502-503).

ou bilhões de dólares norte-americanos bem destacam esse ponto. Pois bem, vistas tais premissas, há de se concluir que, de fato, deu-se uma alteração no contexto penal, pois não mais se pode esperar o dano, que a crise financeira venha a se dar. A antecipação penal é premente. (SILVEIRA, 2016, p. 37).

Dentre os problemas mais perceptíveis, está o enfrentamento penal a ser dado aos riscos modernos, trazidos pelas novas formas de criminalidade, que atingem bens jurídicos difusos e coletivos, podendo afetar um número indeterminado de pessoas e, em última análise, colocar em xeque a própria existência humana.

O Direito Penal tradicional não é capaz de dar respostas satisfatórias a esta nova realidade decorrente de novos riscos, instalando-se assim uma crise, pois ao mesmo tempo em que quer preservar garantias individuais até o momento conquistadas, limitando o poder punitivo estatal, deve se expandir no sentido de atuar como uma das formas de controle social, interferindo na liberdade das pessoas e, concomitantemente garantir a segurança e o bem estar coletivos, buscando legitimar sua atuação no fator “risco”.

Nessa linha:

Se por um lado o Direito Penal tradicional se mostra insuficiente, a sociedade de risco passa a ser a força motriz de sua expansão, pois legitima sua atuação sobre áreas que até então não lhe diziam respeito, mas que no cenário atual demonstram-se merecedoras de tutela penal. Ainda, gera a relativização de alguns princípios democráticos garantidores em nome da busca pela efetiva segurança pública, hoje considerada valor máximo a ser perseguido pelos agentes estatais (MONTE, 2012, p. 288).

Destarte, a sociedade é posta a se reorganizar e passar a se movimentar de modo a antever e evitar que se efetivem os efeitos colaterais da pós-modernidade, agora experimentados e, portanto, compreendidos.

O que anteriormente parecia funcional e racional aparece agora como uma ameaça à vida e, portanto, produz a legítima disfuncionalidade e irracionalidade. Com isso, as instituições se abrem para o questionamento político de seus fundamentos. (MACHADO, 2005, p. 30-31).

É imperioso compreender o papel das instituições e dos institutos, para efetivamente utilizar o Direito Penal como limitação do poder punitivo estatal, e não com exacerbação deste.

2.2 A criação de novos riscos

Jesus-María Silva Sánchez, com amparo em Ulrich Beck, destaca que a expansão técnico-econômica havida durante o processo de desenvolvimento da modernidade foi acompanhado da criação de riscos que emergiram como consequências negativas desse modo social pós-industrial entendido como “sociedade riscos” (*Risikogesellschaft*). Vale dizer, a produção de riqueza acarretou, sistematicamente, a geração social dos riscos capazes de comprometer as condições básicas de vida alcançada sob tal modelo de desenvolvimento (SILVA SÁNCHEZ, 2011).

Se, por um lado, o desenvolvimento do saber técnico-científico tornou possível que a humanidade controlasse e se protegesse dos fenômenos da natureza que antes se mostravam perigosos para a sua existência, por outro, o processo de socialização da natureza e o constante desenvolvimento tecnológico acabaram redundando em outros tipos de ameaças. Os riscos tecnológicos geram um novo e poderoso fator de indeterminação do futuro, pois sua característica primordial está no fato de terem emergido na qualidade de consequências secundárias e, destarte, indesejadas, não previstas e mesmo insuscetíveis de previsão (SILVA, 2010).

Há, portanto, um evidente paradoxo, na medida em que a humanidade se desenvolve novos riscos são criados, mas a superação destes não é acompanhada de novas soluções. A consequência é a insegurança generalizada.

Igualmente exsurge a conclusão de que tanto a emergência da sociedade do risco deu-se sob o amparo das instituições de controle e de proteção da sociedade industrial quanto “a evidência de os riscos tecnológicos surgidos desafiam hoje essas mesmas instituições, como ciência, administração estatal, política e direito, que, inclusive, legitimaram a criação desses riscos”. (SILVA, 2010, p. 90).

Fato é que o saber científico e tecnológico, enquanto pressuposto para o crescimento econômico e para o bem-estar da humanidade, desencadeou o surgimento de riscos de grandes proporções, cujo potencial de perigo não se pode medir, quantificar ou antever.

Desse modo, importa estabelecer a diferença essencial entre os novos riscos e as catástrofes naturais e o fato de os mencionados riscos derivarem necessariamente de decisões de âmbito industrial ou técnico-econômico de pessoas ou organizações, ao passo que as catástrofes naturais eram concebidas como algo apenas imputável ao destino. Nesse sentido, remetendo aos significados da palavra “destino”, ensina Beck:

Quem tiver a curiosidade de saber qual experiência política está associada à consciência da crise ecológica acabará se deparando com uma infinidade de afirmações, entre estas a de que se trata de uma autopunição da civilização, algo que não deve ser atribuído a Deus, deuses ou à natureza, a decisões humanas e progressos da indústria que emergem das exigências de controle e direcionamento desta mesma civilização. A outra face desta mesma experiência é o desmantelamento desta mesma civilização que, aplicado à política, pode dar luz à experiência de um destino comum. 'Destino' é a palavra correta, pois todos podem estar expostos (em casos-limite) às decisões científico-industriais; 'destino' é a palavra incorreta, pois estes riscos ameaçadores são o resultado de decisões humanas (BECK, 1999, p. 77).

Vale dizer, o reconhecimento dos riscos produzidos pela sociedade industrial significa a negação da ambição por controle da natureza do alcance da felicidade por meio do progresso tecnológico. Ao lado desses riscos industriais, surgem ainda os riscos socioeconômicos derivados do processo de globalização.

E tudo isso faz com que se diminua a confiança no Estado, e não só pela incontrolabilidade dos riscos e dos perigos globalizados, mas, e principalmente, em razão das evidentes limitações dos mecanismos institucionais utilizados no controle de tais fenômenos. (MACHADO, 2005, p. 79-83).

Diante disso, surge a necessidade de proteger tais atividades, pois lesões a elas podem ter repercussão incomensurável. Passa-se, assim, a inadmitir a própria criação de risco a tais atividades, razão por que é forjado um Direito Penal para contenção de riscos, afastado da teoria do bem jurídico-penal, surgindo a ideia de estratégia para gestão de riscos, consoante descreve Silva Sánchez:

A sociedade de risco ou da insegurança conduz, pois, inexoravelmente, ao Estado vigilante ou Estado da prevenção. E os processos de privatização e liberalização da economia, em que nos encontramos imersos, acentuam essa tendência. Nesse contexto policial-preventivo, a barreira de intervenção do Estado nas esferas jurídicas dos cidadãos se adianta de modo substancial. Com efeito, as intervenções de inspeção (supervisoras, de controle) podem ser puramente rotineiras: de fato, para iniciar uma inspeção não se exige a justificativa de existência de indícios concretos de perigo para a ordem administrativo-policial. O procedimento de inspeção – intensificando ainda mais o princípio fundamental que se expressa no procedimento sancionador de infrações administrativas formais – aparece então claramente norteado por um critério gerencial em relação aos riscos (*Riskmanagement*). (SILVA SÁNCHEZ, 2011, p. 135).

Assim, a retórica fundada na ideia de risco incontrolável e catastrófico alia-se à ansiedade de poder antecipar e de obstaculizar, através do Direito Penal, os eventos trágicos inerentes às características da sociedade contemporânea (CARVALHO, 2013).

Nesse sentido, é perceptível que as agências penais passaram a dar mais importância aos delitos econômicos. Adaptando-se a este novo paradigma, o Direito Penal afasta-se da sua função precípua, qual seja, tutelar bens jurídicos fundamentais, para “defender” esses novos interesses.

Esse fenômeno, marcado pela globalização e pelos avanços tecnológicos sem paralelo na história da humanidade, contrapõe o modelo ideal de Direito Penal “clássico” e “moderno”. Tem-se, assim, um giro metodológico, além de tutelar bens jurídicos difusos e coletivos, o alvo do Direito Penal passa a ser o *homo economicus*¹², daí a importância crescente do Direito Penal Econômico, e mais precisamente, do Direito Penal Empresarial¹³.

No campo econômico, por sua vez, o convívio com riscos sempre foi uma realidade. Todavia, há um novo fator que passa a ser incorporado no dia a dia das empresas, qual seja o Direito Penal. Agora, além dos padrões éticos e de transparência nos negócios, há uma preocupação em gerir a atuação das pessoas físicas que atuam em nome da sociedade empresária, a fim de evitar, dentre outras consequências jurídicas, o cometimento de crimes.

A tensão nesta sede é inevitável, pois, partindo-se da premissa de que a responsabilidade criminal da pessoa jurídica é pontual no ordenamento jurídico brasileiro, a imputação da prática de crimes econômicos, via de regra, acaba por recair no corpo físico diretivo.

Do ponto de vista dogmático, o problema merece maior aprofundamento ao se considerar a imputação de crime no âmbito de modernas estruturas societárias (grandes empresas nacionais ou multinacionais, cujo quadro funcional é complexo). Nessas corporações, há uma notável divisão de trabalho no plano horizontal e no plano vertical, sendo certo que as decisões são fragmentadas e descentralizadas, o que dificulta a identificação e delimitação de eventual reponsabilidade penal.

¹² Expressão utilizada para definir o perfil do chamado delinquente econômico, alguém que, “pela natureza da prática criminosa, exerce o cálculo utilitarista dos custos e benefícios de suas práticas em face de eventuais consequências que possa sofrer acaso descoberto e punido” (FISCHER, 2006, p. 157). No mesmo sentido, LOPES, 2006, p. 302.

¹³ Apesar de defender a manutenção da unicidade do Direito Penal, é possível sustentar uma certa autonomia do Direito Penal Empresarial que, para Schünemann, seria um subgrupo do Direito Penal Econômico. Havendo nele particularidades próprias, que se refletem em diversas órbitas. Dessa forma, apesar de menos comum do que a expressão “Direito Penal Econômico”, não é errado falar em “Direito Penal Empresarial” (SILVEIRA, 2016, p. 33-37). No mesmo sentido, Henrique Viana Pereira destaca que, apesar de ser mais comum a expressão “Direito Penal Econômico”, não há problema utilizar “Direito Penal Empresarial” (PEREIRA, 2014, p. 104).

A partir dessa realidade, lamentavelmente, é comum pessoas serem denunciadas não em razão da conduta, mas somente em razão do cargo que ocupam. Afinal, prevalece nesses novos tempos a lógica de que os fins justificam os meios. E, ainda que afastada das bases garantistas do Estado Democrático de Direito, convive-se com a indesejável imputação de responsabilidade penal de forma meramente objetiva.

Fato é que a teoria tradicional do crime, com suas categorias habituais de responsabilização, apegada à criminalidade de natureza individual, tem sido flexibilizada para responsabilizar penalmente nos casos dos chamados delitos de domínio, de infração de dever e de omissão.

Nessa toada, lembra Winfried Hassemer que:

Direito Penal é incapaz de solucionar os modernos problemas da criminalidade, e nós temos que refletir a respeito de algo que seja melhor, mais eficaz, que seja capaz de solucionar esses problemas. (HASSEMER, 1994, p. 41).

Desse modo, em face do descompasso entre o aparecimento de inovações científicas e o domínio de novas tecnologias, surge a dúvida, a insegurança, obrigando a sociedade a lidar com o risco sob uma nova perspectiva.

O risco em maior ou menor escala, apesar de inerente a qualquer atividade e indispensável ao desenvolvimento econômico, passa a ocupar papel central no modelo de gestão da sociedade moderna. Sob esse prisma, surge a sociedade de riscos, e, no mesmo sentido, a necessidade de instituir medidas de prevenção e precaução para evitar condutas perigosas ou prejudiciais que possam expor as empresas.

2.3 A globalização e internacionalização do Direito Penal

O fenômeno da globalização¹⁴ inquestionavelmente repercutiu nas relações políticas e sociais entres os Estados, sendo certo que, hodiernamente, destaca-se como uma realidade presente e incontestável (BECK, 1999).

¹⁴ Como bem destacam Luciano Anderson de Souza e Regina Cirino Alves: “O fenômeno hodierno da globalização é eminentemente econômico, representando, genericamente, um estreitamento das fronteiras para fins de produção, distribuição e circulação de bens e capitais. Se por um lado poder-se-ia dizer que fenômenos globalizantes sempre existiram – basta-se pensar, para cingir-se a um só exemplo, na expansão ultramarina que descobriu e colonizou o continente americano -, o que

O sociólogo britânico Anthony Giddens conceitua globalização como:

[...] a intensificação de relações sociais mundiais que unem localidades distantes de tal modo que os acontecimentos locais são condicionados por eventos que acontecem a muitas milhas de distância e vice-versa. (GIDDENS, 2003, p.29).

Por sua vez, Zygmunt Bauman refere-se ao processo de globalização como sendo uma das marcas mais significativas da época moderna, apontando que:

Os usos do tempo e do espaço são acentuadamente diferenciados e diferenciadores. A Globalização tanto divide quanto une; divide enquanto une – e as causas são idênticas às que promovem a uniformidade do globo. Junto com as dimensões planetárias dos negócios, das finanças, do comércio e do fluxo de informação, é colocado em movimento um processo “localizador”, de fixação no espaço. Conjuntamente, os dois processos intimamente relacionados diferenciam nitidamente as condições existenciais de populações inteiras e de vários segmentos de cada população. O que para alguns parece Globalização, para outros significa localização; o que para alguns é sinalização de liberdade, para muitos outros é um destino indesejado e cruel (BAUMAN, 1999, p. 08).

Pois bem, é de se ver que as transformações ocorridas no cenário mundial repercutem diretamente na esfera criminal, porquanto: “novas práticas criminosas começam a surgir em razão dessas mudanças, determinando assim transformações nas esferas de controle” (CAPELLER, 1999, p. 114).

Desde o início da década de 1990, o debate acerca da intervenção¹⁵ e regulação estatal ganhou outra dimensão com a intensificação das relações transnacionais. Não se pode perder de vista que o mundo é tecnologicamente muito mais complexo e que o fenômeno da globalização leva a uma diminuição considerável da eficácia dos ordenamentos jurídicos nacionais (NIETO MARTIN, 2008, p. 4).

efetivamente diferencia o constatado desde a segunda metade do século XX é a radicalização de características da sociedade industrial, reconhecida agora pela sociologia como pós-industrial, da informação ou do risco, dentre outras possíveis denominações ao mesmo fenômeno. Citada radicalização significa na prática que os objetivos produtivos são levados às últimas conseqüências, perseguindo-se, no caso do modo de produção capitalista, cada vez maiores lucros mediante menores custos. Para isso, a divisão do trabalho e o incremento tecnológico são exasperados, para fins de que conquista de um mercado econômico de cunho transnacional, isto é, um mercado-mundo. Por via de conseqüência, intensificam-se sobremodo as transações financeiras” (SOUZA; FERREIRA, 2013, 281).

¹⁵ “Esta nova faceta da intervenção penal, que mitiga e enfraquece direitos constitucionais dos jurisdicionados integra um contexto mais amplo, e que há bom tempo David Garland denominava como cultura do controle (...) o Estado brasileiro, na esteira do que ocorreu nos Estados Unidos e alguns países europeus passa a adotar uma política criminal atuarial, responsável, sobretudo, pela gestão de riscos e pela disseminação de dispositivos de governamentalidade, que segundo Foucault, ensejarão uma atuação voltada para a prevenção, justamente com o fito de se obter segurança.” (GLOECKNER, 2015, p. 01).

Fato é que o fluxo de pessoas, informações e de capitais num mercado global sem fronteiras, em alguma medida, foge ao domínio estatal. A crise financeira de 2008 é um exemplo claro dessa interação e de seus efeitos no mundo moderno. A bolha econômica decorrente dos *subprimes* ou derivativos mergulharam o planeta numa gravíssima crise, cujos efeitos recessivos foram pulverizados mundo a fora e ainda continuam permeando os noticiários nacionais e estrangeiros.

Apesar de não existir uma única explicação para uma crise econômica de tamanha proporção, não há dúvida de que parte dela pode ser explicada pelo capitalismo desenfreado e os objetivos do neoliberalismo. A hegemonia dos Estados Unidos, a especulação financeira, combinada com a volatilidade do capital, muitas vezes sem nacionalidade, associada à globalização são fatores identificáveis do fenômeno.

Conforme Luigi Ferrajoli:

Una risposta adeguata al mutamento della questione criminale avrebbe dovuto essere un mutamento di paradigma del diritto penale all'altezza delle nuove sfide della globalizzazione: all'altezza, cioè, delle nuove forme di criminalità del potere e dei pericoli e degli attentati che da esse provengono a beni e a diritti fondamentali.

[...]

C'è poi un secondo effetto, non meno devastante dell'inflazione penale: il collasso del principio di la legalità e con esso della capacità regolativa della legge, cioè di quella artificial reason che Thomas Hobbes contrappose alla "iuris prudentia o saggezza di giudici disordinati" del suo tempo. Del principio di legalità penale stanno venendo meno tutte le funzioni politiche da esso assicurate quali connotati dello stato di diritto: 1) anzitutto la certezza del diritto, che è garanzia di uguaglianza di fronte alla legge, oltre che di conoscibilità e credibilità del sistema penale; 2) in secondo luogo la soggezione del giudice alla legge, che è garanzia d'immunità del cittadino contro l'arbitrio e, insieme, fondamento dell'indipendenza della magistratura e della divisione dei poteri; 3) infine il primato della legislazione, e perciò della politica e della sovranità popolare nella definizione dei beni giuridici meritevoli di tutela penale e nell'esatta configurazione come reati delle loro lesione. E' chiaro che una tale crisi inflattiva del diritto penale è il segno e il prodotto di una politica penale congiunturale, incapace di fronteggiare le cause strutturali della criminalità e rivolta unicamente ad assecondare, o peggio ad alimentare, le paure e gli umori repressivi presenti nella società. (FERRAJOLI, 2010, p. 1326-1327).

Nessa perspectiva, é incontroverso que esse processo de integração faz surgir um novo cenário para o desenvolvimento de uma criminalidade de caráter econômico, com destaque para o protagonismo das corporações, com poderes além-fronteiras, o que exige novas medidas para lhe fazer frente.

O Direito Penal Econômico desponta como um dos principais alvos de reflexão desse fenômeno, demandando a antecipação de tutela por meio de bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato. “Também passou a ser questionável sua carga simbólica e de prevenção geral positiva (limitadora)”¹⁶ (VALENTE, 2015, p. 36).

Ao tratar da expansão do Direito Penal, Silva Sánchez destaca a importância de dois fenômenos típicos das sociedades pós-industriais: a globalização econômica e integração supranacional. Nesse sentido, lembra o autor:

O Direito Penal da globalização não é, sem embargo, *todo* o Direito Penal. Como aludido no início, concentra-se na delinquência econômica ou organizada e em modalidades delitivas conexas. Daí que se produza uma mudança significativa quanto ao modelo de delito que serve de referência a construção dogmática: em lugar do homicídio do autor individual, trata-se, por exemplo, de abordar atos de corrupção realizados por uma empresa que, por sua vez, comete delitos econômicos. A partir de tal constatação, depara-se com duas importantes alternativas: ou se acomete uma *setorialização* das regras da Parte Geral do Direito Penal, ou se assume que, devido à poderosa força atrativa da nova criminalidade, também as modalidades clássicas de delinquência devam refletir a modificação das regras pelas quais vêm sendo regidas. A primeira, que viria a configurar o que de modo gráfico pode expressar-se como “Direito Penal de duas velocidades” (vide *infra*), significa na realidade a renúncia à teoria do delito como regra geral e uniforme do ilícito penal (e, nessa medida, aparentemente um retrocesso histórico); mas a segunda, por sua vez, supõe a desativação do sistema geral de regras configurado, com uma mais que óbvia vocação garantista, a partir da constatação da gravidade das consequências jurídico-penais, com referência em particular ao homicídio. (SILVA SÁNCHEZ, 2011, p. 109).

Razões pragmáticas justificam o tema, dentre elas destaca-se a urgência das ciências criminais em encontrar resposta adequada à criminalidade econômica transnacional, intrínseca ao processo de globalização e à integração regional. De fato, a integração regional é caracterizada pela crescente eliminação de fronteiras internas,

¹⁶ Ao tratar dos reflexos da expansão do direito penal, Luís Greco lembra que nos **bens jurídicos coletivos** os problemas parecem, a primeira vista, ser de todo diversos. Afinal, enquanto nos crimes de perigo abstrato não há qualquer lesão ou perigo concreto a bem jurídico, nos delitos para a proteção de bens jurídicos coletivos há, sim, uma total afetação do bem tutelado. Haveria apenas uma diferença entre bens jurídicos coletivos e bens jurídicos individuais, pois enquanto estes se reportam a determinados titulares, aqueles se caracterizam por sua não distributividade, isto é, por serem indivisíveis entre possíveis titulares individuais. Mas essa primeira impressão é enganosa. Na verdade, bens jurídicos coletivos possuem um potencial de expansão da punibilidade muito superior aos dos crimes de perigo abstrato: uma vez que inexistem regras para postular bens jurídicos, eles são uma perfeita criação *ad hoc* para legitimar qualquer proibição. Basta mencionar conceitos como a ‘segurança pública’ ou a ‘paz pública’ e já se harmonizou o tipo problemático com a ideia de proteção de bens jurídicos, já se livrou de qualquer suspeita a extensa antecipação da proibição criminal. E é por isso que bens jurídicos coletivos despertam a suspeita de muitos. (GRECO, 2011, p. 44, grifo do autor).

pela relativização da soberania dos Estados e pelo incremento da livre circulação de pessoas, bens e capitais. Estes fatores também influenciam a criminalidade da época.

BALTAZAR JUNIOR assevera que:

Não há como negar, porém, que a globalização econômica, a criação de zonas de livre comércio e livre circulação de bens e pessoas, com a supressão ou diminuição de controles fronteiriços e alfandegários, o liberalismo econômico e a conseqüente desregulamentação de vários mercados, a queda da cortina de ferro, o avanço tecnológico e a queda nos custos das telecomunicações e transportes, a popularização da informática e da Internet, as redes bancárias mundiais e as diferenças de bem-estar entre países ricos e pobres criaram uma nova realidade para a sociedade e, como parte dela, para as práticas delituosas organizadas transnacionais, que encontraram nessa nova realidade social o caldo ideal para a sua expansão. (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p. 80).

Nesse sentido, a mais contundente consequência seria que o Direito Penal na era da globalização e da integração supranacional caminha na trilha de um Direito cada vez mais unificado e, como lembra Renato da Silveira: menos garantista e onde as regras de imputação, penais e processuais são flexibilizadas, fundamentalmente dada a lógica econômica aplicada, agora, ao Direito Penal” (SILVEIRA, 2015, p. 35).

Pois bem, com a velocidade dos novos acontecimentos, a economia ganha um impulso determinante, que acaba por romper com as últimas barreiras de proteção do Estado, ficando este condicionado ao fator econômico.

Essas modificações, perceptíveis em outras sociedades, podem ser sintetizadas pelo fenômeno da globalização. Vale dizer, o desenvolvimento do capitalismo gerou, sistematicamente, a produção social dos riscos.

Ao lado da percepção de novos e crescentes riscos sociais há uma pressão social por segurança cobrando do Estado preventivo novas políticas criminais uma reação à insegurança vivenciada.

3 O DIREITO PENAL CLÁSSICO E A NOVA CRIMINALIDADE

A discussão e categorias apresentadas neste capítulo são de fundamental importância para compreender os problemas enfrentados pela dogmática em face da aplicação do Direito Penal clássico e o confronto com as situações da criminalidade econômica no tocante à responsabilização penal individual no âmbito de grandes corporações.

Afinal, quando se fala de grandes empresas, de corporações transnacionais ou de empresas com filiais em diversos locais do país, a aplicação dos conceitos tradicionais é bastante complexa, daí a necessidade de entender o que se quer chamar de uma nova criminalidade, sua dimensão e conceitos, objetivando, assim, apresentar o ambiente em que será aplicado o *Criminal Compliance*.

Segundo Klaus Tiedemann, “o avanço tecnológico comporta uma criminalidade específica, inclusive de âmbito socioeconômico, cujas conseqüências jurídicas abarcam entre outros o delito informático, a transferência delitiva da tecnologia, e outra figuras” (TIEDEMANN, 1985, p. 121).

Nessa toada, o denominado Direito Penal Clássico abre espaço ao moderno Direito Penal representado por um poder público que tolera flexibilização de mecanismos garantistas com o objetivo de adaptar-se a uma nova realidade contemporânea em razão da necessidade de proteção.

Conforme sintetiza Eduardo Sanz de Oliveira Silva:

A combinação de introdução de novos objetivos de proteção com antecipação das fronteiras de proteção penal vem propiciando uma transição rápida do modelo ‘delito de lesão de bens individuais’ ao modelo ‘delitos de perigo (presumido) para bens supra individuais’, passando por todas as modalidades intermediárias (...) Assim, junto aos delitos clássicos, aparecem outro muitos, no âmbito socioeconômico de modo singular, que recordam muito pouco aqueles. Nesse ponto, a doutrina tradicional do bem jurídico revela que, diferentemente do que sucedeu nos processos de despenalização dos anos 60 e 70, sua capacidade crítica no campo dos processos de criminalização como os que caracterizam os dias atuais – e certamente o futuro – é sumamente débil” (SILVA, 2005, p. 252).

É preciso compreender que essa situação marca um novo episódio na história do Direito Penal, pois não se trata aqui de crimes violentos ou patrimoniais, por exemplo, o que se quer chamar de nova criminalidade é na verdade o conjunto de

figuras típicas realizadas em decorrência da atividade econômica, cujas características são próprias e distinta daqueles crimes usuais¹⁷.

Em 1939, na obra de Edwin Sutherland, destacam-se termos que ainda hoje são utilizados, tais como “*crimes of the powerful*”, “*white collar criminality*” e “*criminality of the upper world*”, que agrupam os crimes relacionados às atividades das empresas (*corporations*).

Para Sutherland, o “*white collar crime*” seria “*violation of the criminal Law by a person of the upper social-economic class in the course of his occupational activities*” e o que caracterizaria a criminalidade dos poderosos seria o fato de seus autores pertencerem a classe social elevada, atuando no exercício de sua atividade ocupacional e causando um dano extenso e considerável (SUTHERLAND, 1961).

A partir da definição cunhada por Sutherland, o termo crime de colarinho branco ficou conhecido no mundo: na França, *crime em col blanc*; na Itália, *criminalità in colletti bianchi*; na Alemanha, *weisse-kragen-kriminalität*.

Sutherland sustentava, ainda, a tese de que o comportamento criminoso é aprendido, nunca herdado conforme defendia Lombroso. Destacava, ainda, a existência de uma categoria de crimes que até então era ignorada nos estudos elaborados pelos sociólogos e criminólogos: os crimes praticados por diretores das grandes corporações (SUTHERLAND, 1940).

Considerando que ao Direito Penal cabe a tutela exclusiva de bens jurídicos relevantes, o problema se localiza na seleção de quais bens serão merecedores da tutela penal, o que dependerá dos interesses da sociedade contemporânea, o que nos remete a ideia de proteção penal de bens jurídicos supraindividuais.

Como parte das transformações ocorridas a partir da sociedade pós-industrial surge essa nova criminalidade, mais sofisticada, cujas condutas diferem daquelas tradicionais ou convencionais.

Com base em Sutherland, Silva Sánchez denomina essa nova espécie delituosa como *crimes of the powerful*, ou seja, a criminalidade dos poderosos, o que seria o moderno Direito Penal, como contraponto à criminalidade dos impotentes

¹⁷ No Brasil, em termos de tipificação, pode-se destacar os seguintes diplomas legais: lei nº 6.385/76 (arts. 27-C a 27-F – crimes contra o mercado de capitais); lei nº 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro); lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor); lei nº 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária, abuso de poder econômico e relações de consumo); lei nº 9.613/98 (lavagem de dinheiro); lei nº 9.605/98 (crimes contra o meio ambiente); lei nº 11.101/05 (crimes falimentares). No Código Penal, art. 168-A (apropriação indébita previdenciária), art. 337-A (sonegação de contribuição previdenciária) e arts. 359-A a 359-H (crimes contra as finanças públicas).

(Direito Penal clássico), cuja espécie delitativa, segundo o autor espanhol, é reflexo de uma dogmática “parcialmente pendente de elaboração. E tudo isso há de redundar em uma configuração dos mesmos sob as bases significativamente diversas daquelas do Direito Penal clássico (da delinquência passional ou dos *crimes of the powerless*)” (SILVA SÁNCHEZ, 2011, p. 77).

Jorge de Figueiredo Dias denomina esse novo Direito Penal como sendo um Direito Penal secundário, estabelecendo assim as bases para diferenciá-lo:

Enquanto os crimes do direito penal clássico – direito penal da justiça – se relacionam subsidiariamente com a ordenação jurídico-constitucional de bens jurídicos relativos aos direitos, liberdades e garantias das pessoas; o direito penal secundário que surgiu com esta nova sociedade, demarcado com o direito penal econômico em áreas como empresas, mercado de trabalho, da segurança social, financeiro, fiscal, aduaneiro, ambiental, irão se relacionar com a ordenação jurídico-constitucional relativa aos direitos e à organização econômica (DIAS, 2001, p. 49-50).

Com efeito, pode-se afirmar que a criminalidade econômica se insere como um exemplo da criminalidade moderna¹⁸. Por certo que esta criminalidade moderna tem características próprias que se diferem da criminalidade clássica.

Cezar Roberto Bitencourt leciona que:

A violência indiscriminada está nas ruas, nos lares, nas praças, nas praias e no campo. Urge que busque meios efetivos de controlá-la, a qualquer preço. E para ganhar espaço fala-se emblematicamente em criminalidade organizada, delinquência econômica, crimes ambientais, crimes contra a ordem tributária, crimes de informática, comércio exterior, contrabando de armas e tráfico internacional de drogas, criminalidade bancos internacionais, enfim crimes de colarinho branco. Essa é, em última análise, a criminalidade moderna, que exige um novo arsenal instrumental para combatê-la, justificando-se, sustentam alguns, inclusive o abandono de direitos fundamentais, que representam históricas conquistas do Direito Penal ao longo dos séculos. (BITENCOURT, 1995, p. 122).

Destarte, diferentemente da estrutura clássica da dogmática, ou direito penal nuclear, pensada para ser aplicada em virtude de uma conduta típica realizada por

¹⁸ Tratando da criminalidade moderna e da delinquência econômica, acentua Bitencourt que a criminalidade moderna “abrangeria a criminalidade ambiental internacional, criminalidade industrial, tráfico internacional de drogas, comércio internacional de detritos, onde se incluiria a delinquência econômica ou criminalidade de colarinho branco. Esta dita criminalidade moderna tem um dinâmica estrutural e uma capacidade de produção de efeitos incomensuráveis, que o Direito Penal clássico não consegue atingi-los, diante da dificuldade de definir bens jurídicos, de individualizar culpabilidade e pena, de apurar a responsabilidade individual ou mesmo de admitir a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*” (BITENCOURT, 1995, p. 125).

um indivíduo, que, eventualmente, poderá ser praticada uma pluralidade de agentes, aqui, o núcleo central do presente estudo é outro.

Nessa dicotomia entre o Direito Penal Clássico *versus* o Direito Penal moderno, acentua Luis Arroyo Zapateiro¹⁹ que:

(...) a consolidação de um Direito Penal moderno, muito debatido entre os penalistas, frente a um Direito Penal clássico, vinculado aos elementos nucleares, ou ao que era o núcleo tradicional do Direito Penal: os delitos contra a vida os delitos contra os bens pessoais. Diante disso, surgiu algo que assombra a alguns, a outros assusta e a outras, entre os quais me incluo, parece que os bens jurídicos pessoais e coletivos requerem hoje esse moderno Direito, o qual devemos ser capazes de estudar e modular. (ARROYO ZAPATEIRO, 2010, p. 64-65)

Vale dizer, se nas teorias tradicionais do ilícito predomina a figura do autor individual, no âmbito da criminalidade econômica ocorre o oposto. A divisão de trabalho e de competências no exercício da gestão das sociedades empresárias é o ambiente natural no qual se dá a prática de crimes econômicos (ESTELLITA, 2009).

Hassemer destaca que a denominação de criminalidade moderna pode ser entendida a partir da reunião das novas condutas geradoras de riscos que se pretendeu incriminar. Isso porque as novas atividades ilícitas, dadas as suas peculiares características, devem ser diferenciadas da chamada criminalidade de massa, que é a criminalidade do dia a dia, como roubo, furto estelionato, tráfico de drogas e homicídio.

Nesse sentido, Zapatero descreve essa nova representação da criminalidade com sendo uma “criminalidade bem moderna”:

Na verdade, não somente se incrementou a criminalidade, mas também existe uma criminalidade nova, a qual podemos denominar criminalidade “moderna”, por diferenciar-se da tradicional: do roubo, do furto, das lesões dos estupro e dos homicídios. Como moderno surge o terrorismo atual, que em nada se relaciona com o terrorismo clássico do anarquista quase isolado, com o da organização terrorista ETA, com a banda Baader Meinhof ou com as Brigadas Vermelhas, mas sim com um criminalidade pós-moderna, inclusive em suas formas de organizativas, como a organização terrorista Al Qaeda, com sua forma de rede conectada à rede de comunicações e descentralizada ao longo do mundo, e com o novíssimo elemento do terrorismo suicida, para o qual não existe sistema preventivo suficientemente

¹⁹ O autor cita os seguintes penalistas: U. Neumann; Adan Nieto, *Critica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*. Cuenca: UCLM, 2003; AAVV, *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Coamres, 2000, há um versão em alemão: Ulfrid Neumann; Cornelius Prittwitz (Hrsg.), *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*, Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), Peter Lang, Frankfurt a. M., 1995.

eficaz, já que todo o sistema policial e penal está programado contra um delinquente que não quer ser detido e muito menos ser levado ao outro mundo. (ARROIO ZAPATERO, 2010, p. 61).

Por sua vez, para Schünemann a definição da criminalidade de empresa desempenha significativa importância em certas questões, tanto de ordem criminológica como de dogmática e de política criminal, vez que se refere a uma delinquência de classes sociais detentoras de um elevado poder econômico, distinguindo-se dos delitos clássicos e individuais (VALENTE, 2015).

Em verdade, a criminalidade de empresa é uma subespécie de criminalidade econômica, o que será melhor definido ao final do capítulo. Adiantando que essa categorização propicia um recorte criminológico mais preciso para a compreensão da criminalidade no âmbito empresarial, Valente afirma que, a criminalidade econômica:

além de permitir o enfrentamento de complexas questões dogmáticas, tais como a elucidação da problemática da autoria, mais precisamente a identificação da responsabilidade individual em decorrência da atitude criminosa do grupo (*actitud criminal de grupo*) (VALENTE, 2015, p. 107).

Ainda acerca dessa novel modalidade de crimes e de suas características, é possível destacar:

Outro elemento da moderna criminalidade, distinta da tradicional e já prevista pelo velho criminólogo Nicéforo com o argumento de que a criminalidade do futuro seria a criminalidade da astúcia, é o denominado Direito Penal Econômico em sentido amplo, partindo desde o núcleo da fraude, até chegar à corrupção e os delitos contra o meio ambiente. Crescimento econômico, globalização, taxas de benefício, engenharia financeira, transparência no mercado etc., produziram uma nova criminalidade – a qual estou seguro que assombraria a Edwin Sutherland – e para lutar contra ela, todo um Direito Penal Econômico. Porém, quando esse Direito Penal Econômico estava apenas começando a se assentar, se impôs a globalização neoconservadora, sem controle dos mercados e sem direitos humanos, o que acarretou uma crise econômica e social também global (ARROIO ZAPATERO, 2010, p. 64).

A criminalidade moderna, que pode ser exemplificada pela criminalidade econômica, pela criminalidade ambiental ou financeira, comporta uma estrutura diferenciada, descrita por Hassemer: não tem vítimas individuais, ou melhor, as vítimas individuais só existem de forma mediata; atinge bens jurídicos supraindividuais e vagos. Nesse sentido:

Os danos causados têm pouca visibilidade à primeira vista; suas formas de concretização são civis, ou seja, não corre sangue; e, por fim, sua operação

caracteriza-se pela internacionalidade, pela profissionalidade e pela divisão do trabalho. (HASSEMER, 1994, p. 41-51).

Ao refletir acerca das mutações no direito, Luiz Luisi, lembrando o pensamento de Miguel Reale, acentua:

Embora não seja matéria especificadamente penal, as contribuições de Miguel Reale para a renovação da dogmática jurídica são do mais alto interesse para os cientistas do direito penal. Como é notório a dogmática jurídica, ao longo de seus novecentos anos de existência, tem sofrido períodos de constatação de sua valia, que a tem obrigado a reciclar-se. Estes momentos de crise da dogmática ocorrem precisamente em época de renovação das estruturas sócio-econômicas que implicam em processo de surgimento de um direito renovado. No presente momento histórico vivemos um período de transição para a consolidação de um novo tipo de sociedade, trazendo como conseqüência a necessidade um novo direito. Neste quadro é de fácil constatação que muitos aspectos do direito vigente se encontram superados e não estão dando a resposta exigida pelas novas instâncias sociais. E como consequência se tem sustentado que a ciência que se ocupa com o estado desse direito, - desde que insensível aos imperativos dos novos tempos, - constituiu um obstáculo ao progresso social e político. (LUIZI, 1991, p. 96).

Como se vê, o discurso político criminal contemporâneo é outro e o Direito Penal moderno deve ser contextualizado. Nesse sentido:

[...] o Direito Penal moderno estaria situado na transição entre o modelo de Estado liberal e um Estado social intervencionista, posterior à segunda Guerra Mundial, tal é o cenário social onde floresceria o Direito Penal moderno, muito mais conectado à disciplina das atividades econômico-financeiras, usando o Direito Penal com fins de organização, prevenção e tutela antecipada. (OLIVEIRA, 2013, p. 40).

Assim, “seriam expressões do Direito Penal moderno a criminalidade empresarial, o Direito Penal da globalização, marcado pelos novos riscos, a criminalidade transnacional e o Direito Penal do inimigo” (OLIVEIRA, 2013, p. 40).

3.1 Direito Penal Econômico

Não se desconhece o debate em torno da terminologia e da discussão acerca da autonomia ou não do Direito Penal econômico. Todavia, aqui, pretende-se demonstra apenas qual será o conceito adotado, bem assim a dimensão acerca do tratamento jurídico-penal da ordem econômica, visando, com isso, precisar a aplicação do *criminal compliance*.

A maioria dos autores que se dedica ao estudo do Direito Penal Econômico concorda em afirmar que se trata de um ramo do direito cuja definição é complexa, existindo em torno dela uma grande imprecisão conceitual.

Por essa razão não se busca, por vezes, dar uma definição de Direito Penal Econômico, tendendo a doutrina, por vezes, a conceituá-lo a partir da necessidade da proteção da atividade econômica, da tutela à ordem econômica.

Lado outro, existem autores que definem o Direito Penal Econômico a partir do perfil do sujeito ativo do crime, sustentando, assim, como objeto do Direito Penal Econômico os delitos praticados por pessoas de alto nível sócio-econômico. Essa definição, partindo da figura do agente, e não em razão do ato praticado, delimita um conceito mais sociológico do que jurídico.

Para efeito do presente estudo, aproxima-se do conceito daqueles que partem da delimitação do objeto jurídico, por entender que essa interpretação é a mais adequada, garantista e legitimadora da intervenção penal no âmbito das atividades econômicas.

3.1.1 Delimitação conceitual

O conceito de Direito Penal econômico não é algo simples de ser tratado, afinal existem divergências acerca do tema, notadamente em se tratando do critério a ser adotado, podendo-se citar aspectos processuais, criminológicos e dogmáticos (bem jurídico).

Em termos gerais, Bajo Fernandez e Bacigalupo conceituam o Direito Penal econômico como “o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica entendida como regulação jurídica da intervenção do Estado na economia” (BAJO FERNANDEZ; BACIGALUPO, 2001, p. 13).

A partir disso é possível afirmar que o Direito Penal Econômico visa à proteção da atividade econômica presente e desenvolvida na economia de livre mercado. E mais, não se sustenta a sua autonomia, mas, sim, uma integração ao Direito Penal como um todo, sendo esta divisão por questões apenas metodológicas ou didático-pedagógicas, mais em razão da especificidade do seu objeto de tutela, e da natureza particular da intervenção penal.

Assim, é preferível construir a definição de Direito Penal Econômico a partir do bem jurídico protegido, das condutas praticadas e suas finalidades, além das características objetivas desses delitos.

Atualmente, é mais adequado definir o Direito Penal Econômico como o ramo do Direito Penal voltado para uma categoria de crimes que ocorrem nas relações comerciais ou na atividade empresarial, praticados pelos administradores, diretores ou sócios, geralmente de forma não violenta e envolvendo fraude ou violação da relação de confiança. É esse conceito que deverá estar presente quando se estudarem os tipos penais.

Conforme entende Carlos Perez Del Valle, “o Direito Penal Econômico é definido em relação a um objeto de caráter político-criminal: a prevenção da criminalidade econômica” (VALLE, 2004, p. 30).

Por isso, Douglas Fischer entende que é necessário ter um olhar novo, porque é limitada a capacidade do Direito Penal clássico para combater fenômenos da criminalidade econômica. Sustenta, ainda, “ser necessário desenvolver uma teoria com característica próprias e que seja eficaz na proteção preponderante de bens jurídicos coletivos, reveladores de interesses difusos” (FISCHER, 2006, p. 102). Justificando sua posição, acrescenta o autor:

Não se deva afastar os critérios vigentes até hoje em relação aos delitos que atinjam interesses individuais, mas é essencial que, de forma paralela e concatenada, se estabeleçam novos paradigmas – que devem conviver harmonicamente com aqueles – para que, de modo substancial, se garanta a efetividade penal em relação aos crimes que atentem contra os interesses difusos, inter-relacionados de forma umbilical com os chamados direitos fundamentais de terceira geração. Apenas é necessário ter um olhar novo. (FISCHER, 2002, p. 121).

Tomas Rotsch compreende “o direito penal econômico tão somente no sentido de uma punibilidade no marco da criminalidade econômica, suscetível de pena privativa de liberdade ou multa” (ROTSCH, 2011, p. 71). Com efeito, a criminalidade econômica possui características próprias, exigindo, assim, instrumentos teóricos dotados de especificidades para melhor análise dos seus institutos. Nesse sentido: “é o ramo do direito que compete tutelar o bem constituído pela ordem econômica estatal no seu conjunto, e, conseqüência, o curso normal da economia na sua organicidade, numa palavra, a economia nacional” (TIEDEMANN, 1998, p. 135).

Na doutrina nacional, Manoel Pedro Pimentel compreende o Direito Penal Econômico como o “conjunto de normas que tem por objeto sancionar, com as penas que lhe são próprias, as condutas que, no âmbito das relações econômicas, ofendam ou ponham em perigo bens ou interesses juridicamente relevantes” (PIMENTEL, 1973, p. 10). Segundo o referido autor, seu objeto jurídico são os “bens e interesses relacionados com a política econômica do Estado”. Em síntese, sustenta que: “o Direito penal econômico, portanto, é um sistema de normas que defende a política econômica do Estado, permitindo que esta encontre os meios para a sua realização” (PIMENTEL, 1973, p. 19-21).

Ainda sobre a delimitação e função do Direito Penal Econômico, o entendimento de Feijóo Sánchez:

O aspecto econômico fortemente orientador das novas complexidades sociais tem nos delitos econômicos sua principal expressão na área criminal. Daí é que, o Direito Penal, adaptando-se ao novo panorama, e cumpridor de sua função de tutela de bens jurídicos fundamentais, opta por tutelar esses novos interesses que, pelo Direito Penal tradicional permaneceriam desprovidos de proteção eficaz. [...]

Emerge o Direito Penal Econômico que, conforme a doutrina dominante, possui normas com as mesmas características que o resto das normas penais e cuja pena cumpre as mesmas funções. Bem observa FEIJÓO SÁNCHEZ que “o direito penal econômico não é um direito econômico que se serve das penas para conduzir a economia, mas, sim, é um direito penal que se ocupa de um setor específico da vida social”, concluindo-se, assim, que “os critérios de legitimidade e as categorias dogmáticas criadas para a teoria do Direito Penal são perfeitamente aplicáveis ao âmbito dos delitos socioeconômicos e de empresa”. Não há como negar, porém, que muito se discute a respeito das alternativas de implementação e formas que deve assumir essa nova tutela penal (FEIJÓO SÁNCHEZ, citado por CABERA, 2015, p. 124-125).

Ressalte-se que a doutrina se encontra dividida ainda sob outro aspecto ao tratar do conceito de ordem econômica, porquanto há autores que sustentam um conceito restrito e outros um amplo.

Nesse sentido, Klaus Tiedemann conceitua as duas acepções do direito penal econômico: a primeira, em sentido estrito²⁰, como sendo “direito da direção da

²⁰Carlos Perez del Valle critica a posição restrita de que a raiz do direito penal econômico estaria na crise do modelo liberal de mercado. O autor reconhece a dificuldade de um conceito dogmático definitivo, todavia, defende sua aproximação considerando os “*delitos económicos aquellos comportamientos descritos en las leyes que lesionan la confianza en el orden económico vigente con carácter general o en alguna de sus instituciones en particular y, por tanto, ponen en peligro la propia existencia y las formas de actividad de esse orden económico. Por tanto, el Derecho penal económico en sentido estricto está dedicado al estudio de estos delitos y de las consecuencias jurídicas que las leyes prevén para sus autores*” (VALLE, 2004, p. 33-35).

economia pelo Estado”, a compreendendo, como por exemplo, o direito penal exterior, o controle dos preços e o direito fiscal; a segunda, em sentido amplo, o direito penal econômico consistiria no “conjunto de normas jurídicas promulgadas para regulação da produção e a fabricação e distribuição de bens econômicos” (TIEDEMANN, 1998, p. 18-19).

Atualmente, os defensores do conceito restrito acabaram perdendo terreno para a concepção ampla, haja vista que ela seria mais condizente com o modelo planejado dos sistemas socialistas, o que não vigorou em razão da preponderância do modelo de economia de mercado sobre o dirigismo estatal (CERVINI, 2009).

Por outro lado, conforme acrescenta Gustavo Silva:

[...] é fato que no contexto de um Estado Democrático de Direito a mera referência normativa (intervenção do Estado na economia) não pode constituir um bem jurídico-penal. A noção de bem jurídico-penal deve encontrar fundamento no contexto social, ou seja, ser um valor pré-jurídico, anterior à norma, até para que possa desempenhar o papel de sua legitimação material (SILVA, 2011, 119).

Este entrelaçamento do Direito Penal econômico com o Direito Penal liberal-garantista dá mote a fértil campo de debates, que – a par do comparativo histórico – vai mais além, alcançando o problema da delimitação do direito penal econômico e de sua efetiva utilização em face do princípio da subsidiariedade.

Desse modo, sustenta-se a impossibilidade de autonomia dogmática do Direito Penal econômico e das graves consequências advindas da afirmação contrária. Esse entendimento é defendido por Manoel Pedro Pimentel:

Estamos convencidos, também, de que o Direito penal econômico, sem embargo da especialidade de que se revestem as leis que o organizam, não é autônomo. Trata-se, simplesmente, de um ramo do Direito penal comum e, como tal, sujeito aos mesmos princípios fundamentais deste. Não há como negar que se trata de um conjunto de leis especiais, necessariamente editadas sob a pressão de necessidades novas, objetivando a defesa dos bens e interesses ligados à política econômica do Estado. Mas, inegável é, igualmente, que tais leis de caráter penal não podem fugir às exigências que se colocam em volta de todos os preceitos penais. Não se trata, portanto, de um Direito desligado dos compromissos dogmáticos próprios do Direito penal comum, que toma emprestada apenas a sanção mais severa, que é a pena. Não é a natureza especial das normas, incorporadas em setor diverso do Código penal, em leis extravagantes, que permite a afirmação de autonomia do Direito penal econômico. Nem mesmo a alegação de que este Direito necessita de maior agilidade, na defesa dos bens e interesses objetivados, poderia justificar a quebra dos princípios gerais do Direito penal, aqueles mesmos já mencionados como os da reserva legal e da responsabilidade subjetiva. Se se tratasse de um Direito autônomo, que somente adotasse a

sanção penal, não se cogitaria de tais restrições, pois a sua construção própria e especial, mais chegada à natureza privatística, refugiria a tais exigências dogmáticas. No entanto, à evidência, ninguém poderá defender de boa mente a conveniência de serem postergados estes princípios, em se tratando de leis sancionadas com a grave pena restritiva da liberdade. Se assim não se entender, a pretendida autonomia do Direito penal econômico se converteria em intolerável arma de opressão estatal, um poderoso instrumento coercitivo capaz de esmagar as maiores conquistas da humanidade, no campo da liberdade (PIMENTEL, 1973, p. 15-16).

Em largos traços, com amparo no modelo constitucional brasileiro, não há que prevalecer a autonomia científica do Direito Penal econômico em relação ao Direito Penal tradicional.

Por sua vez, o que deve diferenciar o Direito Penal econômico do Direito Penal clássico é sua legitimação em face dos interesses supraindividuais, devendo ser respeitado o princípio da subsidiariedade. Destarte, deve prevalecer a concepção um sistema penal econômico liberal que encontre eco e legitimidade na Constituição do Estado.

3.1.2 Bens jurídicos

É sabido que o conceito de bem jurídico²¹ nasce da polêmica sobre o conteúdo da tutela penal que, em última análise, a discussão gravita em torno da função do Direito Penal. É importante entender o conceito de bem jurídico, mais precisamente o bem jurídico-penal, a fim de delimitar e situar o campo em que será aplicado o *compliance*.

Pois bem, apesar do conceito de bem jurídico ter variado ao longo da história da dogmática penal, a sua origem é atribuída Birnbaum, ainda na primeira metade do século XIX, muito embora ele não tenha usado a expressão bem jurídico (*Reschtsgut*) (BRANDÃO, 2015, p. 10).

Segundo Birnbaum não é o direito em si afetado pela conduta delituosa, mas o objeto do direito, mesmo com a subtração ou diminuição do bem, o direito continua incólume. Esse autor desenvolve sua tese em contraposição ao entendimento firmado

²¹ Na concepção de Jorge de Figueiredo Dias: “A noção do bem jurídico não pôde até hoje ser determinada — e talvez jamais o venha a ser — com uma nitidez e segurança que permita convertê-la em conceito fechado e apto a subsunção, capaz de traçar, para além de toda dúvida possível, a fronteira entre o que legitimamente pode e não pode ser criminalizado” (DIAS, 2001, 175).

por Feuerbach acerca da finalidade do Direito Penal, qual seja a tutela de direitos subjetivos, de cunho individual ou particular:

Tal posição significou um giro conceitual da maior relevância. Até Birnbaum, eram os direitos subjetivos que estavam no centro da discussão do crime, isto é, eram os homens e suas inter-relações que – enquanto direitos subjetivos – pertenciam à esfera transcendente do espírito. Entretanto, o bem reside na esfera concreta, objetiva, pertencendo a um titular. Ele reside na esfera empírico-objetiva, não na esfera espiritual. Dito giro conceitual traz uma reflexão objetiva para o centro da discussão do crime, mudando o conteúdo da tutela penal, de forma a concretizá-la e tornar o crime aberto à compreensão da lesão objetivamente feita, isto é, do dado efetivo do objeto de um direito, que pode ser individualizado no tempo e no espaço, tendo ainda uma relação de pertença com um sujeito, que é seu titular. (BRANDÃO, 2015, p. 11).

Para Franz Von Liszt, seriam bens jurídicos os interesses que o Direito protege. Sendo que os bens jurídicos abarcam interesses humanos, individuais ou coletivos. “É a vida, e não o direito que produz o interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico. É, pois, um bem do homem que o direito reconhece e protege” (VON LISZT, 2003, p. 139).

Para Jorge de Figueiredo Dias talvez jamais seja possível ter um conceito exato do que seja bem jurídico. Mas para esse autor português bem jurídico seria “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso” (DIAS, 2007, p. 114).

Por sua vez, Francisco Muñoz Conde entende que bens jurídicos são:

aquellos presupuestos que la persona necesita para la autorrealización en la vida social. Entre estos presupuestos se encuentran, en primer lugar, la vida y la salud – negados por la muerte y el sufrimiento -. A ellos se añaden otros presupuestos materiales que sirven para conservar la vida y aliviar el sufrimiento: medios de subsistencia, alimentos, vestidos, vivienda, etc., y otros ideales que permiten la afirmación de la personalidad y su desarrollo: honor, libertad, etcétera.

A estos presupuestos existenciales e instrumentales mínimos se les llama ‘bienes jurídicos individuales’, em cuanto afectan directamente a la persona individual. Junto a ellos vienen em consideración los llamados ‘bienes jurídicos comunitarios’ que afectan más a la comunidad como tal, a la agrupación de varias personas individuales, y que suponen um cierto orden social o estatal: la salud pública, la seguridad em el tráfico motorizado, la organización política, etcétera. (MUÑOZ CONDE, 2007, p. 90-91).

Nesse contexto, Luiz Regis Prado explica que um dos princípios essenciais de Direito Penal é o da exclusiva proteção de bens jurídicos:

As principais funções desempenhadas pelo bem jurídico na área penal podem ser assim elencadas: a) *função de garantia*: o bem jurídico erigido como conceito-limite na dimensão material da norma. Essa função, de caráter político-criminal, restringe o *jus puniendi* estatal e indica que não se pode descurar do sentido informador do bem jurídico na construção dos tipos penais; b) *função teleológica*: como um critério de interpretação dos tipos penais, que condiciona seu sentido e alcance à finalidade de proteção de determinado bem jurídico, como conceito central do tipo; c) *função individualizadora*: como critério de medida da pena, no momento concreto de sua fixação, levando-se em conta a gravidade da lesão do bem jurídico (desvalor do resultado) e d) *função sistemática*: como elemento classificatório decisivo na formação dos grupos de tipos da parte especial do Código Penal. Os próprios títulos ou capítulos da parte especial são estruturados com lastro no critério do bem jurídico em cada caso pertinente. Para que o bem jurídico possa bem cumprir o seu papel protetivo em uma sociedade democrática, deve a lei penal respeitar sempre os princípios penais de garantia (PRADO, 2015, p. 119).

Assim, garantia é a finalidade precípua para compreensão não só do bem jurídico penal, mas também sua principal função. O Direito Penal teria o encargo de proteger a sociedade salvaguardando os bens jurídicos relevantes aos interesses sociais. Daí a característica subsidiária do Direito Penal, alcançando apenas os bens jurídicos ditos mais importantes para vida do homem em sociedade.

Nessa linha, extrai-se do escólio de Santiago Mir Puig²² que o bem jurídico tem importância social, não podendo ser negado seu reconhecimento constitucional como requisito de sua qualidade como interesse fundamental.

Ainda a respeito da relevância do estudo do conceito de bem jurídico, argumenta Juarez Cirino dos Santos:

O conceito de *bem jurídico* continua essencial para o Estado Democrático de Direito das formações sociais fundadas na relação *capital/trabalho assalariado* do capitalismo neoliberal, como critério de criminalização e como objeto de proteção do Direito Penal, conforme reconhecem as teorias jurídica e criminológica modernas. (CIRINO, 2010, p. 14).

Ainda, segundo o mesmo autor:

[...] o bem jurídico é *critério* de criminalização porque constitui *objeto* de proteção penal – afinal, existe um núcleo duro de bens jurídicos individuais, como a vida, o corpo, a liberdade e a sexualidade humanas, que configuram

²² Na mesma linha, Polaino Navarrete defende que bem jurídico é o bem ou valor merecedor da máxima proteção jurídica, que se dá para a garantia dos princípios fundadores da vida humana em sociedade, são objetos estimados a ponto de merecer a máxima proteção, valores ou atributos espirituais para satisfação da autorrealização do homem em sociedade. Coloca, o referido autor, o bem jurídico no centro da antijuridicidade penal, que não se resume a mero caráter formal, possuindo um conteúdo substancial que é justamente a proteção ao bem jurídico, defende, assim, a natureza metajurídica e pré-legal do bem jurídico (POLAINO NAVARRETE, *apud* SALOMÃO, 1974, p. 48).

a base de um Direito Penal *mínimo* e dependem de proteção penal, ainda uma *resposta legítima* para certos problemas sociais – e poderia ser aflitivo imaginar o que aconteceria com a vida e a sexualidade humanas se não constituíssem *objeto* da proteção penal (mas da simples indenização, por exemplo). [...] consideradas todas as limitações e críticas, o conceito de *bem jurídico*, como *critério* de criminalização e como *objeto* de proteção, parece constituir garantia política irrenunciável do Direito Penal do Estado Democrático de Direito, nas formações sociais estruturadas sobre a relação *capital/trabalho assalariado*, em que se articulam as classes sociais fundamentais do neoliberalismo contemporâneo. (CIRINO DOS SANTOS, 2010, p. 18).

Certo é que com os problemas advindos da sociedade de risco há uma tensão estabelecida entre o que deve ser considerado bem jurídico-penal e aquilo que a sociedade contemporânea clama por uma maior proteção estatal, *v. g.* o combate aos crimes econômicos.

Antigos paradigmas estão sendo questionados em prol de respostas mais enérgicas e, por conseguinte, os bens jurídicos estão perdendo gradativamente o seu caráter individual, passando a ser tutelado bens considerados supraindividuais com criminalização de condutas que afetam conceitos indeterminados, objetivando a proteção coletiva.

Interessante notar a proposta de Hassemer em face de um bem jurídico para o funcionalismo:

A teoria do bem jurídico serve bem como pedra de toque para o pensamento funcionalista no Direito Penal. É que ele afirma, em sua variante “crítico-sistemática”, ter encontrado um critério correto de política criminal: precisamente a vinculação da determinação de merecimento de pena à lesão ou ao perigo de lesão a um bem jurídico. (HASSEMER, 2011, p. 16).

Todavia, o autor alemão ressalta o problema da hipertrofia do direito penal e a criminalização dos crimes de perigo abstrato frente à teoria do bem jurídico:

O conceito de bem jurídico somente pode atuar como possível correção da política criminal quando os bens jurídicos penais a serem protegidos foram solidamente descritos. A imprecisão do conceito de bem jurídico e a ineficácia das teorias do bem jurídico andam de mãos dadas. [...] *Feuerbach* esquivou-se de optar entre o rigor do conceito e a realidade do Direito Penal uma vez que excluía os chamados crimes em sentido amplo do Direito Penal e assim salvava teoricamente – mas sem consequências práticas – um conceito preciso de bem jurídico. E, dentro do fenômeno dos bens jurídicos universais (Estado, Administração da Justiça, fé pública etc.), a teoria do bem jurídico é confrontada desde então com a alternativa entre, por um lado, um conceito de bem jurídico vago, mas próximo à realidade, e, por outro, um conceito de bem jurídico preciso, mas não adaptável ao Direito Penal real. Sem meias palavras, parece que uma determinação precisa e, por isso mesmo, político-

criminalmente consequente do conceito de bem jurídico não se ajusta a Direito Penal real algum e que a teoria do bem jurídico sempre está um passo atrás do desenvolvimento do Direito Penal. Acresça-se ainda que uma sociedade moderna amplia as possibilidades de ação e, com novas instituições, cria novas possibilidades de lesão. Seria míope querer salvar os princípios jurídicos clássicos minimizando a importância dessa evolução. Intenso tráfico de drogas, desgaste do meio ambiente e atentados ameaçadores a estruturas econômicas ou de tecnologia e comunicação conduzem a novos problemas sociais, que devem ser enfrentados pela teoria do bem jurídico. (HASSEMER, 2011, p. 19-20).

Decerto, Hassemer não nega a possibilidade de bens jurídicos que protejam interesses universais, mas alerta para o problema de se afastar de um Direito Penal de *ultima ratio*, pois “quem reconhece generosamente bens jurídicos universais corre o risco de aceitar o Direito Penal não como *ultima*, mas sim como *prima* ou até mesmo *sola ratio* da proteção de bens jurídicos” (HASSEMER, 2011, p. 24).

Não é por outra razão, numa concepção minimalista do Direito Penal, que Luigi Ferrajoli ensina:

Se o direito penal responde somente ao objetivo de tutelar os cidadãos e de minimizar a violência, as únicas proibições penais justificadas por sua “absoluta necessidade” são, por sua vez, as *proibições mínimas necessárias*, isto é, as estabelecidas para impedir condutas lesivas que, acrescentadas à reação informal que comportam, suporiam uma maior violência e uma mais grave lesão de direitos do que as geradas institucionalmente pelo direito penal (FERRAJOLI, 2010, p. 427).

Acredita-se, que em relação ao bem jurídico-penal o ordenamento jurídico brasileiro deve se sustentar num conceito material de que o ilícito tenha um reflexo constitucional, ou seja, a tutela penal somente deve existir quando houver real lesão ao bem objeto da norma.

Nessa toada, considerando a ordem jurídico-penal com base em garantias constitucionais, assevera Juarez Tavares que:

a incriminação de uma conduta só deve ter por objeto jurídico o que possa decorrer de um real estável – a pessoa humana – e não a sua função, sendo inválidas as normas que assim o tratem. A distinção entre função e bem jurídico é, pois, essencial a um direito Penal democrático (TAVARES, 2002, p. 212).

Nesse sentido, será a partir de uma visão constitucional é que serão erigidos os valores mais relevantes para a sociedade, os quais serão dignos da intervenção penal. Desse modo, deve-se adotar “uma teoria constitucionalmente orientada do bem jurídico-penal” (SILVA, 2011, p. 38). Não se justifica a retórica da ampliação da tutela

de bens jurídicos difusos a pretexto de garantir uma proteção aos efeitos da sociedade de risco.

O que o legislador deverá fazer é verificar se aquele bem jurídico penalmente tutelado é abraçado pela política criminal atuante. Os bens jurídicos não podem ser criados ao puro interesse legislativo. Eles devem sim, ser mais ou menos protegidos conforme a política criminal vigente.

Nesse sentido, colaciona-se o entendimento de Raúl Cervini acerca da importância da delimitação material do bem jurídico econômico e a correspondente restrição na construção dos tipos penais socioeconômicos:

El concepto de bien jurídico pasa hoy por una transformación en el sentido de su comprensión con base en su contenido personalista y en su legitimación democrática. Esto implica un doble control material. Tanto su contenido personalista como su legitimación democrática conducen a que el Estado no puede prohibir cualquier conducta, sino solamente aquella que implique una lesión o peligro de lesión a bienes jurídicos, tomados como valores concretos que hacen posible la protección de la persona humana, como su destinatario final, o que aseguren su participación en el proceso democrático, sin referencia alguna a un deber general de obediencia. Desde este punto de vista, también los tipos penales socioeconómicos constituídos sobre la base de la protección del bien jurídico deben reflejar la realidad de cada sociedad y relaciones sociales concretas, nacidas de la conflictividad y no de meras imágenes causales. [...] La construcción de un tipo penal socioeconómico, por lo tanto, no puede seguir un procedimiento puramente causal. El legislador, al considerar una conducta como prohibida, lo debe hacer teniendo en cuenta su realidad estructural social, su conflictividad, lo que implica la consideración del disvalor que ella tiene en sí misma y en su manifestación (disvalor del acto) y en la producción de sus efectos (disvalor del resultado). La prohibición de acciones sólo tendrá sentido, evidentemente si esas acciones pudieran provocar una lesión o un peligro concreto de lesión a un bien jurídico. La prohibición tiene como presupuesto, por consiguiente, que la acción que se quiere prohibir implique un lesionar o poner en peligro valores concretos referidos como bienes jurídicos. También y muy especialmente el campo de la delincuencia socioeconómica sólo los delitos íntimamente referidos a bienes jurídicos puedan acarrear la ejecución de actos de coacción. El bien jurídico debe tener papel preponderante, en la solidificación de los principios de identidad y especialidad de la materia, imponiendo, en primer término al legislador y luego al poder judicial una interpretación limitadora del jus puniendi. (CERVINI, 2010, p.548-549).

A lógica do Direito Penal no Estado Democrático não se coaduna a proposta expansionista, seja no ambiente empresarial, seja em qualquer outro seguimento social, uma vez que “suas premissas são incompatíveis com o modelo constitucional, adotado no Brasil, que impõe a adoção de um direito penal mínimo” (SILVA, 2011, p. 38).

Nesse diapasão, com base na concepção adotado por Zaffaroni (2013), tem-se que a ideia de bem jurídico-penal deve perpassar pela proteção individual contra o

arbítrio do poder punitivo, haja vista que o conceito atua como elemento de legitimação material da intervenção penal, neutralizando a ameaça aos elementos do Estado de Direito e evitando o Estado de Polícia.

Destarte, em síntese, o conceito de bem jurídico no âmbito constitucional deve: (i) cumprir a tarefa de limitar racionalmente o poder-dever de punir do Estado em conformidade com o regime democrático de um direito penal mínimo e garantista; (ii) corresponder a um valor constitucional fundamental, mesmo que implícito, sendo que a norma incriminadora sem identificação do bem jurídico é inconstitucional materialmente; e (iii) refletir uma realidade pré-jurídica e não uma entidade ideal e desmaterializada (SILVA, 2011, p. 44).

3.1.3 Direito Penal Empresarial

Como visto, conceito de Direito Penal Econômico é, em si, controvertido, notadamente quando se envereda pela discussão, aqui sintetizada, acerca da identificação do bem jurídico pertinente ao tema.

Parte da doutrina sequer estabelece diferença entre Direito Penal Econômico e Direito Penal Empresarial. Outros se esmeram em traçar o seu exato contorno científico, a fim de evitar definições “imprecisas, equívocas e, portanto, inúteis” (BAJO FEERNÁNDEZ; BAGIGALUPO, 2010, p. 11).

Sobre o Direito Penal Empresarial, assevera Jair Leonardo Lopes:

em se tratando das relações do Direito Penal com outras disciplinas jurídicas, merece referência especial o denominado Direito Penal Econômico que, segundo alguns, tem por objeto os crimes praticados na produção, distribuição e consumo de bens e serviços. (LOPES, 2005, p. 34).

Como se vê, não seria incorreto tratar o Direito Penal Empresarial como sinônimo de Direito Penal Econômico. Aliás, nesse sentido, sustenta Henrique Viana Pereira:

[...] apesar de ser mais comum a expressão “Direito Penal Econômico”, não há problema utilizar “Direito Penal Empresarial”, especialmente tendo em vista que o termo empresa deve ser compreendido como a atividade, que visa obter lucros, através do oferecimento ao mercado de bens e serviços, gerados mediante a organização dos fatores de produção” (PEREIRA, 2014, p. 104).

Por sua vez, na doutrina francesa, segundo a lição de Michel Verón²³, haveria certa dificuldade acerca do alcance do *Droit pénal des affaires*, ou seja, em tradução livre, Direito Penal dos negócios.

Para referido autor, de maneira geral, os doutrinadores estão de acordo ao nele incluir as grandes infrações econômicas do Direito comum, bem como o Direito Penal empresarial. De modo, o termo negócios (*affaires*) seria bastante vago, a ponto de englobar qualquer infração que se queira porventura incluir (VERÓN, 2007).

Raúl Cervini sustenta que o Direito Penal Empresarial, em que pese sua especialidade, submete-se aos condicionamentos sócias, normativos e metodológicos de sua categoria maior, qual seja, do direito penal econômico. Logo, o direito penal econômico é gênero, do qual o direito penal de empresa é espécie (CERVINI; ADRIASOLA, 2005, p. 103-104).

Dentre outros fatores, acredita-se que é importante, conforme acentua Schünemann, a distinção conceitual, pois a criminalidade de empresa insere-se no campo dos delitos econômicos, os quais são cometidos por meio de atuação em favor da empresa, gerando, por conseguinte, lesão a bens jurídicos e a interesses externos. “Essa proposta conceitual tem o fito de distingui-la da criminalidade na empresa e das empresas ilícitas, despertando um novo pensar sobre a imputação penal, em especial da responsabilidade e da ação” (VALENTE, 2015, p. 114).

Valendo-se das distinções apresentadas por Shünemann, Renato Silveira apresenta a diferenciação dogmática acerca da criminalidade de empresa:

Na realidade, esse tema é bastante recorrente no Direito Penal Econômico, sendo necessárias, em princípio, algumas distinções conceituais. Em uma passagem já clássica, Schünemann menciona a grande dificuldade do Direito Penal em trabalhar sobre delitos econômicos cometidos a partir de uma empresa (*Unternehmenskriminalität*), do que se entende por criminalidade na empresa (*Betriebskriminalität*). Enquanto que as primeiras cuidam de delitos praticados por meio de uma atuação empresarial, os segundos dizem respeito a crimes que seriam praticados contra a própria empresa ou contra seus colaboradores. Como destaca o próprio Schünemann, é justamente na idéia de criminalidade de empresa que se encontram os mais atuais

²³ Segundo o autor: “Assim, por exemplo, não há ‘negócios’ sem publicidade, pois as empresas de publicidade constituem um dos motores dos negócios; não há ‘negócios’ sem se recorrer à informática, pois as empresas de informática têm um lugar importante na vida dos negócios; não há ‘negócios’ sem crédito na medida em que as empresas de crédito são um instrumento necessário àqueles que se aventuram no mundo dos negócios. Isso justificaria incluir o Direito Penal da publicidade, o Direito Penal da informática e o Direito Penal do crédito dentro do objeto do ‘Direito Penal dos negócios’ [...]. E, se fomos tentados pelo gosto pelo paradoxo, pode-se sustentar que, em razão das somas de dinheiro recicladas ou ‘lavadas’, as infrações que sancionam o proxenetismo empresarial ou o tráfico de drogas têm, igualmente, um perfume de ‘Direito Penal dos negócios’” (VERÓN, 2007, p. 15-16, tradução do autor).

problemas percebidos no que aqui se entende por novo Direito Penal Econômico. Dizendo respeito a todo o âmbito dos delitos econômicos verificados por meio de uma atuação para uma empresa e que venham a lesionar bens jurídicos e interesses desta, esse é o campo mais conflituoso de estudo penal econômico atual. (SILVEIRA, citando SCHÜNEMANN, p. 35).

Portanto, a modalidade criminosa objeto do estudo é aquela normalmente praticada no contexto empresarial. Ou seja, o delito não é a essência ou a razão de ser da atividade da sociedade empresária, mas tão somente um fato excepcional, podendo ser, por vezes, o resultado até mesmo de uma má administração.

Desse modo, seguindo uma dinâmica de modernização, há uma nítida evolução no espectro interventivo do direito penal econômico, de cujo universo exsurge um novo ramo, qual seja, a criminalidade empresarial.

Sobre a evolução conceitual da responsabilização penal empresarial, Renato de Mello Jorge Silveira:

Crise do Direito Penal, corrupção, crime e legitimidade são questões sempre mencionadas no Direito Penal Econômico. No Brasil, a partir dos anos 1990, percebeu-se o país seguindo tendências mundiais de implantação de novas criminalizações, recrudescendo severamente o trato penal de várias situações, em especiais as econômicas. Anos depois, surge a dúvida de como tratar a questão, que para além do âmbito econômico individual, passou a ter profundas repercussões empresariais, junto aos homens de negócio, antes camuflados sob o manto corporativo. Essa alegada variação de um Direito Penal Econômico – no qual se percebe a responsabilização por condutas destacadamente individuais por fatos próprios – para um Direito Penal Empresarial – em que a responsabilidade é percebida dentro de uma estrutura hierárquica de poder – sofre, sensivelmente, uma alteração na percepção de atribuição de responsabilidades. O dilema a se tratar, aqui, diz exato respeito a como e de que forma essa alteração pode ser racionalmente cuidada. (SILVEIRA, 2016, p. 25).

Nessa toada, sustenta-se que o Direito Penal Empresarial trata de um conjunto de delitos que podem ser praticados quando do exercício de atividades econômicas organizadas visando a obtenção de lucro.

É preciso destacar que a estrutura corporativa de uma empresa moderna é organizada de maneira muito mais complexa do que aquela figura imaginada anteriormente à sociedade pós-industrial e globalizada. A sociedade empresarial moderna evoluiu para padrões nunca antes concebidos, absolutamente distintos daqueles característicos de uma compreensão clássica do crime.

O conceito de propriedade e de responsabilidade nesta sede precisa ser revisto. Hoje é normal um sócio/proprietário de uma empresa nunca ter pisado na sua

sede, às vezes, sequer existe um endereço físico. Uma pessoa pode gerir uma empresa sem estar fisicamente presente. Há, ainda, a posição do investidor. Nas grandes empresas, dada a sua estratificação e organização, normalmente, não existe uma decisão única. Pode-se ter também conglomerados, empresas multinacionais e transnacionais.

Ao analisar as tensões nos cenários do crime empresarial, Renato Silveira, citando Terradillos Basoco, destaca as especificidades desse Direito Penal contemporâneo:

[...] a empresa constitui uma peculiar situação do Direito Penal contemporâneo, sendo, mesmo, um grande caldo de cultura de fenômenos criminais específicos. Com isso em mente, cabe a indagação se haveria distinções conceituais de um Direito Penal Econômico e de um Direito Penal Empresarial, ou se trataria de mera sinonímia? Veja-se que dentro de um grande espectro relativo ao Direito Penal Econômico, pode-se ter em conta o subgrupo da chamada criminalidade de empresa. É ele possuidor de particularidades próprias, que se refletem em diversas órbitas. Isso se dá, por tratar de eventual ato delitivo realizado por grupo de pessoas organizadas hierarquicamente e com ideal divisão de funções. Tal situação gera um sem número de problemas, em especial em termos de ação e autoria criminosa. (TERRADILLOS BASOCO, citado por SILVEIRA, 2016, p. 33-34).

Faz sentido, portanto, a construção de uma parcela do Direito Penal econômico como um Direito Penal empresarial, tendo por fim precípua a profusão de uma cultura de direção prevenção de riscos no ambiente corporativo e dos danos que criminalidade econômica produz às empresas.

A partir dessas características específicas e da forma em que o Estado vem pautando sua intervenção na seara econômica – como garantir a eficiência do direito penal, que serve para limitar poder punitivo estatal, tendo em vista a dificuldade de se delimitar condutas nesta nova forma de criminalidade e, ao mesmo tempo, proteger direitos e garantias individuais?

Nesse sentido, o desenvolvimento dessa concepção do Direito Penal Empresarial guarda estrita relação com o reconhecimento da responsabilidade penal dos dirigentes no âmbito de grandes empresas, além da adoção de programas de *compliance* em sede empresarial, cujos contornos e dimensão serão oportunamente destacados ao final da presente pesquisa.

4 RESPONSABILIDADE PENAL NO ÂMBITO DE GRANDES EMPRESAS

A modernização reflexiva, também denominada por Beck como segunda modernidade, é a fase de radicalização dos princípios da modernidade. A primeira modernidade tem como característica a confiança no progresso e controle do desenvolvimento científico-tecnológico, pela procura de pleno emprego e pelo controle da natureza. Por sua vez, a modernidade reflexiva é uma fase na qual o desenvolvimento da ciência e da técnica não são suficientes para controlar os riscos que a sociedade contribuiu para criar.

Diversamente do que acontece em situações comuns, no âmbito de grandes corporações as decisões são pulverizadas em razão da gestão do próprio negócio, a lógica da empresa ganha dimensões continentais, por vezes, intercontinentais. Desse modo, “não é possível encontrar uma pessoa na qual coincidam criação ou participação no risco, com representação desse mesmo risco, ou que disponha de informação global sobre a atividade empresarial” (FEIJOO SANCHEZ, 2009).

A questão ora investigada diz respeito às condutas delituosas praticadas no âmbito das sociedades complexas, das grandes empresas. Busca-se, com isso, reproduzir inquietações do mundo corporativo frente ao expansionismo penal, sobretudo do ponto de vista da imputação penal no exercício de atividades econômicas lícitas²⁴.

A coletividade necessita de um sistema eficaz de controle para assegurar uma estabilidade que possibilite ambiente seguro para o desenvolvimento econômico. Isso ocorre através de um sistema coerente de normas que considere modelos de conduta, impondo sanções aos fatos que possam colocar o próprio grupo em perigo. Nesse contexto, a responsabilidade penal serve de instrumento imprescindível para o controle social. (PEREIRA, 2014).

Cesare Beccaria, no século XVII, já destacava que a responsabilidade penal foi necessária para que os homens pudessem viver com segurança e tranquilidade. Por isso, o surgimento das penas foi fundamental para a convivência social. De acordo com esse autor: “leis são condições sob as quais homens independentes e isolados

²⁴ Para fins de delimitação da temática, o objeto de estudo está circunscrito à *criminalidade de empresa*, ou seja, “todas as ações puníveis que se cometem no âmbito da participação na vida econômica ou em estreita conexão com ela”. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas e de política criminal*. Traducion de Beatriz Spínola Tartaro y Margarita Valle Mariscal de Gante. Buenos Aires: Fabián J, Di Plácido, 2004, p. 17.

se uniram em sociedade, cansados de viver em contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade inútil pela incerteza de conservá-la. Parte dessa liberdade foi por eles sacrificada para poderem gozar o restante com segurança e tranquilidade” (BECCARIA, 1999, p.27).

Destarte, a submissão das pessoas às normas de convivência permite a integração entre os indivíduos. Para efetivar essa submissão, o Direito Penal é imprescindível, porque é mecanismo eficaz para assegurar a conformidade das pessoas às normas da sociedade.

Nessa linha, o Direito Penal simboliza o sistema normativo mais formalizado, com uma estrutura mais racional, e conta com o mais elevado grau de divisão de trabalho e especificidade funcional dentre todos os subsistemas normativos” (KAISER, 1978, p. 83).

A aplicação do Direito Penal a que se observar rigorosamente os princípios e garantias constitucionais, dando ao mesmo caráter positivo formal, vinculando-o a sua principal função de proteção do indivíduo.

O problema fundamental a ser enfrentado no presente trabalho e também pela dogmática nos dias atuais, onde enquadrar a responsabilidade penal no âmbito de grandes empresas, mais precisamente sua delimitação à luz de princípios constitucionais.

O primeiro ponto de destaque na delimitação da responsabilidade penal se insere na própria análise da conduta típica. Diferente daquela criminalidade hodierna enfrentada pelos órgãos de persecução, uma vez que, quando se trata de grandes companhias, as quais normalmente estão estruturadas de forma complexa e hierarquizada, o processo de decisório é igualmente pulverizado.

Em tal situação apenas a análise da conduta (omissiva ou comissiva) não aponta claramente os liames subjetivos de autoria para verificação da responsabilidade subjetiva apontando de forma certa o verdadeiro responsável.

Neste *locus* de relações hierarquizadas, a análise da conduta tão somente com base no cargo ou função ocupado pela pessoa, sob o prisma jurídico-penal deve ser rechaçada, aprimorando mecanismos mais eficientes e garantistas a fim de evitar a imputação de responsabilidade penal objetiva. Tais mecanismos não são lacunas de impunidade dos criminosos do colarinho branco, aquilo que se pode chamar de “irresponsabilidade organizada” (MUÑOZ CONDE, 2000, p. 74). No entanto, cumpre atentar para que não ocorra o efeito inverso, ou seja, a indevida atribuição de

responsabilidade penal coletiva – ou objetiva – dos que intervêm no âmbito da pessoa jurídica.

Contudo, para Bernardo Feijoo Sanchez, a delimitação da responsabilidade, inclusive para determinar autoria e participação, no âmbito empresarial não se resolve pelas categorias tradicionais da teoria do delito:

As teorias tradicionais do ilícito, da autoria e participação, encontram-se demasiado apegadas à criminalidade de natureza individual. Isso levou a que a doutrina e, mais importante, a jurisprudência se tenham visto encurraladas num beco sem saída em que as soluções tradicionais não têm utilidade. A teoria tradicional do crime, com as suas categorias habituais de imputação, parece ter caído numa espécie de “armadilha letal” em matéria de responsabilidade criminal decorrente da atuação empresarial. A normatização do ilícito penal, liderada pela teoria da imputação objectiva, abre, no entanto, novas perspectivas para analisar estruturas complexas, tais como as estruturas empresariais ou da Administração Pública e, em geral, para solucionar a nível dogmático os problemas que as modernas estruturas sociais colocam à dogmática jurídico-penal. Este trabalho parte da ideia de que a interpretação do sentido objectivo de alguns comportamentos relacionados com organizações complexas a partir de um prisma estritamente individual não constitui uma abordagem adequada. (FEIJOO SANCHEZ, 2012).

Fato é que, a empresa como organização representa um problema central para a moderna teoria do delito, em particular quando não se trata de empresas pequenas ou familiares, nas quais é ainda possível recorrer a soluções tradicionais, mas sim de organizações empresariais multinacionais que atingem grande dimensão e complexidade (basta atentar no fenómeno dos grupos de empresas).

A dogmática jurídico-penal só faz sentido se puder fornecer soluções adequadas às condições sociais existentes e aos novos fenómenos das sociedades contemporâneas.

Por este motivo, o objetivo neste capítulo é traçar os elementos essenciais de uma responsabilização penal que integre uma teoria global de imputação e todas as suas ramificações, sobre organizações empresariais complexas, permitindo resolver de forma unificada e coerente os problemas colocados pela imputação de fatos que constituam crime no âmbito empresarial.

A organização empresarial moderna é uma realidade social emergente que não pode ser tratada, apenas, como uma soma de indivíduos, constituindo uma nova realidade deles distinta. É imprescindível uma reconstrução das estruturas de imputação, concebidas para pessoas atuando individual e isoladamente, insuficientes

para determinar a eventual responsabilidade de quem atua no seio de determinada estrutura organizativa ou empresarial.

A emergência gradual de uma nova realidade social, vinculada a determinadas realidades organizacionais, que dificilmente pode ser tratada do ponto de vista dogmático, utilizando o instrumentário clássico concebido para o autor individual que causa intencionalmente danos, não significa que tenha de recusar-se de antemão a possível existência de responsabilidade jurídico-penal, na linha do que vêm defendendo autores como Rotsch.

O trabalho dogmático que falta empreender consiste na racionalização dos critérios de imputação para que a *praxis* possa gerir de forma satisfatória esses tipos de problemas que ocupam cada vez mais os nossos órgãos de justiça e que, sem dúvida, terão ainda maior relevância no futuro.

Se a dogmática tradicional se revela insuficiente para resolver o problema das atividades empresariais organizadas de forma complexa, tal situação acontece por ainda não ter sido tratada de forma satisfatória uma característica central das sociedades modernas, como o é a organização empresarial com a consequente repartição de funções e tarefas.

Nesta forma de criminalidade não é comum encontrar um autor que toma a decisão de realizar um fato típico, com conhecimento do alcance da sua decisão, e que executa essa decisão. Pelo contrário. Nas grandes empresas e sociedades potencialmente perigosas para bens jurídicos fundamentais assiste-se a uma atomização ou fragmentação de movimentos corpóreos, decisões de política geral, conhecimento sobre riscos e de informações pelas empresas sobre o seu impacto no ambiente circundante, de tal modo que a partir de um certo grau de complexidade já não é possível encontrar uma pessoa na qual coincidam criação ou participação no risco, com representação desse mesmo risco, ou que disponha de informação global sobre a atividade empresarial.

Os gerentes e administradores têm uma visão demasiadamente global e aqueles que conhecem diretamente os efeitos da atividade empresarial não têm a visão de conjunto necessária para compreender a perigosidade que encerram certas atividades industriais ou empresariais.

Nas grandes empresas não concorrem nas mesmas pessoas informações e conhecimentos técnicos e a capacidade para decidir e executar essas decisões. Há um desmembramento entre a atividade de direção, a disponibilidade de informação e

o poder de decisão, o que representa um problema central para a determinação da responsabilidade.

A partir desta realidade, a tradicional imputação individualizada, que tem protagonizado a imputação jurídico-penal, encontra sérias dificuldades ante lesões de bens jurídicos que têm a sua origem em determinadas organizações humanas ou configurações organizacionais próprias das empresas modernas que são caracterizadas por uma intensa divisão – horizontal e vertical – descentralização e diferenciação de funções e tarefas.

Por este motivo, a distribuição de competências e funções dentro de tais organizações levanta sérios problemas no momento da imputação do fato ilícito a uma pessoa.

Certamente não se pode entender que tal situação é produto da criação deliberada, maliciosa ou fraudulenta de espaços de irresponsabilidade, como se tem nas organizações criadas especificamente para o cometimento de atividades criminosas. Isto porque o problema estrutural de qualquer organização complexa, mesmo que não tenham sido adotadas medidas especiais para aliviar essa tendência natural de todas as organizações que atingem um certo grau de complexidade, não autorizam que o Direito Penal se afaste da garantia individual da responsabilidade subjetiva, deixando dolo e culpa e toda a sua dogmática de lado.

Partindo de sua definição legal, pode-se desde já enunciar que, enquanto no crime doloso a imputação tem por base a realização de uma ação com consciência e vontade de violar os limites típicos das zonas do lícito e produzir lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, na culpa, ou negligência, a imputação pela realização do tipo tem por base uma ação que excede os limites dos riscos autorizados na relação jurídico-social e com isso vem a lesar ou a por em perigo um bem jurídico-penalmente relevantes. (TAVARES, 2012).

Normalmente os crimes são unissubjetivos, ou seja, são previstos de forma que não se exige o concurso necessário, mas o legislador previu normas de extensão de modo a responsabilizar todas aquelas pessoas que concorrem para a prática de um delito:

O fato punível pode ser obra de uma só ou de vários agentes. Seja para assegurar a realização do crime, para garantir-lhe a impunidade, ou simplesmente porque interessa a mais de um o seu cometimento, reúnem-se os consórcios, repartindo entre si as tarefas em que se pode dividir a empresa criminosa, ou, então, um coopera apenas na obra de outro, sem acôrdo

embora, mas com a consciência dessa cooperação. Fala-se, então em concurso de agentes, participação ou co-delinquência. (BRUNO, 1962, p. 257)

Assim como ocorre em toda e qualquer conduta humana, a realização de um delito pode se dar de forma unitária ou, eventualmente, através da intervenção de mais de uma pessoa.

4.1 Autoria

A teoria do delito reconhece basilarmente três conceitos de autor que podem ser sintetizadas no conceito amplo, conceito restrito e o conceito funcional.

Mais conhecido pelas decisões do Tribunal do Reich, o conceito amplo de autor foi criado por Zimmerl e desenvolvido por Mezger²⁵, tendo forte influência no Brasil. Afinal, todos os projetos anteriores do Código Penal 1940 adotavam o conceito causal de autoria que definia como autor todo agente que tivesse contribuído causalmente para o resultado típico.

Destinado a ser o antagônico do conceito amplo, o conceito restrito de autoria se baseava nas considerações arrimadas por Beling sendo que o autor é aquele que realiza a execução da ação típica.

A evolução para delimitação do poder punitivo é evidente, já que o conceito restrito de autor limita a extensão da punibilidade e por sua estrita vinculação ao princípio da legalidade, só é autor aquele que está ligado diretamente a ação descrita no tipo legal.

Ao tratar da importância do conceito restritivo de autor, ensina Hans-Heinrich Jescheck:

Hay que aceptar el concepto restrictivo de autor como punto de partida, puesto que descansa sobre la descripción de la acción por el tipo legal y, con ello, conecta con el punto de vista que el próprio legislador há dado a conocer, esto es, comprender bajo el concepto de autoria la conducta contenida em los tipos delictivos concretos. (JESCHECK, 2002, p. 698).

O conceito restrito de autor nos crimes praticados no âmbito da pessoa jurídica teve pouca receptividade tendo em vista a impossibilidade de separar o início da execução da ação típica e atos anteriores que a ela se ligam ininterruptamente,

²⁵ Tratado, vol. II

igualmente como por exemplo daqueles que detêm conhecimentos especiais acerca do fato ou que exercem sobre o executor um controle de suas atividades.

Assim sendo, a opção da dogmática penal foi se utilizar de um conceito funcional de autoria que não se encontra fundado exclusivamente na ação típica mas também, no papel desempenhado e conferido a cada um dos autores do fato. Verifica-se, nesse sentido, a lição de Schünemann:

El destinatario de la norma del Derecho penal tiene que ser, evidentemente, la persona que toma la decisión sobre la ejecución de la lesión del bien jurídico, que ciertamente domina el suceso que conlleva al resultado criminal; o, como ya he formulado anteriormente, el que posee el dominio sobre la causa del resultado. Este principio de dominio como base de la imputación penal del resultado, por un lado, encontró ya una expresión adecuada para las formas tradicionales de la criminalidad del miserable y del aventurero en el concepto de acción vinculado al movimiento corporal; pero necesitó, por otro lado, de figuras jurídicas específicas para las, por decirlo así, formas modernas de del control incorporal, preestablecido sobre un ámbito social en forma de tipos de delitos autónomos hechos a medida a esta forma de dominio. (SCHÜNEMANN, 2002, p. 131).

Sem dúvida alguma, o conceito funcional de autor, sendo aquele que tem tanto o controle sobre o resultado quanto sobre a ação, abre possibilidades para imputação do fato ilícito por outros agentes que não tenham praticado o tipo penal a título de autoria.

Ainda a respeito do conceito de autor, importante expor a teoria do domínio final do fato, que será tratada no item 4.4.

4.2 Participação

A evolução dos sistemas penais influencia também na questão da condição de autor ou de partícipe. Antes, o autor somente poderia ser aquele que causou uma alteração no mundo exterior por um movimento físico, sendo os demais, partícipes. Assim, autor é aquele que quis participar a título de autor, ainda que não tenha praticado o ato típico a partir de uma ação, mas sim por um liame subjetivo. Sendo partícipe aquele que apenas quis colaborar com o resultado, sem possuir domínio final do fato. Diferentemente da teoria objetiva-subjetiva na qual o autor é aquele que praticou o tipo penal com a intenção de fazê-lo, sendo umbilicalmente vinculado ao conteúdo da vontade, dolo.

Acerca da participação, conceitua Renato Martins Machado:

Cumpra esclarecer que a expressão participação contempla duas acepções distintas: em sentido amplo, a participação ocorre quando um certo grupo de pessoas toma parte em um determinado crime na condição de autores, indutores, instigadores ou cúmplices; em sentido estrito, a participação é o fenômeno através do qual uma ou mais pessoas tomam parte em um determinado delito, contribuindo com o autor, ou com os coautores, mortalmente (induzindo ou instigando) ou materialmente (através do intitulado auxílio ou cumplicidade).” (MACHADO, 2015, p. 30).

A compreensão das teorias que envolvem o concurso de pessoas tem relevância, porque afeta a delimitação da responsabilidade penal, especialmente no contexto de infrações penais cometidas no contexto empresarial.

4.3 Teorias sobre o concurso de pessoas

No âmbito da responsabilidade por atos de gestão empresarial, o concurso de pessoas, até para os crimes unissubjetivos, é comum. Em regra, o concurso de pessoas é comum na criminalidade empresarial. Sobre o tema, invoca-se Francisco Carrara:

La voluntad y el brazo de un sólo hombre bastan para la comisión de un delito; desde que la voluntad determinó y el brazo consumó el hecho transgresor de la ley, nada falta a la existência de aquél. Pero em el desenvolvimiento de los sucesos criminales no siempre aparece como única y aislada aquella figura; com frecuencia a su alrededor otras personas, que constituyen más o menos el suceso criminoso. De aquí la teoría de la complicidad derivada inevitablemente de la naturaleza de los hechos; esto es, de su susceptibilidad de recibir impulso de más de una inteligencia o de más de una mano; de donde procede, que los momentos constitutivos de la criminalidad de un hecho se dividan entre varios sujetos. (CARRARA, 2000, p. 171).

Ainda é importante verificar os crimes que admitem o concurso de pessoas e, nesse sentido, Renato Martins Machado:

Regra geral, os tipos penais previstos na parte especial dos Códigos Penais descrevem condutas realizadas por uma única pessoa. Nada impede, contudo, que, eventualmente, esses crimes possam ser realizados por mais de uma pessoa. Essa hipótese contempla, inclusive, a maioria dos tipos penais. Os crimes que podem ser praticados por uma ou mais pessoas são chamados, pela doutrina, de crimes unissubjetivos (monosubjetivos ou de concurso eventual). Podemos citar como exemplos desses crimes os crimes de homicídio (art. 121 do CPB), de lesão corporal (art. 129 do CPB), de furto (art. 155 do CPB), de roubo (art. 157 do CPB) etc. Em verdade, são crimes unissubjetivos a maioria dos crimes previstos em nossa legislação penal. Há, por outro lado, os chamados crimes plurissubjetivos ou de concurso necessário. Esses crimes exigem a pluralidade de agentes, ou seja, são crimes que só podem ser praticados por mais de uma pessoa, como, por exemplo, os crimes de rixa (art. 133 do CPB), associação criminosa (art. 288

do CPB), motim de presos (art. 354 do CPB) etc. (MACHADO, 2015, p. 28-29).

A coautoria, desta forma, se torna elemento essencial de análise para a imputação de responsabilidade penal no âmbito das relações empresarias complexas. Assim, insta lembrar que:

A coautoria é, na essência, a própria autoria. Contudo, trata-se de uma autoria conjunta que se fundamenta na divisão de trabalho dos coparticipantes. Para que haja a coautoria, a melhor doutrina está alinhada no sentido de que não há a necessidade de que todos os coparticipantes da empreitada criminosa pratiquem os mesmos atos. Isso em virtude do princípio da divisão de trabalho [...]. Embora a divisão de trabalho para a execução do crime seja critério reitor para toda e qualquer forma de concurso de pessoas, é na coautoria que ele se manifesta de maneira mais evidente. (MACHADO, 2015, p. 42).

E também, na restrição dessa responsabilidade. Nesse mesmo sentido, Luís Greco e Augusto Assis:

Conforme indicado, o elemento fático que dificulta a existência de um plano comum no contexto empresarial em questão é a distância existente entre os gerentes de empresa e os funcionários. É necessário, contudo, expor de forma mais detalhada quais os problemas gerados por essa distância. Inicialmente, ainda no plano fático, o afastamento entre as duas pontas comumente faz com que o superior hierárquico não saiba qual dos funcionários irá realizar a conduta ou quando ela será realizada. Essa situação, por sua vez, traz dificuldades concretas para o preenchimento dos requisitos da coautoria acima listados. (GRECO; ASSIS, 2014, p. 92).

E ainda complementam:

A razão fundamental é um tanto simples: a consequência jurídica da admissão da coautoria é, como dito, a imputação recíproca. Uma imputação recíproca é algo um tanto grave; concretamente, ela significa que cada um responderá não pelos seus próprios fatos, mas também por fatos *prima facie* de terceiros. (GRECO; ASSIS, 2014, p. 95).

Sintetiza Enrique Bacigalupo que a responsabilização penal, em termos de autoria ou coautoria, nos delitos de empresa deve sempre ser demonstrada a partir do conhecimento do perigo, ou, como diria Roxin, da criação ou do incremento do risco:

En suma: la autoría o la coautoría y en su caso la inducción del que obra detrás del autor responsable es en general posible en el ámbito empresarial, aunque es preciso comprobar en cada caso el grado de intervención, la intensidad de la dirección y el conocimiento del directivo o administrador. Como Regla general se debería considerar que el directivo o el administrador

que ha ordenado la realización de una determinada acción con conocimiento del peligro de la comisión del delito, sin tomar medidas especiales de prevención para evitarlo podrá ser considerado coautor o, en su caso, inductor del delito cometido por el subordinado. (BACIGALUPO, 2011, p. 52).

Assim, verifica-se que não somente a coautoria, como toda a dogmática vinculada a autoria e participação, são, frequentemente, questionadas e utilizadas para aferição, ou não, da responsabilidade penal subjetiva.

4.4 Teoria do Domínio do Fato

A teoria do domínio do fato, tendo como seu maior expoente Claus Roxin, que a formulou em sua obra de cátedra, *Autoria e Domínio do Fato*, foi acolhida por quase toda a doutrina e, mais precisamente, aquela direcionada a criminalidade complexa. Consubstanciada em duas formas, autoria direta e autoria mediata, o conceito do domínio do fato não é insuscetível de críticas.

Abordando o domínio do fato, Luís Greco e Alaor Leite:

O domínio sobre realização do tipo pode manifestar-se, primeiramente, como um *domínio sobre a própria ação (Handlungsherrschaft)*, que é o domínio de quem realiza, em sua própria pessoa, todos os elementos de um tipo, isto é, do *autor imediato*. Trata-se da hipótese do §25 I StGB, descrita pelas palavras <<comete o fato por si mesmo>>. Quem aperta o gatilho tem o domínio da ação e nunca poderá ser mero partícipe, ao contrário do que, como vimos, muitas vezes decidira a jurisprudência alemã, partindo de uma teoria subjetiva extrema. Aquele que domina a ação permanece autor ainda que aja a pedido ou mando de outrem, ou mesmo em erro de proibição inevitável determinado por um terceiro (§ 17 do StGB; art. 21 do nosso CP); será autor exculpado, mas ainda assim autor do fato típico, ainda que não necessariamente o único [...]. A segunda maneira de dominar um fato está no chamado domínio da *vontade (Willensherrschaft)* de um terceiro que, por alguma razão, é reduzido a mero instrumento [...]. A terceira maneira de domina um fato está numa atuação coordenada, em divisão de tarefas, com pelo menos mais uma pessoa. A aponta uma pistola para a vítima (grave ameaça), enquanto B lhe toma o relógio do pulso (subtração de coisa alheia móvel): aqui, seria inadequado que A respondesse apenas pelo delito de ameaça (art. 147, CP) ou de constrangimento ilegal (art. 146, CP), e B apenas pelo furto (art. 155, CP). Se duas ou mais pessoas, partindo de uma decisão conjunta de praticar o fato, contribuem para a sua realização com um ato relevante de um delito, elas terão o *domínio funcional do fato (funktionale Tatherrschaft)*, que fará de cada qual *coautor* do fato como um todo, ocorrendo aqui, como consequência jurídica, o que se chama de imputação recíproca. A e B responderão, assim, ambos pelo crime de roubo (art. 157, CP). (GRECO; LEITE, 2014, p. 25/31).

Renato Martins Machado explica o conceito de autor direto, segundo a teoria do domínio do fato:

É autor direto o agente que tem o domínio do fato em virtude de sua pessoa, dolosa, direta e isolada (ou seja, sem a contribuição de outros agentes) realização da conduta descrita no tipo penal. Essa é uma definição de autoria direta que tem por base, como se percebe, a teoria do domínio do fato. Na autoria direta, a execução do delito é realizada isoladamente pelo agente e com as suas próprias mãos. (MACHADO, 2015, p. 35).

Leciona, ainda, sobre a autoria mediata, Renato Martins Machado:

Autor mediato é aquele que realiza o crime servindo-se, para a execução da ação típica, de uma terceira pessoa como instrumento. Na autoria mediata, o homem de trás utiliza o homem da frente como instrumento para a realização da ação descrita no tipo penal [...].
Na autoria mediata, o agente que determina o crime não pode ser considerado partícipe em sentido estrito do crime (induzidor, instigador ou cúmplice), senão autor, ainda que ele não execute a ação típica. Por outro lado, as hipóteses em que o agente utiliza como instrumento um animal, um determinado objeto ou, ainda, uma terceira pessoa que não executa a ação típica configuram a autoria direta, e não autoria mediata. (MACHADO, 2015, p. 36-37).

Em tempo, interessante notar as palavras de Aníbal Bruno:

O ato de execução não se acompanha, em quem o praticam daquele mínimo de vontade necessário, e para constituir ação, carece mesmo do movimento muscular próprio do agente. Aí é que a imagem de puro instrumento se ajusta à pessoa do executor. (BRUNO, 1962, p. 269).

Sobre a teoria do domínio do fato no âmbito empresarial, Luís Greco e Augusto Assis caracterizam e criticam a interpretação tradicional do concurso de pessoas, *in verbis*:

Em conclusão intermediária: a leitura tradicional do art. 29, *caput*, que entende o dispositivo à luz de um modelo extensivo e unitário de autor, não apresenta qualquer dificuldade na responsabilização do gerente de uma empresa. Se seu comportamento, isto é, ação ou omissão, for *conditio sine qua non* de resultados típicos, terá ele <<concorrido para o crime>>, pouco importando que não tenha sido ele quem praticou a conduta humana que imediatamente precede esse resultado. (GRECO; ASSIS, 2014, p. 87).

Sobre autoria e participação na teoria do domínio do fato, insta mencionar, Damásio de Jesus:

Partícipe, na doutrina do domínio do fato, é quem efetiva um comportamento que não se adequa ao verbo do tipo e não tem poder de decisão sobre a execução ou consumação do crime. São, pois, características da participação: 1.^a – a conduta não se amolda ao núcleo da figura típica (o verbo); 2.^a – o partícipe não tem nenhum poder diretivo sobre o crime, i.e., não possui o domínio finalista do fato [...].
Distinguem-se autor, co-autor e partícipe. O autor detém o domínio do fato; o co-autor, o domínio funcional do fato, tendo influência sobre o “se” e o “como” do crime; o partícipe só possui o domínio da *vontade* do fato, tratando-se de

um “colaborador”, uma figura lateral, não tendo o domínio finalista do crime [...]. (JESUS, 2015, p. 967-968).

Em relação à coautoria e sua melhor compreensão junto à teoria do domínio do fato, André Luís Callegari:

Também a co-autoria se baseia no domínio do fato, mas, posto que em sua execução várias intervêm, o *domínio do fato* tem que ser *comum*. Cada co-autor domina o sucesso total em união com outra ou outras pessoas. A co-autoria consiste assim em uma “divisão de trabalho”, que é o que chega a fazer possível o fato, ou que lhe facilita, ou reduz notavelmente o seu risco. Requer, no *aspecto subjetivo*, que os intervenientes vinculem-se entre si mediante uma resolução comum sobre o fato, assumindo cada qual, dentro do plano conjunto, uma tarefa parcial, mas essencial, que o apresenta como co-titular da responsabilidade pela execução de todo o sucesso. A resolução comum de executar o fato é a braçadeira que integra em um todo as diferentes partes. No *aspecto objetivo*, a contribuição de cada co-autor deve alcançar uma determinada importância funcional, de modo que a cooperação de cada qual no papel que lhe corresponde constitua uma peça essencial na realização do plano conjunto (domínio funcional) [...] (CALLEGARI, 2015, p. 976-977).

Longe de extinguir, esgotar ou solucionar o tema sobre a responsabilidade dos agentes na criminalidade empresarial, a teoria do domínio do fato não pode ser considerada ferramenta essencial para imputação de responsabilidade.

Nesse sentido, a síntese apresentada por Artur de Brito Gueiros Souza:

Como não poderia deixar de ser, a teoria do domínio do fato de Claus Roxin, com suas subdivisões – domínio da ação, domínio funcional do fato e domínio da organização – continua a suscitar grande discussão na doutrina jurídico-penal, mesmo após meio século de sua formulação originária. Contudo, como visto ao longo da exposição, aquele grupo de teorias tem sido utilizada, na prática dos tribunais, não só para suprir lacunas de punição adequada aos dirigentes de organização de poder – vinculados ou não a ordenamentos jurídicos -, mas, igualmente, para atender a necessidades político-criminais em casos de cometimento de crimes de empresa, imputando-se aos que estão nas instâncias superior e intermediária da pessoa jurídica a condição de *coautor* ou *autor mediato*, mesmo quando o funcionário que executa a ordem delitiva deva responder como *autor imediato* do fato. (SOUZA, 2015, p. 1075-1076).

A importância e a dificuldade na delimitação das responsabilidades parecem cada vez mais claras. A teoria do domínio do fato, apesar de evoluída, não resolve todos os problemas decorrentes desse novo ramo do Direito Penal. Sem dúvidas ela dá importantes contribuições, mas se mal compreendida pode ter sua aplicação questionada. Vale lembrar que o próprio Claus Roxin lamentou a utilização que fizeram de sua teoria no caso da Ação Penal 470/STF.

4.5 O empresário e o dever de garantidor

O fato punível pode ser realizado de forma unitária ou, eventualmente, através da intervenção de mais de uma pessoa. Por sua vez, os mecanismos clássicos para imputação nos casos de concurso de pessoas estão expressos nos artigos 29 (coautoria e participação) e 13, § 2º (relevância da omissão), ambos do Código Penal. O problema, todavia, está na aplicação de conceitos tradicionais quando se trata da punibilidade dos superiores hierárquicos no contexto empresarial.

Assim, em cotejo com a legislação penal, importa aqui analisar a responsabilidade por omissão em decorrência da posição do empresário²⁶ em face do atual modelo penal, notadamente em razão do controvertido alargamento interpretativo da omissão imprópria.

Em termos formais, insta lembrar que no Direito brasileiro os crimes comissivos por omissão só podem ser praticados nas hipóteses do §2º do art. 13 do Código Penal²⁷. Nessas hipóteses o sujeito tem o dever de garantir a não ocorrência do resultado, razão pela qual ele é chamado de garantidor, isto é, aquele que deveria e podia ter agido para evitar o resultado.

Assim, como lembra Fernando Galvão:

[...] garantidor é a pessoa especialmente indicada pela norma jurídica para proteger o bem jurídico, para garantir com sua intervenção que o bem jurídico não seja lesionado ou posto em perigo. Por isso, pode-se dizer que é mais adequado para essas hipóteses a denominação de crimes de omissão qualificada. (GALVÃO, 2016, p. 270).

Em síntese, neste caso, a responsabilidade no crime comissivo por omissão deverá recair naquele que tem o dever jurídico de impedir o resultado, ou seja, aquele que deveria garantir a não ocorrência do resultado.

²⁶ Essa categoria é normalmente mencionada pela dogmática ao tratar do Direito Penal Empresarial, no entanto, não há certo apego conceitual tal como existe para o Direito Empresarial. Optou-se, aqui, pela utilização da expressão tal como conceituada pelo art. 966 do Código Civil, que assim dispõe: "Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços".

²⁷ 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:

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

Assim, deve-se reafirmar a posição de garante como elemento imprescindível na configuração da autoria do dirigente. Daí porque Augusto Silva Dias destaca que “a responsabilidade penal dos dirigentes passa pela violação de deveres, negativos (de ‘não fazer’) ou positivos (‘de fazer’), cujos efeitos se repercutem sobre a realização do facto típico” (DIAS, 2008, p. 198).

Aponta ainda como “*elementos indispensáveis para dilucidar os termos da responsabilidade do dirigente por factos praticados na e através da organização empresarial: (i) a posição de garante, fundada no controlo da fonte de perigo, e (ii) o domínio da organização para a execução do facto típico*” (DIAS, 2008, p. 199).

O garantidor é, portanto, aquele que deveria agir para proteger a vítima do eventual resultado. Devendo responder por sua inação caso o resultado ocorra. Há, pelo que se pode depreender uma relação de causalidade entre o agente que não evita o resultado e o próprio resultado. Tal relação ocorre justamente por uma situação pretérita através da qual o sujeito ativo se incumbiu de atuar para que tal resultado não ocorresse.

Nessa mesma direção, afirmando a necessidade de efetiva conduta por parte do gerente, para sua responsabilização pelos delitos cometidos no âmbito da pessoa jurídica, bem como a utilização do concurso de pessoas ou da teoria do domínio do fato, Greco:

No geral, com base na idéia de domínio do fato não se responsabiliza o gerente da empresa de modo mais extenso do que já era possível fazer com base na interpretação tradicional e mais natural do art. 29, *caput*, CP. Em especial, é de frisar-se que a mera detenção de um alto posto em uma estrutura hierárquica não confere o domínio do fato ou torna alguém autor daquilo que fazem os inferiores. É o comportamento do gerente, e não a sua posição, que interessa em primeiro lugar ao direito penal. (GRECO; ASSIS, 2014, p. 107).

Todavia, os conceitos e respostas apresentadas pela dogmática não são suficientes para apontar, com a necessária segurança, em quais situações um diretor ou gestor de uma grande empresa deve permanecer na condição de garantidor, mantendo assim uma parcela residual de responsabilidade, mesmo após delegar determinada função ou tarefa.

Ou seja, apesar de não pairar ilegalidade nessa transmissão de poderes, continuaria recaindo sobre o delegante o dever jurídico de agir, mantendo, assim, o risco futuro de possível reprovabilidade penal.

Ainda a esse título, ao se buscar justificar a imputação individual no seio das empresas, tem-se sustentado, dentre outras construções possíveis, a aplicação da teoria dos aparatos organizados de poder. Todavia, esse entendimento extrapola as fronteiras do domínio do fato em sede empresarial conforme destacado pelo próprio Roxin²⁸.

Nesse sentido, deve-se lembrar que a questão em análise tem como premissa o exercício lícito de atividade no âmbito de uma organização empresarial, assim, eventuais condutas típicas seriam cometidas “através de uma atuação que se desenvolve no interesse de uma empresa” (MARTÍNEZ BÚJAN-PÉREZ, 1998, p. 68). Vale dizer, utiliza-se o conceito de criminalidade de empresa, que não se confunde com organizações criminosas, especificamente voltadas para a prática de crimes.

Com amparo nesse entendimento, não seria adequado adotar a teoria do domínio do fato como critério de diferenciação para fixação de autoria, muito menos sua delimitação, porquanto não se fala aqui em domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder²⁹. Nestas, que operam ao largo da legalidade, lembra Luís Greco:

o fundamento da autoria mediata por domínio da organização não repousaria, assim, em um cru poder de mando, mas no funcionamento clandestino, na conformação completamente apartada da ordem jurídica. (GRECO, 2014, p. 29).

Do contrário, estaria erroneamente sendo responsabilizado um dirigente em razão da sua posição na empresa ou porque simplesmente figura no contrato social, violando frontalmente o princípio da culpabilidade. Sem embargo, em respeito ao princípio da legalidade, o direito de exercer a punibilidade somete passa a existir a partir do momento em que houve uma conduta humana, típica e ilícita, que gerou efeitos para o direito penal e pela qual deve-se buscar a responsabilização do autor

²⁸ ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte Geral. Tomo II. *Especiales formas de aparición de delito*. Traducción de Diego-Manuel Luzón-Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; José Manuel Paredes Castañón; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2014, p. 121 e ss.

²⁹ Como destaca Luís Greco, Roxin, desde a sua primeira manifestação até a última, e Schünemann insistem nesse critério. Em alusão aos ensinamentos de Roxin, destaca que: “apenas organizações dessa natureza criminosas, que se encontrem, nesse sentido, dissociadas, apartadas da ordem jurídica, como máfias, grupos terroristas ou ditaduras, conferem ao superior que emite ordens o domínio sobre a atuação concreta e responsável dos executores de suas ordens. Em empresas, caso o superior emita ordens ilegais e não haja outro fundamento para autoria mediata (como erro ou coação), há, em regra, apenas instigação: ‘nesses casos não se age com o aparato, contra o aparato’”. (GRECO, 2014, p. 29)

do fato. Nunca por mera posição ou presunção. Não poderia ser aceitável, a exemplo do que ocorreu na Ação Penal 470, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, a aplicação da teoria do domínio do fato para sustentar uma “presunção relativa de autoria dos dirigentes”.

A respeito da limitação da posição de garantidor no âmbito da administração empresarial:

É certo que relações de direção e autoridade não bastam para fundamentar a posição de garantidor do administrador da empresa [...]. Por outro lado, elas são pressupostos indispensáveis para a posição de garante com deveres de vigilância. Uma responsabilidade de garante só entra em consideração quando se tem uma relação de super/subordinação e, com isso, o direito direcional (*Weisungsrecht*). Pois apenas quando o administrador da empresa pode determinar o comportamento do funcionário subordinado é que existe, para ele, também um dever de supervisão. Sem a autoridade para comandar, ao administrador do negócio faltaria o poder jurídico e fático de impedir crimes dos empregados. A possibilidade de evitar o resultado é, porém e sem dúvida, um requisito de toda omissão punível. (ROXIN, 2015, p. 1034/1035).

Ainda, acerca do dever de garantidor do administrador da pessoa jurídica,
Luís Greco e Augusto Assis:

A questão central, contudo, é estabelecer se da detenção de uma posição de corre ou não uma *posição de garantidor* e, assim, um dever de agir. A postura tradicional, chamada teoria formal do dever jurídico, apontava três fontes para essa posição de garantidor: lei, contrato e agir prévio; é nessa teoria que se inspira a nossa lei, que em seu art. 13, §2º enuncia <<o dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado>>. Desde algumas décadas, contudo, tem difundido-se a convicção de que essa análise formal não basta. Por exemplo, até o não garantidor tem, por lei, obrigação de cuidado, proteção e vigilância, e isso em todos os casos em que estão realizados os pressupostos da omissão de socorro (art. 135, CP). E, principalmente, seria um desconhecimento da ideia de *ultima ratio* que o descumprimento de um dever imposto por outro ramo do direito – que pode ser muito mais exigente, como o são o direito administrativo no que diz respeito ao comportamento dos funcionários públicos, ou o direito civil ou do trabalho, por ex. no que diz respeito às normas para tutela das relações de consumo (arts. 12 e ss. Da Lei 8.078/1990) ou, para mencionar exemplo mais moderno, às regras de *compliance* – já automaticamente fundamente uma responsabilidade penal. E, inversamente, as regras internas de repartição de atribuições dentro de uma empresa, ainda que fossem válidas de uma perspectiva do direito societário ou trabalhista (o que tampouco é claro), não podem blindar os gerentes de qualquer responsabilização. Ou seja: a posição de garantidor ou o dever de agir devem fundamentar-se, necessariamente, por considerações ligadas ao direito penal. E seu fundamento não se esgota na enunciação formal de uma fonte, e sim numa consideração material: a saber, no controle sobre uma fonte de perigo, que fundamenta *deveres de vigilância*, ou no controle sobre a integridade de um bem, que fundamenta *deveres de proteção*. Exemplo claro da primeira figura é a relação do proprietário com sua arma de fogo, da segunda é a relação da mãe com seu

bebê recém-nascido. Seguiremos, aqui, essa sistemática mais moderna. Entenderemos que ela está por trás das três posições de garantidor elencadas pelo art. 13, §2º, CP. Como se trata da relação do gerente com sua empresa, isto é, com produtos e funcionários, o que tem de ser discutido é a existência de um dever de vigilância sobre a empresa como fonte de perigo. Tal dever possui duas especificações: uma referida a coisas (produtos); outras a pessoas (funcionários). (GRECO; ASSIS, 2014, p. 109-110).

De um modo geral, o papel do garantidor no âmbito do Direito Penal empresarial é buscar cumprir todas as diretrizes legais e contratuais, de forma efetiva. Não basta a adoção de medidas apenas no plano formal para afastar eventual responsabilidade penal. É necessário criar mecanismos efetivos que possam demonstrar o atuar do dirigente no sentido de que efetivamente buscou evitar a ocorrência do resultado ou evidenciar que aquele agente não tinha dever relacionado a determinada conduta.

Do contrário, se o resultado for previsível, ainda que improvável, aquele que deveria (considerando também a hipótese do dirigente ou gestor que delega poderes, mas ainda detém o dever de vigilância e controle sobre a pessoa delegada) e podia agir para evitá-lo e nada fez, responderá pelo resultado, a título de garantidor, conforme o §2º do art. 13 do Código Penal permite.

Lembra Renato Silveira:

É claro que não é todo risco que acaba por assumir uma importância penal. Observa-se, pois, a inicial dificuldade de se distinguir o que seria um risco empresarial enquanto risco empresarial penalmente relevante. (SILVEIRA, 2016, p. 134-135).

Mas certo é que, em especial, por exemplo, nos crimes comissivos por omissão, exige-se, para configuração do delito, a superveniência de um resultado, logo, o dever jurídico de atuar é aqui um dever jurídico de impedir, evitar, o resultado.

Nesse sentido, cabe lembrar a lição de Silva Sanchez ao defender que a posição de garante reveste uma natureza muito mais específica na criminalidade da empresa: aparece como um compromisso de contenção de riscos determinados para bens jurídico-penais, cabendo às regras de atribuição e distribuição de competência um decisivo papel na delimitação dos concretos riscos que o sujeito deve controlar, bem como na determinação das medidas que deve adaptar para impedir um resultado jurídico-penalmente desvalioso, sob pena de cometer um delito (SILVA SANCHEZ, 1995, p. 371).

SILVEIRA alerta, ainda, para:

[...] zona cinzenta de trabalho com vistas à omissão. Gómez-Jara Díez menciona, nesse aspecto, que a tríade sociedade/estado/empresa, na feliz construção de Heine, acaba por gerar uma íntima vinculação entre o *know-how* técnico, a consciência do risco e a predisposição à responsabilidade. A avaliação, portanto, de que o sucesso empresarial deriva, em sua medida, de um gerenciamento de riscos, é fundamental para a construção do que pode ser visto sob a abrangência do Direito Penal. Em assim sendo, resta importante a avaliação do risco face ao agente mais importante de uma configuração omissiva, vale dizer, o garante. Este, em si, tem um papel de vigilância e de cuidado junto às fontes de perigo que circundam a atividade empresarial. (SILVEIRA, 2016, p. 135).

Destarte, há que se levar em consideração as áreas de competência, funções e deveres atribuídos aos diversos agentes, bem como a presença ou ausência de autonomia decisória. Todos estes fatores devem ser considerados de modo a perfilar instrumentos adequados para descodificar o significado das ações e omissões dos vários intervenientes, pois, de algum modo, a posição pré-delimitada de cada pessoa que compõe uma estrutura empresarial dessa natureza pode ser útil para controle das decisões internas e eficaz na prevenção das práticas de condutas criminosas, sem perder de vista o qual é o papel do garantidor.

Corroborando o entendimento de Feijoo Sanchez, esta é uma questão que tem maior relevância quanto mais complexa for a estrutura organizativa da empresa, sendo certo que:

a delimitação das áreas de organização e de reponsabilidade dentro da empresa faz com que não exista o dever de impedir o que acontece noutras áreas da mesma empresa". E acentua lembrando Jakobs, "dentro de uma empresa nem tudo é assunto de todos. (FEIJOO SÁNCHEZ, 2012, p. 37).

Frederico da Costa Pinto defende que, nas hipóteses dos crimes cometidos *dentro e através de* organizações, a atribuição de responsabilidade (individual) depende sempre das áreas de competência e das funções conferidas aos, e exercidas *pelos*, diversos intervenientes. Em tais situações, seria possível sustentar uma pré-configuração jurídica da posição dos diversos protagonistas por via da respectiva esfera de competência funcional, à qual necessariamente se associam certos poderes e deveres determinados a partir de uma posição de garantidor da não ocorrência do resultado. Portanto, no caso de infrações realizadas no âmbito de organizações, o elemento da posição funcional e da correspondente violação de dever revela-se

incontornável na hora de abordar o problema da autoria ao menos sempre que a conduta típica seja um sucesso empresarial e não um “*acto singular*” (PINTO, 1998, p. 225-230).

Nessa senda, no contexto do Direito Penal Econômico, no qual a intervenção estatal vem se fazendo presente através da utilização de instrumentos de regulação ou autorregulação, sem deixar de lado a ideia de que os riscos formam parte integral dos negócios, torna-se essencial, para segurança e sobrevivência das companhias, falar “em deveres de vigilância, expectativas de cumprimento normativo e respeito a *compliance programs*” (SILVEIRA, 2016, p. 86).

Até mesmo para facilitar e delimitar de forma coerente as responsabilidades nas atividades do cotidiano destas empresas. Devendo ser utilizado um mecanismo eficaz de prevenção, praticado em momento pretérito ao fato, inclusive buscando evitar este. A ideia de um *Criminal Compliance* está, portanto, diretamente relacionada com a busca por uma não ocorrência de um resultado relevante para o Direito Penal.

4.6 Responsabilidade penal no âmbito empresarial

A responsabilidade penal no âmbito empresarial também tem direta relação com o *Criminal Compliance*. É necessária uma boa delimitação de responsabilidades para que, em caso de ocorrência de um resultado relevante ao Direito Penal, possa ser imputado ao verdadeiro responsável a pena devida, evitando assim, a presunção de culpa simplesmente por um cargo ocupado no âmbito empresarial. Não é por outra razão que o Direito Penal moderno surge e ganha força, em especial no que tange à culpabilidade, terceiro elemento da teoria do delito e em razão da qual muito se desenvolveu os próprios sistemas penais. Afinal, foi com a passagem do dolo e da culpa para a tipicidade que se permitiu a conduta, por exemplo, ser melhor delimitada pela análise do nexos causal.

Assim, no âmbito empresarial, a responsabilidade do diretor ou gestor de uma empresa, deve ser demonstrada no caso concreto. É dizer, deve ser demonstrado que tal agente praticou uma conduta (dolosa ou culposa) e que, além de presentes todos os demais elementos da tipicidade – resultado, nexos causal e tipicidade – ausente causa de justificação, seja culpável. Ou seja, além de verificar a inexistência de excludentes de ilicitude, deve ser averiguada a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

O que importa é uma breve compreensão para, somente então, passar-se ao estudo da responsabilidade do empresário em âmbito penal. Assim, sobre a responsabilidade do empresário, se manifesta Bernd Schünemann:

De tal manera que, conforme a los principios que previamente he esbozado, se tiene que afirmar en principio una responsabilidad de los titulares de La empresa; determinándose también su contenido de acuerdo al principio de creación de delegación de las ejecuciones en un ámbito controlado en el futuro jerárquicamente. Si por las coincidencias prácticas entre La responsabilidad imprudente por hacer activo propio del director de la empresa y por su omisión contraria al deber se examinan conjuntamente las dos formas de responsabilidad, pueden distinguirse consecuentemente *cinco* tipos diferentes de *lesión del deber*: primera, la *elección descuidada* de un sustituto inapropiado, sea por una insuficiente cualificación especializada, sea, más agravadamente, por una falta de carácter que perjudica el cumplimiento de la tareas; segunda: la *distribución imprecisa de tareas* entre distintos sustitutos o entre el director de la empresa y los órganos subordinados, que conduce, por eso, a que el mantenimiento de la protección del medio ambiente o de la seguridad técnica de las tareas requeridas por la empresa caiga, por decirlo así, en un agujero organizativo y no sea tomada en serio por nadie; tercera: la *insuficiente instrucción* del sustituto, que no está suficientemente iniciado en las exigencias del rendimiento interempresarial y que por eso no está en situación de poder cumplirlas, por lo que sólo obedece la instrucción de arriba e informa a los superiores en situaciones oscuras y en casos de un esfuerzo personal excesivo; cuarta: la *intervención omisiva*, en virtud de irregularidades conocidas, que dependiendo de la dimensión de las irregularidades y de la sensibilidad de la esfera empresarial afectada puede alcanzar desde un aviso de despido junto con controles severos hasta el traslado o despido del trabajador, quinta: la *no ejecución de muestras aleatorias* oportunas y por sorpresa para control mismo, incluso de acreditados trabajadores de larga experiencia, porque con el paso del tiempo tampoco ese círculo de personas es inmune a aparentes desgastes, que se producen como consecuencia de la rutina empresarial. (SCHÜNEMANN, 2002, p. 140).

Ainda, acerca da responsabilidade penal empresarial e a necessidade de sua compreensão, SCHÜNEMANN:

Los problemas especiales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección en las empresas sólo pueden ser entendidos si se aclara, en primer lugar, que la formación de los conceptos de nuestro Derecho penal y con ello, también, de sus figuras fundamentales de imputación, se ha desarrollado en un paradigma social completamente opuesto. Porque mientras que los sucesos en la empresa están determinados a través de la estructura organizativa empresarial, y por ello a través de la organización y delegación, de la división del trabajo y de la jerarquía, el Derecho penal moderno se ha formado en las formas de vida del solitario social, del fuera la ley y del proscrito, de su anarquismo, individualismo y desorganización, de la espontaneidad del momento de determinadas formas de vida. (SCHÜNEMANN, 2002, p. 129).

Criticando o modelo construtivista de responsabilidade empresarial, Paulo César Busato e Tracy Joseph Reinaldet:

Em primeiro lugar, cumpre ressaltar que o fundamento de defeito na organização resulta em si mesmo incongruente, quando não violador do princípio de responsabilidade individual que é derivação do princípio de culpabilidade. Ou seja, ao pretender a afirmação de um conceito dogmático de culpabilidade, infringe-se, de modo fatal, o princípio do qual deriva o próprio conceito por vários ângulos diferentes, além de não oferecer respostas concretas a respeito dos exatos termos em que tem lugar a culpabilidade, uma vez que translada para o âmbito interno – e, portanto, oculto – da própria organização, a aferição de tal aspecto.

Em segundo lugar, claramente a perspectiva de falha na instalação ou funcionamento de um sistema de *compliance* não se relaciona a uma pretensão de reprovação, mas muito mais a uma violação de dever. Isso porque, se existe uma pretensão de impor a obrigação de instalação e funcionamento de um sistema de *compliance*, isto há de ser feito legislativamente, como forma de imposição de requisitos mínimos, que serão ou não atendidos pelas empresas. Sua violação, portanto, consistirá muito mais em uma demonstração de atividade imprudente ou omissão de um dever – de qualquer modo, um *Pflichtdelikt* – do que propriamente a identificação de uma reprovação individual capaz de representar a culpabilidade. (BUSATO; REINALDET, 2015, p. 49).

Não pode se permitir que haja qualquer tipo de imprecisão em relação aos critérios inerentes ao conceito construtivista de culpabilidade, pois se houverem, impossibilitará sua aplicação.

Insta, inclusive, lembrar o que ensina Carla Rahal Benedetti:

De fato, não basta apenas estar em conformidade com a legislação pertinente à sua atividade, mas também cuidar para que todos aqueles que trabalham na corporação estejam conformes a ela. Não é raro o empresário se deparar com situações de infringência legal dentro da empresa que não forma por ele praticadas, mas, sim, por um funcionário ou colaborador. (BENEDETTI, 2014, p. 86).

A questão é de sua importância, pois, como já dito, está diretamente relacionada ao surgimento do Direito Penal moderno e à evolução das teorias da culpabilidade bem como à evolução do próprio sistema penal que não pode se distanciar dos direitos e garantias fundamentais. Não se pode fazer um juízo de reprovação sobre um agente que, pelo simples fato de ser diretor de uma empresa deve responder por um evento.

A diferença entre a responsabilidade criminal e a responsabilidade civil aparece tanto nos efeitos dessas, suas condenações, como em sua verificação. Sendo que a responsabilidade civil é objetiva, não se discutindo a culpa do agente, o que difere frontalmente da responsabilidade criminal. E isso precisa ficar claro.

Decerto, conforme ressalta Marco Aurélio Florêncio Filho, é preciso compreender que o ponto de partida para a estruturação da responsabilidade penal será o princípio da legalidade, sendo a culpabilidade o elemento da teoria do delito que irá limitar o poder punitivo, adstritos, pois, nas garantias individuais.

A teoria do delito foi desenvolvida para dar alto grau de racionalidade para a atribuição da reponsabilidade penal e, com isso, evitar-se, arbítrios. Nesse sentido, o ponto de partida para a estruturação da dogmática penal foi o princípio da legalidade. Ocorre que a culpabilidade é o fundamento de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo, pois além de afastar qualquer espécie de responsabilidade penal objetiva, também é o único elemento da teoria do delito que se volta para o autor do fato típico e antijurídico. (FLORÊNCIO FILHO, 2014, p. 236-237).

Nesse sentido, como não poderia deixar de ser, a responsabilidade do empresário no âmbito criminal deve ser demonstrada de forma subjetiva, comprovando a existência de dolo ou culpa, neste último caso quando a lei permitir a imputação a este título.

4.7 Elementos Subjetivos como delimitação de responsabilidade

O necessário afastamento da responsabilidade objetiva pelo Direito Penal acontece quando começa a se perceber que é preciso avaliar o indivíduo perante a conduta por ele praticada. Essa avaliação se dá justamente na culpabilidade, momento da teoria do delito no qual se avalia o agente perante o fato, e não apenas o fato.

A teoria do delito se desenvolve por várias razões. Porém, sem dúvidas, a necessária evolução da culpabilidade é um de seus motivos mais determinantes. Essa evolução da culpabilidade tem seus motivos fincados na própria compreensão de dolo e culpa. Isto porque, inicialmente, dolo e culpa eram os únicos elementos da culpabilidade. Nesse sentido, ensina Leonardo Monteiro Rodrigues:

A Teoria Psicológica da Culpabilidade era constituída apenas por *dolo* e *culpa*, sendo a *imputabilidade*, o seu pressuposto. Porém, faltava a ela os outros elementos essenciais que são aqueles que determinam que o agente quis atuar daquela forma, livre e conscientemente de estar cometendo um ilícito.

[...]

O *dolo*, para essa teoria, é o verdadeiro elemento que tem vínculo psicológico (exigindo apenas vontade e previsão). (RODRIGUES, 2015, p. 401)

Passa-se então, para superar o sistema de Liszt-Beling-Radbruch, ao sistema neokantista de Edmund Mezger, com bases em Reinhard Frank, Berthold Freudenthal e James Goldschmidt. Tal sistema cria o dolo híbrido, com elementos psicológicos e normativos (*dolus malus*, a consciência atual da ilicitude). O que faz nascer, para responder a lacunas, o Direito Penal do autor. Hoje com a roupagem de Direito Penal do inimigo, de Günther Jakobs, com bases neste sistema de Mezger e na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.

Finalmente, surge o sistema finalista, de Hans Welzel, no qual, para resolver este problema criado por Mezger na culpabilidade, transfere para a tipicidade o dolo e a culpa. Permanecendo naquela apenas os elementos normativos. (RODRIGUES, 2015, p. 403)

Assim, dolo e culpa passam a integrar a conduta, melhorando inclusive a análise do nexos causal, que agora precisa ter entre conduta e resultado, a vontade, intenção e conhecimento. Claus Roxin vai além, e agrega a isto o nexos de imputação, da teoria da imputação objetiva, como oportunamente já visto.

Porém, esta passagem histórica é necessária para compreender o papel do dolo e da culpa na evolução dos sistemas penais. E, é justamente o dolo e a culpa que permitem uma responsabilidade penal subjetiva. Pois a diferença desta responsabilidade para a responsabilização objetiva é que nesta última não se discute culpa, *lato sensu*. São esses elementos subjetivos, de vínculo psicológico, que ligam o autor ao resultado. E somente quando estiverem presentes é que se pode discutir uma responsabilização penal. São necessários para a delimitação da responsabilidade penal.

Assim, é importante relembrar o conceito de Dolo Direto, Dolo Eventual, Culpa Consciente e Culpa Inconsciente.

O dolo direto pode ser de 1º ou de 2º graus. São conceituados, dessa forma, conforme lição de Guilherme Coelho Colen:

[...] o dolo direito de 1º grau é representado e tem como conteúdo o fim desejado pelo agente, o qual se exterioriza no mundo físico através da ação humana voluntária.

[...]

No dolo direito de 2º grau, por sua vez, o resultado não é o fim da ação do sujeito – pode-se dizer, ademais, que o resultado não é querido pelo agente – mas o agente sabe que ele – o resultado – está vinculado necessariamente ao resultado ou fim que o agente perseguia de forma direta. (COLEN, 2015, p. 27)

E sobre o dolo eventual, ensina ainda COLEN:

O dolo eventual está fora do âmbito da vontade do agente. Como diz Welzel, se o autor representa o resultado e não o querendo, conta com as consequências que se produzam ao realizar a sua ação, estamos diante de uma forma excepcional de dolo. Esta forma excepcional é mais do que uma mera possibilidade e menos que uma probabilidade absoluta. Com isto, não se pode afirmar que o resultado da conduta do sujeito esteja vinculado ao desiderato do mesmo, mas sim a uma postura de indiferença ante a preservação de bens jurídicos. (COLEN, 2015, p. 29)

O dolo eventual é portanto a indiferença à ocorrência de um resultado penalmente relevante, diferentemente do que ocorre com a culpa consciente. Nesta ocorrência do resultado, apesar de ser previsível pelo agente, não é aceita como possível. A culpa inconsciente ainda tem a imprevisibilidade do resultado e sua dificuldade de determinação é, em muito, debatida pela doutrina.

Sobre a culpa consciente, COLEN:

Na culpa consciente, deve-se esclarecer também existe o desvalor do resultado citado, tanto é assim que esta última espécie também representa uma forma típica de crime. A diferença entre culpa consciente e dolo eventual, portanto, não reside na esfera do desvalor do resultado. Com efeito, a diferença entre estas espécies residirá na postura subjetiva que o agente adota em face deste desvalor. (COLEN, 2015, p. 32)

É de suma importância a compreensão desses institutos, pois, através deles, se determina se há, ou não, um vínculo psicológico que ligaria autor ao resultado. São instrumentos que ajudam, inclusive a delimitar o nexos causal. A delimitação penal, necessariamente, perpassa pela avaliação de uma existência de conhecimento e intenção. Ou, ainda, de imprudência, negligência ou imperícia. Como se verá, o *Criminal Compliance* busca a delimitação dessa responsabilidade penal. A questão será através de qual mecanismo. Porém, sem dúvidas, nunca pode se prescindir de análise sobre os elementos subjetivos já que são essências à delimitação penal e à responsabilidade penal subjetiva, única possível no Estado Democrático de Direito.

4.8 A relação de causalidade face ao dever do garantidor

Analisou-se a posição do garantidor e a responsabilidade penal do empresário. Deve-se, portanto, compreender a relação de causalidade, especialmente no que tange aos crimes comissivos por omissão, ou omissivos impróprios. E a pertinência

se dá pois foi demonstrada a importância do papel do garantidor para o Direito Penal Empresarial. Para fins didáticos, portanto, limita-se aqui a breves considerações acerca da relação de causalidade e, mais precisamente em relação aos crimes omissivos impróprios e sua repercussão na esfera penal econômica (Direito Penal Empresarial).

Ao pensar na ação é natural associá-la ao movimento corpóreo humano. Assim, é fácil perceber que o Direito Penal está estruturado a partir da incriminação de condutas positivas. Todavia, as normas penais tipificam tanto ações quanto omissões, sendo que ambas constituem modalidades da conduta humana.

A controvérsia dogmática relacionada à omissão remonta ao século XVI, quando o *non facere* era estudado de maneira casuística. Como lembrado por Cláudio Brandão: “uma teoria geral da omissão surge apenas no século XIX, quando se começa a engendrar um regulamento próprio para esta a classe de crimes” (BRANDÃO, 2015, p. 36).

Essa discussão em muito se deu, também, pelo conceito causal de conduta, sendo a modificação do mundo exterior por um movimento corporal, a partir do sistema causalista Liszt-Beling-Radbruch. Logo, deixava uma lacuna para explicar os resultados criminosos ocorridos em face de uma omissão, seja própria, seja imprópria. Nessa mesma linha o sistema neokantista de Edmund Mezger mantinha seu conceito de conduta inalterado.

Somente com a passagem dos elementos volitivos para a conduta, com o finalismo de Welzel, que se pode explicar a omissão a partir de uma vontade que gerava, de forma comissiva ou omissiva, um resultado penalmente relevante. A relação de causalidade, inclusive para delimitar a *conditio sine qua non*, foi também diretamente influenciada por esta colocação de dolo e culpa na conduta.

O nexos causal passa então a ser explicado como o nexos entre a vontade (ação ou omissão voltada a uma finalidade) de se produzir um resultado e o próprio resultado gerado.

Sobre a responsabilidade e a causalidade no contexto da sociedade de risco, Michelle Gironda Cabrera:

Isto quer dizer que, da análise penal, a partir de determinada conduta delitiva, e considerando que nosso Código Penal tenha como regra, no *caput* do art. 13, a teoria da *conditio sine qua non*, é certo que o rol de “causadores”, no contexto atual, intensificou-se. Utilizando o critério de eliminação hipotética, por meio do qual se elimina mentalmente o comportamento do autor para

avaliar se, ainda assim, o resultado ocorreria do mesmo modo como ocorreu, nota-se uma tomada de complexidade no campo da responsabilidade, corrigida que é pela utilização de critérios axiológico-normativos de imputação objetiva e, ademais, pela eleição, por parte do legislador penal, na utilização, cada vez maior, dos crimes de mera atividade. A existência de relações causais múltiplas acaba por confundir o aplicador do Direito, cuja tarefa de esclarecimento das relações causais das condutas delitivas traduz missão difícil, senão impossível, de se lançar mão, somente, dos métodos científico-naturais atuais de causalidade. (CABRERA, 2015, p. 136).

Sobre o tema, concluiu Michelle Girona Cabrera:

Os programas de *criminal compliance*, então programas destinados à prevenção da responsabilidade penal das empresas, direção, empregados e colaboradores, são uma realidade que a dogmática penal atual não deve negar. A estrutura econômica atual, assentada nas idéias de competitividade, riscos, desconfiança, vigilância e valorização da marca (do signo dos objetos), traz, consigo, a necessidade de reforçar a fidelidade com o Direito. Desta forma, a dogmática penal evidencia seu caráter instrumental e a política-criminal ganha força, optando, aquela, por uma estruturação teleológica do sistema penal, funcionalizada pela proteção subsidiária de bens jurídicos do indivíduo e da coletividade contra riscos socialmente intoleráveis, vinculando as categorias do delito ao postulado do *nullum crimen*, sobressaltando o Direito Penal como *ultima ratio* do sistema. (CABRERA, 2015, p. 139).

Ao tratar da causalidade e da omissão, Ronan Rocha destaca a “estrutura do tipo objetivo dos crimes omissivos impróprios, especialmente o problema da relação entre conduta omissiva e resultado típico” (ROCHA, 2016, p. 171). Não é por outra razão que Bernd Schünemann fala de um verdadeiro “caos dogmático” ao se referir aos problemas relacionados aos crimes omissivos impróprios (ROCHA, 2016, p. 171).

Ainda com relação ao instituto, é importante trazer à baila a afirmação comumente encontrada na doutrina nacional até meados do século passado, que ainda se encontra presente no Brasil, qual seja “que a omissão imprópria infringiria uma norma proibitiva, enquanto que a omissão própria diria respeito à uma simples norma de mandato” (SILVEIRA, 2016).

De forma bem objetiva, Renato de Mello Jorge Silveira sintetiza bem o critério para diferenciar a omissão imprópria da omissão própria, fazendo-o com base na figura do garante. Nesse sentido, afirma que:

No primeiro caso – na omissão imprópria – o omitente assume a função de garante, em virtude de um dever jurídico (extrapenal) de atuar, garantido a integridade de um bem jurídico frente à sociedade, enquanto que, no segundo, o omitente, aparentemente, se encontra desvinculado extrapenalmente do interesse que protege o tipo penal. (SILVEIRA, 2016, p. 85).

É importante lembrar que os sistemas penais evoluíram seu conceito de conduta justamente em razão da discussão em torno dos crimes omissivos, permitindo ampliar o conceito a partir do entendimento de que é possível existir atividade negativa.

Se, como já dito, no causalismo e neokantismo a ação era todo resultado naturalístico que decorria de uma ação mecânica/física, para o finalismo este conceito muda. E a mudança decorre exatamente da dificuldade em dizer que um resultado, tanto no causalismo quanto no neokantismo, decorreu de uma ação física (movimento corpóreo) quando a ação era por omissão.

Ainda que de forma pontual, é preciso compreender como se daria essa relação de causalidade, pois ela não ocorre do mesmo modo que nos crimes comissivos. Em se tratando de crimes omissivos impróprios há inúmeros questionamentos a serem feitos, notadamente no que tange à causalidade da omissão e na identificação do dever jurídico de atuar³⁰.

A esse respeito, anote-se valiosa lição de Ronan Rocha:

Nessa ordem de ideias, a primeira questão que se apresenta diz respeito à possibilidade de cogitar-se da relação de causalidade no âmbito dos crimes omissivos impróprios, o que é, como dito, objeto de séria controvérsia. [...] Predomina na doutrina o entendimento de que não existe relação de causalidade entre conduta omissiva e resultado típico. O principal argumento dessa corrente tem como premissa a compreensão de causa como *causa efficiens*. Segundo essa perspectiva, a causa deve ser vista como força produtora de efeitos no mundo ou como “a energia criadora do resultado”. Assim, como na omissão não há uma força que produza efeitos no mundo fenomênico, sustenta-se a inexistência de relação de causalidade entre a omissão e um determinado acontecimento que lhe é posterior. Essa compreensão é subjacente ao antigo brocardo latino *ex nihilo nihil fit* (do nada, nada surge). (ROCHA, 2016, p. 174)

Para solucionar tal problema, esse magistrado ensina:

³⁰ Não difere do entendimento de Juarez Tavares, para quem o “ponto básico da correspondência da omissão à ação reside, praticamente, na constatação, segundo os vários critérios de observação e inferência admissíveis, de que, no caso concreto, o sujeito não impediu o resultado juridicamente proibido, embora tivesse capacidade para fazê-lo e estivesse a isso também juridicamente obrigado. Há neste processo alguns fatores intervenientes: a) a existência de um resultado juridicamente proibido; b) a não ação de alguém; c) a capacidade de atuar por parte desse alguém; d) a submissão desse alguém a um dever de impedir o resultado. O processo de correspondência decorre, portanto, de uma indução por analogia com a própria ação: extrai-se da ação o que ela poderia apresentar, caso tivesse sido realizada, e com isso se afirma se ela corresponde a não ação. A questão da posição de garantidor se insere como elemento desse processo de indução”. (TAVARES, Juarez. Teoria dos Crimes Omissivos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 136/137).

Nessa linha, é defendida a aplicabilidade da teoria da *conditio sine qua non* nos crimes omissivos impróprios com uma modificação: em vez de ser *eliminada* mentalmente a conduta investigada, *adiciona-se* mentalmente a conduta devida e examina-se se o resultado teria sido evitado. A ideia reitora, aqui, é a de impedir, de evitar o resultado. Por isso, há quem denomine a relação entre a omissão imprópria e o resultado típico de nexos de evitação. (ROCHA, 2016, p. 176).

Pois bem, apesar de não ser este o único ponto problemático em relação aos fundamentos para definição da autoria societária no plano individual, é preciso chamar a atenção para a importância não só dogmática, mas também das questões envolvendo política criminal.

Nesse ponto, há uma tendência a incriminar condutas praticadas no exercício da atividade empresarial, ganhando destaque a ampla utilização de crimes omissivos impróprios, o que pode ser considerado a “marca registrada” do Direito Penal do presente e do futuro (DEMETRIO CRESPO, 2009).

Nesse campo, torna-se emblemático a imputação penal de dirigentes em decorrência de condutas praticadas por pessoas pertencentes a escalões inferiores. Pois, apesar de ser inevitável a transmissão de tarefas e obrigações, sob pena de inviabilizar a atividade econômica, aquele que delega acaba mantendo certa responsabilidade residual em função do poder delegado.

4.9 Imputação objetiva

Na sociedade de risco a responsabilidade se ramifica crescentemente por meio de processos, nos quais muitos indivíduos interferem ativamente, por vezes integrados em um sistema de divisão especializadíssima de trabalho, e por outras vezes, sem relação entre esses indivíduos. Isso faz da sociedade de risco uma sociedade caracterizada pelo: a) considerável aumento das interconexões causais; b) desconhecimento ou dificuldade para a compreensão dessas interconexões; e c) crescente aumento dos contextos de ação individuais por outros de caráter coletivo. (MENDONZA BUERGO, 2001, p.28)

Há na sociedade contemporânea, assim, um fenômeno bem delineado que se caracteriza pela interação e inter-relação de processos diferentes, cuja complexidade permite progressivamente que as responsabilidades sejam eliminadas, na medida em que quanto mais complexa e perfeita for uma determinada organização, maior é a

fungibilidade do indivíduo, facilmente substituível, sendo que esse mesmo indivíduo se vê como irresponsável por eventual resultado lesivo por considerar que é irrelevante a sua contribuição pessoal par ao processo conjuntamente considerado.

Isso se reflete de modo contundente no direito penal, porque provoca o surgimento de uma culpabilidade difusa por um fato individual, tornando extremamente difícil a tarefa de relacionar o a produção do dano ou do perigo à respectiva culpabilidade.

A crescente divisão do trabalho e de sua especialização produz uma cumplicidade na produção. Isso é outro traço marcante da modernidade. Essa mesma cumplicidade leva a uma irresponsabilidade pelos riscos. Cada um dos agentes produtores é causa e efeito, portanto, não é causa. As causas se diluem no correr do processo produtivo. Como decorrência, o risco aparece como mola mestra de um sistema novo, entendendo-se sistema como o ente que permite a elaboração rotineira de algo, sem que se possa identificar uma pessoa responsável pela tarefa.

Importante mencionar que tal teoria já chegou como argumento para análise de casos concretos aos nossos Tribunais Superiores. Os julgados que trataram do tema no âmbito do Superior Tribunal de Justiça foram, por exemplo, o HC 46.525/MT e o RHC 12.842/PR, e, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o HC 124.605/RJ e a AP 470/MG. Vale dizer, que em alguns casos, a teoria foi apenas mencionada. Talvez o julgado de maior notoriedade seja o HC 46.525/MT, do Superior Tribunal de Justiça. Neste caso, a teoria foi aceita pela corte, para trancar a ação penal. Percebesse que esta teoria tem origem no Funcionalismo-Teleológico de Claus Roxin.

O professor Claus Roxin cria tal teoria da imputação objetiva por entender que a função do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos. E que essa proteção é feita se proibindo comportamentos que criem riscos não permitidos para esses bens jurídicos. Vale dizer, criando ou incrementando riscos não permitidos. Busca a normativização do Direito Penal e o fim de dados ontológicos. Lado outro, entende que tais dados ontológicos não são inteiramente desnecessários, podendo ser combinados com dados normativos. Diverge de Günther Jakobs, segundo o qual importa apenas os dados normativos.

Também, há na imputação objetiva uma valoração da conduta. Não sendo apenas analisada a conduta e resultado de uma forma direta, mas a conduta e sua valoração para, após, chegar-se ao resultado. Há uma verdadeira análise do nexo de causalidade entre conduta e resultado, valorando aquela, para analisar se houve ou

não, criação ou incremento de riscos não permitidos. Vale dizer, Roxin propõe uma normatização do tipo objetivo e, no nexos de causalidade, insere elementos valorativos, transformando-o em verdadeiro nexos de imputação, com a análise de criação ou incremento de riscos não permitidos. Isto pois, existem riscos que são permitidos, e até incentivados, pelo direito, como exemplo, a direção de veículo automotor, ao contrário de outros, que são os riscos não permitidos (ROXIN, 2008).

Somente as condutas humanas que causem alguma lesão ou ameaça relevante é que devem interessar ao Direito Penal. Do contrário, fere de morte o princípio da intervenção mínima, hoje deixado de lado diante da expansão do Direito Penal e da inflação legislativa.

Através da teoria da imputação objetiva, Roxin procede a uma normatização do tipo objetivo, inserindo, no campo do nexos de causalidade, elementos valorativos, transformando-o em nexos de imputação e realizando um equilíbrio entre a imputação objetiva e a subjetiva, diferentemente do que ocorre no sistema de Hans Welzel, que propõe que a valoração seja feita após a análise objetiva, e não momentaneamente a esta. Ou seja, a análise subjetiva, somente ocorrerá quando analisados dolo e culpa, após a análise objetiva do fato típico.

Por fim, insta lembrar que, para Roxin, a teoria da imputação objetiva tem como *ratio essendi* a correção do nexos de causalidade do sistema finalista, que se utiliza da análise do nexos pela teoria da *conditio sine qua non*, ou seja, a teoria da equivalência das condições causais, fazendo uma análise de imputação puramente subjetiva. Não avalia se objetivamente a conduta do agente criou ou incrementou o risco não permitido, atingindo o bem jurídico protegido, de forma relevante.

Roxin, portanto, busca essa correção normatizando o tipo objetivo, através de valores trazidos de políticas-criminais, ou seja, os riscos permitidos e não permitidos, possibilitando um equilíbrio entre imputação objetiva e subjetiva na análise do nexos de causalidade, agora, nexos de imputação (ROXIN, 2008).

Esclarecido o cenário no qual surge a teoria da imputação objetiva e suas justificações, acerca da imputação objetiva nos crimes econômicos, vale observar o que ensinam Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde:

O delito de perigo abstrato, enquanto forma mais representativa do 'moderno' direito penal (que se projeta, indubitavelmente, sobre a esfera socioeconômica), é utilizado pelo legislador para ampliar enormemente o âmbito de aplicação do direito penal. Ao prescindir do prejuízo, prescinde-se

também de demonstrar a causalidade. (HASSEMER; MUÑOZ CONDE, 1995, p. 76).

Acerca da imputação objetiva e a teoria do domínio do fato, José Ulises Hernández Plasencia:

Por ello en el presente trabajo, rescatando la Idea originaria de la imputación objetiva, se propone el criterio del dominio del hecho para ayudar a resolver esas constelaciones de casos, pues el dominio del hecho se muestra como el instrumento por excelencia para captar las conductas que pueden remitirse a los tipos penales para su subsunción, tarea que la imputación objetiva atribuye a la relación de causalidad para luego eliminarle las impurezas. El proceder seguido aquí se fundamenta en que sólo los comportamientos dominables y dominados por el hombre son los que están prohibidos en las figuras delictivas. El dominio del hecho se expresa, además, como dominio sobre la cualidad lesiva de la acción, con el que se resuelven de forma metodológicamente aceptable los casos que preocupan a la imputación objetiva sin quebrantamientos sistemáticos, sin multiplicidad de subcriterios, valorando la conducta del autor en todas sus dimensiones (objetiva y subjetiva) y sin tener que pelearse todavía con el fantasma de la relación de causalidad. (PLASENCIA, 2015, p. 1336-1337).

Interessante notar o que propõe o autor ao tratar do domínio do fato como domínio sobre a qualidade lesiva da ação. É dizer, domínio sobre a circunstância que cria ou incrementa o risco. Somente assim pode se dar a imputação de diretores, gerentes ou empresários. Quando for possível demonstrar que a partir de um domínio do fato o indivíduo pode criar ou incrementar um risco não permitido e que gere lesão ou risco de lesão a bens jurídicos penalmente protegidos.

4.10 Princípio da Confiança

Tema recente em matéria de Direito Penal é a utilização do princípio da confiança. Tal princípio é amplamente utilizado no Direito Civil, mas em âmbito criminal seu estudo e sua aplicação ainda não é de amplitude total. Conceituando o princípio da confiança e sua relação com a criação de riscos, Flávia Siqueira explica:

Argumenta-se no contexto social hodierno, pautado pelas constantes interações entre os indivíduos de uma sociedade, que o risco que pode ser criado em decorrência da prática de determinadas condutas muitas vezes não dependerá apenas do sujeito que realiza a conduta perigosa, mas do comportamento das pessoas que estão a sua volta.

Diante de situações deste jaez, desenvolveu-se no âmbito da jurisprudência alemã o princípio da confiança (*Vertrauensgrundsatz*), o qual começou a ser utilizado como limitador do dever concreto de cuidado nas relações de trânsito. O aumento progressivo do tráfego motorizado e o número crescente de casos em que o resultado lesivo condicionava-se à atuação incorreta de

terceiros conduziram os tribunais alemães a utilizarem esse critério para reconhecer a possibilidade de um motorista confiar, como regra geral, nos demais condutores para o igual cumprimento das regras de trânsito, limitando, pois, o alcance excessivo do critério da previsibilidade. Parte-se do pressuposto de que é impossível fomentar uma sociedade do risco sem que haja confiança na atuação dos indivíduos que dela fazem parte.

Com o tempo, o princípio deixou de vincular-se às particularidades deste determinado e reduzido contexto de atuação para converter-se em um critério aplicável a outras situações que envolvessem a intervenção de terceiros na produção de um resultado lesivo.

Assim, sua aplicação passou a estender-se para outros setores pautados pela atuação dos indivíduos em conjunto, como atividades comunitárias ou de divisão de trabalho. Parte-se da premissa de que o indivíduo, ao atuar, não precisa preocupar-se a todo o tempo com a possível conduta incorreta de terceiros que possa ensejar a ocorrência de um resultado lesivo, podendo confiar, portanto, que os demais participantes da atividade irão agir de acordo com as determinações normativas.

[...]

Certo é que o princípio da confiança se insere na atual tendência de normatização da tipicidade, no sentido de buscar a solução de problemas de Direito Penal através de valorações prévias inseridas no âmbito do tipo objetivo. (SIQUEIRA, 2016, p. 23-25).

É interessante notar a correlação do princípio da confiança com a própria teoria da imputação objetiva, já que naquela se cria um risco não permitido, ou se incrementa este risco, ferindo a confiança na própria estabilidade das condutas. Afinal, vivemos em uma sociedade de riscos. Resta, ao Direito Penal, a partir de parâmetros delimitar quais são riscos permitidos e quais não o são.

Ainda sobre o princípio em tela, ressalta a mesma autora:

Por fim, por mais que o princípio da confiança tenha sido idealizado em um primeiro momento para solucionar problemas no contexto do trânsito, tal critério vem, justificadamente, passando por um processo de expansão progressiva na atualidade e possui relevância prática em diferentes âmbitos. Neste sentido, é admissível a possibilidade de confiar na atuação correta de terceiros, por exemplo, em situações que envolvem o Direito Penal médico e o Direito Penal econômico (como casos de acidentes laboratoriais e responsabilidade penal pelo produto, dentre outros). (SIQUEIRA, 2016, p. 219).

Trata-se, assim, de princípio que visa regular a incidência, principalmente, dos tipos penais que pressupõe a exigência de um dever de cuidado por parte do agente. Isto porque a abrangência da cautela a ser dispensada por este, depende, também, da expectativa que se tem sobre a conduta a ser adotada por seu semelhante. Dessa forma, não é razoável exigir que o cidadão, em suas ações do dia-a-dia, aja sempre partindo do pressuposto de que os outros à sua volta agirão de forma contrária ao direito. Assim admitir seria atribuir ao agente, em forma de sua falta de cuidado, a ausência de cautela do outro, a qual, por óbvio, não lhe pode ser imputada.

Acerca do princípio da confiança e sua relação com a imputação objetiva, Fábio André Guaragni:

Com a queda do finalismo e a conseqüente subvalorização dogmática do campo subjetivo, bem como com a construção dos sistemas de análise de crimes subseqüentes a partir da função atribuída ao Direito Penal pelo universo cultural do dever-ser (modelos funcionalistas), naturalmente ganharam peso os critérios de imputação objetiva de cunho axiológico ou valorativo. Imputação ora do resultado (tendencialmente jurídico – como já afirmado – enquanto lesão de bem jurídico proposto pelo universo cultural do dever-ser, e não mais físico, enquanto fenômeno material de modificação no mundo exterior), ora da ruptura de um papel social. A partir daí, transferiram-se os critérios axiológicos de imputação objetiva dos crimes culposos para os dolosos, alcançando a teoria da imputação objetiva incidência em todas as formas típicas.

Assim, o princípio da confiança, enquanto critério de delimitação do cuidado objetivo devido, antes cingido a crimes culposos, igualmente alça vôo mais amplo, de modo a impactar na imputação objetiva dos resultados (jurídicos, mais que naturalísticos) ou da ruptura de papéis-sociais. É esta a maneira pela qual se espraia na dogmática jurídico-penal.

Por outro lado, as aberturas típicas dolosas ou culposas podem revestir forma ativa ou omissiva. Nos crimes omissivos, tanto próprios como impróprios, fere-se um dever de agir mediante a prática de um dever diverso (*aliud agere*). O dever de agir há de ser definido em cada situação concreta: também aqui, convoca-se o princípio da confiança para cumprir tarefas. (GUARAGNI, 2015, p. 79).

Nesse diapasão, o princípio da confiança se consubstancia na crença coletiva de que os indivíduos, em sua individualidade, atuarão em conformidade com o Direito. Somente é possível, assim, imputar o resultado lesivo ao agente que, de fato, quebrou com seu dever de cuidado, dentro da premissa de que todos deveriam respeitá-lo e criou ou incrementou um risco não permitido. Havendo, portanto, nexos de imputação entre a conduta e o resultado.

4.11 Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica

Não poderia deixar de se fazer uma breve consideração sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Na atualidade a jurisprudência brasileira admite esta possibilidade de responsabilização criminal. Contudo, na doutrina ainda existe resistência à utilização do Direito Penal para condenar pessoas jurídicas por atos praticados por seres humanos.

Acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica, Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz:

Em relação ao tema da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, o Brasil conheceu absolutamente momentos controversos. Em tempos recentes, a maioria da doutrina penal repele a idéia com veemência poucas vezes vista. Afirma-se, a reboque de muitas oposições também vistas na Europa, pela absoluta irregularidade, inconsistência e anomia de sua previsão. Os argumentos, no entanto, e a seu modo, parecem encontrar a mesma via de solução do que lá se deu.

É de se ver, de todo modo, que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas foi prevista na Constituição Federal de 1988, de modo explícito, em seu art. 225, §3º (ao tratar das responsabilidades ambientais), e de modo um tanto vago, no art. 173, 5º (ao tratar da ordem econômica). Em relação a esta última previsão, estabeleceu-se certa dúvida interpretativa na doutrina, uma vez que não se dispunha, expressamente, acerca da responsabilidade penal. De toda forma, até o momento, por falta de implementação legislativa, não foi sedimentado o entendimento sobre o fato de haver, ou não, autorização constitucional expressa para a responsabilidade penal da pessoa jurídica em atentados à ordem econômica [...]. (SILVEIRA, 2015, p.163-164).

Sobre o contexto social e o advento da responsabilidade penal da pessoa jurídica, Sergio Salomão Shecaira ensina:

Uma verdadeira teia empresarial transforma as formas de o homem agir, fazendo com que este passe a interagir com as próprias formas decorrentes dessa rede; cidades, estados e países perdem a sua força para os grandes monopólios transnacionais, que passam a ter influência e a dirigir mais do que muitos governos o fazem. O processo de encarceramento de grupos sociais determinados ganha novo incremento, ora sendo pautados pelos processos de pauperização crescentes, ora demandados por movimentos sociais (*como o do Law and Order*). Os progressos sociais deram a vida a essa processo, intensificando-se neste século, em uma constante relação de “acontecer” a que muitos chamam *pós-modernidade*.

Dentro desse contexto de mundo globalizado e liquidez dos padrões tradicionais de organização do Estado e das próprias empresas, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas tem sido considerada um dos temas mais relevantes da política criminal do século XXI. Como bem destaca Adán Nieto Martín, em sua obra sobre o tema: “No existe convenio internacional o, en nuetro ámbito regional, decisión marco o directiva europea que no requiera la sanción de las corporaciones. Siguiendo esta estela, los países de la Unión Europea han abandonado el viejo principio *societas delinquere non potest*, que pertenece ya hoy a la historia del derecho penal.” (SHECAIRA, 2015, p. 874-875).

O mesmo autor pondera que:

A despeito da Lei 9.605/1998 – a Lei Ambiental brasileira – apresentar inúmeros defeitos em sua estruturação interna, não pode ser ignorado o grande avanço que constituiu a inserção no ordenamento brasileiro da responsabilidade coletiva. Permitiu não só maior preventividade na esfera ambiental como também eliminou a perspectiva da postura mais radical (inversão do ônus da prova, adoção de tipos penais abertos, adoção de tipos de perigo de maneira desmedida etc.) no âmbito da responsabilidade individual. Ademais, como se sabe, grande parte dos delitos ambientais é praticado por pessoas jurídicas de direito privado, razão pela qual a simples adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica produziu um grande

concerto para maior observância da norma resultado de uma prevenção geral positiva. (SHECAIRA, 2015, p. 874/875).

Sem dúvidas, há discurso que alega ser um benefício se responsabilizar a pessoa jurídica no cometimento de crimes pois, pode, eventualmente, dar maior vazão à prevenção do meio ambiente. Contudo, é preciso estabelecer ainda parâmetros mais adequados de valoração, sob pena de uma indevida administrativização do Direito Penal.

Questões ainda ficam sem serem respondidas quando se pensa, por exemplo na criação ou no incremento do risco. Ou no dolo como intenção e conhecimento, na culpabilidade em face da exigibilidade de conduta diversa, potencial consciência da ilicitude ou imputabilidade, ou mesmo as prevenções da pena como pressuposto da culpabilidade.

A responsabilização de pessoas jurídicas em âmbito penal, que é estritamente subjetivo ainda precisa ser melhor compreendida e resolvida. Mas fato é que ela é aceita nos tribunais brasileiros, e necessário que este tópico fosse incluído no trabalho para dizer que, nos casos de crimes ambientais, quando houver verificação de seu cometimento no âmbito empresarial, poderá responder tanto o empresário, dentro de tudo que foi até aqui apresentado, quanto a própria pessoa jurídica.

Lembrando que esta pode responder, inclusive, sozinha, já que o Supremo Tribunal Federal já afastou a aplicação da teoria da dupla imputação para os crimes ambientais cometidos por empresas (STF. RE 548.181, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe-213 p. 30-10-2014).

5 CRIMINAL COMPLIANCE

Em decorrência dos efeitos da sociedade de riscos e da globalização inerentes à pós-modernidade, houve por certo efeitos sistêmicos sentidos em todas as esferas sociais. Nesse contexto, pode-se afirmar que é na seara penal que os resultados colaterais da modernidade podem ser percebidos de maneira ainda mais impactante, em face das consequências da persecução penal, que afetam a liberdade das pessoas.

Nesse novo cenário sobre o qual se passou a exigir do Direito Penal uma nova roupagem de suas categorias, também exigiu que fossem objeto de estudo determinados deveres de informação e de atuação no setor econômico-financeiro, exigindo dos empresários um novo olhar em virtude de fatores criminógenos.

Nos Estado Unidos da América que surgiu a ideia de um sistema de *compliance*, e de lá o termo foi importado. Seu início surge com o *Principles of the American Law*, um movimento que buscava que códigos de ética no âmbito empresarial fossem construídos e aplicados. (VALENTE, 2015, p. 136).

Com a quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque em 1929, teve início uma grave crise econômica (Grande Depressão), razão pela qual os Estados Unidos da América precisaram rever a concepção de mecanismos de intervenção na economia, dentre as medidas então adotadas, “optou-se pela criação de agências reguladoras que pudessem, a partir do Estado e da sociedade civil, estabelecer um controle vertical das atividades empresariais” (SHECAIRA; ANDRADE, 2011, p. 2).

Pois bem, com o desenvolvimento tecnológico aumentou a integração e a velocidade de circulação do capital e de pessoas, o que acarretou ainda maior impulso ao processo de globalização da econômica e, por conseguinte, os riscos de novas crises financeiras.

Leandro Sarcedo, tratando dos efeitos da crise e a criminalidade econômica, destaca:

[...] afirma que as práticas criminais protagonizadas por instituições financeiras e agências de qualificação de riscos, que redundaram na explosão da crise financeira que assola o continente europeu desde o ano de 2008, assim como as práticas anticorrupção que vêm sendo adotadas em nível global pelas empresas transnacionais, constituem-se nos fundamentos da nova estratégia preventiva de criminalidade econômica, as quais determinam em que medida poderá haver a superação de antigos conceitos dogmáticos sobre o tema. Aduz, ainda, que tanto a impossibilidade de

responsabilização penal da pessoa jurídica, quanto sua possibilidade, mais do que meros dogmas jurídicos-penais, são, ao final ferramentas político-criminais que encontram sua legitimidade e validade em seus próprios resultados empíricos e não em axiomas filosóficos. (SARCEDO *apud* NIETO MARTÍN, 2016, p. 28).

Nos Estados Unidos da América, fraudes corporativas ocorridas no início dos anos 2000 com a empresa Enron³¹, prejuízo aproximado de 60 bilhões de dólares, seguido de casos similares com a *WorldCom*, *Tyco* e *Adelphia*. Na Europa, pode-se citar como exemplos os casos da Parmalat, ocorrido na Itália em 2003, e do Banco *Barings*, tradicional banco inglês. Esses exemplos servem apenas para ilustrar a dimensão dessa nova criminalidade e das consequências advindas de práticas ilícitas no mundo dos negócios.

Certo é que, a partir do final do século XX, passou a integrar à realidade no mundo dos negócios, com maior intensidade, riscos relacionados à criminalização de condutas praticadas no exercício da atividade empresarial.

Nesse sentido, com a eclosão da crise dos *subprime* ou derivativos em 2008, a sociedade passou a questionar os mecanismos de regulação e controle dos sistemas financeiros como forma de proteção e prevenção das economias globais, surgindo, assim, a autorregulação³².

A partir disso, ensina Victor Valente:

Já nos anos 90, foi instaurado um novo mecanismo de contenção às políticas liberais das empresas, denominado *compliance programs* (programa normativo do governo corporativo ou, do espanhol, *cumplimiento normativo* ou, do alemão, *Haftungsvermeidung im Unternehmen*), constituindo-se em um programa de prevenção de riscos de responsabilidade empresarial por descumprimento de regulações. [...] Nos dias atuais, o art. 8º do *United States Sentencing Commission Guidelines Manual* confere tratamento ao *corporate governance*, estabelecendo as diretrizes para o julgamento e o processamento das organizações empresariais que não tenham instaurado os respectivos programas de prevenção de delitos em seu quadro – embora possa haver exclusão da responsabilidade empresarial se restar comprovado, no curso do processo, que a própria empresa tivera adotado

³¹ Em resposta ao escândalo do caso Enron, os Estados Unidos da América editam a Lei *Sarbanes-Oxley* (SOX) em 30 de julho de 2002, objetivando promover reformas nas práticas comerciais norte-americanas bem como implementar a exigência de programas de avaliação dos riscos e controles internos nas empresas.

³² Para Vital Moreira o conceito de autorregulação pode ser entendido de duas formas distintas: “Na primeira hipótese, a autorregulação pode ser, consoante os casos, ignorada, consentida, reconhecida, incentivada ou mesmo oficializada e cooptada pelo Estado. Na segunda hipótese a autorregulação é promovida pelo Estado como forma de desregulação estadual ou de prevenção de regulação estadual. Na primeira hipótese, a autorregulação espontânea traduz-se em geral no fenômeno de ampliação da regulação, criando-a onde ela não existia; na segunda modalidade, a autorregulação traduz em geral um processo de desregulação estadual ou uma alternativa a uma regulação pública que sem autorregulação se tornaria necessária” (MOREIRA, 1997, p. 60).

mecanismos dessa natureza. [...] Obtempera Martín que o padrão legislativo norte-americano, em especial o *corporate governance*, tem penetrado pelos diversos ordenamentos europeus em um processo de “americanização”, com marcante influência do *Sarbanes Oxley Act* [...]. (VALENTE, 2015, p. 136-137).

Tudo isso denota uma nova configuração da relação entre Estado e sociedade com um crescente protagonismo do sujeito privado, relegando à administração pública um caráter secundário, cujas funções devem se adequar a esse novo cenário.

Em razão das inspirações que os latinos-americanos costumam buscar nas legislações e na cultura jurídica europeias, tal sistema de prevenção e delimitação de responsabilidades vem ganhando espaço no Brasil³³.

Dessa forma, é incontroverso que a cultura de *compliance* “foi reclamar do Direito Penal reforço para a gestão de deveres, incorporando-o como uma estrutura de governança” (SILVEIRA, 2014, p. 117). E isso sem mencionar a relação entre infrações econômicas e desenvolvimento socioeconômico.

Assim, lembra Valente:

No Brasil, a conscientização sobre a adoção de programas de *compliance* tem apresentado um aumento acentuado nos últimos anos, principalmente pelo desenvolvimento da economia brasileira em nível mundial e o aumento do investimento estrangeiro direto. Entrementes, em cotejo com países de mercado mais maduro, ainda subsiste um esfacelamento cultural, pois o direito brasileiro ainda encontra-se vagarosamente jungido à esfera administrativa, enquanto a maioria das legislações tem firmado uma política de autorregulação tanto na área penal como administrativa. (VALENTE, 2015, p. 140).

Nesse sentido, há interpenetração entre o *compliance* e o Direito Penal, dando-se azo ao que denomina *criminal compliance*: trata-se de técnica de criminalização no quadro corporativo, destinando-se ao aprimoramento dos controles internos da empresa, capaz de mitigar os riscos e monitorar as atividades do negócio, seja fomentando códigos de conduta seja estimulando um canal de denúncias, de

³³ No Brasil, a Lei nº 9.613/1998, com a nova redação dada pela Lei nº 12.683/2012 (Lei dos Crimes de “Lavagem” ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores) criou o COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras, cuja objetivo é identificar, disciplinar e aplicar penas administrativas às atividades ilícitas praticadas, nos termos desta Lei. Nesse sentido, trouxe, como verdadeiros deveres de *compliance*, as obrigações previstas nos seus arts. 10 e 11, que devem ser cumpridas pelas pessoas físicas ou jurídicas indicadas no art. 9º. E mais, além daquelas pessoas previstas no art. 9º da Lei, os administradores das pessoas jurídicas que, na hipótese de descumprimento das obrigações descritas nos arts. 10 e 11, os quais poderiam ser considerados deveres de *compliance* impostos por lei, sujeitos às penalidades previstas no art. 12.

monitoramento e de treinamento de pessoal, em homenagem à ética e à integridade corporativa.

No entender de SILVA SÁNCHEZ, o *compliance* delega às empresas as funções de prevenção do ilícito típicas do Estado, gerando efeitos tanto na responsabilidade penal das pessoas físicas como das pessoas jurídicas. Destarte, constitui-se em dever penalmente destinado às pessoas físicas, assim como em programa de neutralização dos defeitos da organização no âmbito da pessoa jurídica (SILVA SÁNCHEZ, 2016, p. 195-196).

Na Alemanha, por exemplo, a tipificação dos delitos destinados ao empresário tem aumentado significativamente, sobretudo com a criminalização de condutas afetas à eficiência do programa do *compliance*. É o exemplo do caso da contravenção penal de infração às medidas de vigilância necessárias para impedir lesão a deveres da empresa, com pena prevista de até dois milhões de euros ao titular da empresa, representante ou diretor omissos, ainda que culposamente (§130 da OwiG) (VALENTE, 2015, p. 138).

Mas é com base na sociedade de riscos e na globalização que há um terreno propício para o surgimento de um mecanismo que vem ganhando adeptos e se mostrando uma importante ferramenta de, inclusive, permitir uma aplicação do Direito Penal, quando necessária, de forma garantista.

Nesse sentido, foi preciso buscar sistemas mais eficazes de controle interno das atividades, a fim de evitar danos à cooperação e responsabilização de toda sorte. Assim, a pessoa jurídica, por meio da alta administração, passou a conceber, implantar e monitorar controles internos para evitar riscos e intervenção penal.

5.1 Conceito de *Compliance*

De uma forma geral, o *criminal compliance* é visto como instrumento de detecção e prevenção de delitos em decorrência da atividade empresarial, cujo objetivo precípua é evitar a responsabilização criminal da Organização e de seus dirigentes.

Pode-se dizer que uma Organização “em *Compliance*” é aquela que, por cumprir e observar rigorosamente a legislação à qual se submete e aplica princípios éticos nas suas tomadas de decisões, preserva ileso sua integridade e resiliência, assim como de seus colaboradores e da Alta Administração.

Sobre as questões fundamentais envolvendo o *criminal compliance*, assevera Thomas Rotsch:

Una primera particularidad fundamental reside en el objetivo del Criminal Compliance. En la mayoría de los casos se circunscribe éste a la evitación de la responsabilidad (Haftungsvermeidung). Esto (sólo) es cierto en el sentido de que en lo que al consejo de administración se refiere, por regla general, se trata únicamente de que no nazca ya desde un principio la responsabilidad penal. Quien por el contrario tome sólo en consideración el objetivo de la evitación de la responsabilidad como tal, corre el peligro de pasar por alto que con una semejante estrategia de Compliance dirigida de forma singular puede decaer ciertamente la responsabilidad penal de la dirección empresarial, pero dado que la dirección de la empresa generalmente puede descargarse a través de (y sólo a través de) una organización cuidadosa y en especial a través de la delegación, la responsabilidad penal no se diluye sin dejar rastro en la empresa, sino que en cierto modo se transfiere a los trabajadores subordinados (ROTSCH, 2012, p. 5).

Em tempos de expansão do Direito Penal, principalmente na criação de tipos penais econômicos (com notável importância às condutas omissivas), faz-se necessário compreender melhor a atividade da empresa sob o enfoque do comprometimento com as normas penais.

Desse modo, muito se discute a respeito da autorregulação e os seus efeitos na gestão das empresas, aqui pensados no âmbito criminal. Assim, “sempre que houver, em um programa de *compliance*, cuidado para a não-violação de normas penais, haverá, também, *criminal compliance*” (FARIA; BRODT, 2016, p. 202).

Neste caso, busca-se estabelecer padrões de conduta visando a atuação da organização sobre os respectivos negócios e ações corporativas, com o escopo de reduzir os riscos de responsabilização penal.

Afinal, além das agruras possíveis em decorrência da persecução penal – estigmatização, exposição midiática, presunção de culpa, dentre outras misérias do processo, como diria Carnelutti –, o envolvimento da empresa ou de seus representantes com um processo penal corrói a imagem da corporação perante o mercado e a sociedade, impactando, inclusive, no *valuation*³⁴.

Em termos gerais, o *compliance* abarca as seguintes responsabilidades jurídicas: (i) no direito privado, por danos provocados em nível extracontratual, como ocorre no direito civil, ou pelo descumprimento contratual, com a incidência de

³⁴ *Valuation* poder ser compreendido como o conjunto de elementos econômicos que compõem o valor (justo) da empresa.

sanções indenizatórias preestabelecidas; (ii) no direito administrativo, pelo descumprimento de normas legais e regulamentares, sobrepondo-se a função administrativa sancionadora; e (iii) no Direito Penal, pela prática de infrações penais legalmente reconhecidas (VALENTE, 2015, p. 138).

Carla Rahal Benedetti, ao definir esse novel instituto, assevera que:

Entendemos, por assim dizer, que o instituto do *Compliance* pode ser definido como um conjunto de regras e regulamentos impostos a todos os colaboradores de uma empresa, incluindo-se a gerência e a diretoria, que tem como escopo estar em conformidade com as leis pertinentes à sua área de atividade, buscando, com isso, evitar ou mitigar os seus riscos e preservar sua imagem, credibilidade e reputação perante seus clientes e a sociedade. Para efeito de gerenciamento do *Compliance*, são criados os chamados *Compliance Officers*, compostos por profissionais dotados de *expertise* técnica e de gestão para avaliar os riscos e criar controles internos na empresa com objetivo de prevenir ou minimizar os riscos de responsabilidade legal. (BENEDETTI, 2014, p. 81).

O *compliance* pode ser dividido em dois campos de atuação: um, de ordem subjetiva, que compreende regulamentos internos, como a implementação de boas práticas dentro e fora da empresa e a aplicação de mecanismos em conformidade com a legislação pertinente à sua área de atuação, visando prevenir ou minimizar riscos, práticas ilícitas e a melhoria de seu relacionamento com clientes e fornecedores. O outro campo de atuação é de ordem objetiva, obrigado por lei, como é o caso da Lei de Lavagem de Dinheiro.

No âmbito subjetivo há uma imposição ético-legal implícita, podendo optar a empresa em instituir, ou não, o instituto do *compliance*. Já na faceta objetiva, o *compliance* é exigência legislativa que alcança tanto as pessoas quanto as suas obrigações, bem como as instruções para o seu cumprimento. Vale dizer que, em ambos os casos, tem-se como premissa o caráter preventivo de ilícitos.

O *compliance* exsurge no mundo globalizado, é certo, como uma das novas facetas do controle da economia e da ordenação das atividades estatais voltadas à consecução de direitos, daí sua aproximação com o Direito Penal econômico, a implicar, inclusive, sua aproximação com o direito de intervenção (como se observará adiante) e a Nova Lei Anticorrupção.

A respeito da finalidade do *compliance*, ensina Ulrich Sieber:

Respecto al contenido del Compliance, es claro que se busca impedir la comisión de infracciones en las que la empresa podría incurrir, de acuerdo con los objetivos y valores en los cuales se fundamenta la empresa. Lo interesante es la transversalidad del Compliance, pues no solo se consideran

los intereses de la empresa, entendidos como los objetivos de los accionistas o propietarios, de los funcionarios que ostentan altos cargos o de otros trabajadores, sino que también incluyen intereses de terceras personas, de socios comerciales, de distintos individuos, empresas o agencias que podrían verse afectadas por las actividades de la empresa (SIEBER, 2013, p. 70).

Por todos esses aspectos, o *compliance* guarda relação intrínseca com o Direito Penal econômico e empresarial, tendo se tornado objeto de reflexão face a proliferação da delinquência econômica, eis que políticas de tal natureza são necessárias para a prevenção e persecução dessa forma de criminalidade.

Para Silva Sánchez, o *compliance* propicia, em um estágio *ex ante*, a sistematização de um modelo de vigilância dos superiores sobre seus subordinados, de sorte que o princípio da desconfiança é substituído pelo princípio da confiança nas relações verticais (SILVA SÁNCHEZ, 2016, p. 195-196).

Esse panorama demanda uma mudança na orientação dogmática e político-criminal do Direito Penal até então aplicável aos negócios, despertando a necessidade de incorporação de novos mecanismos de prevenção de riscos nas organizações empresariais, eclodindo um sistema de gestão de riscos à luz do Direito Penal Empresarial (BACIGALUPO ZAPATER, 2013).

Assim, o Direito Penal econômico passou a se voltar, preponderantemente, aos problemas do negócio e da empresa, com vista a uma atuação preventiva mais ampla que a habitual. Vale dizer, o Direito Penal incide em um momento prévio à realização de condutas delitivas e ao devido processo legal, incorporando uma tutela prospectiva.

Nessa perspectiva, a concepção tradicional de riscos do negócio tem sido refundada, pois o moderno risco empresarial pode representar um risco econômico de elevada magnitude, a ponto de gerar danos incomensuráveis e vertiginosos. Daí a necessidade se buscar ferramentas que possam evitar prejuízos financeiros e, acima de tudo, a responsabilização criminal da pessoa jurídica e de seus dirigentes.

Importa destacar, para que haja uma efetiva implementação e utilização eficaz do programa de *criminal compliance*, tem-se a figura do *compliance officer*, também denominado de investigador privado, encarregado ou responsável pelo cumprimento ou *gatekeeper* (SCANDELARI, 2015, p. 161-162).

Segundo Carla Rahal Benedetti, *compliance officer* vem a ser a pessoa dotada da *expertise* técnica para elaborar e gerenciar a aplicação do programa de *compliance*, incumbirá a ele a função de avaliar riscos, coordenar o programa de

integridade e comunicar o órgão responsável quando constatar eventuais falhas (BANEDETTI, 2014, p. 81).

Para Bacigalupo, o *compliance officer* tem o dever de vigiar, assessorar, advertir e avaliar os riscos legais de gestão em conformidade com a legislação e com os princípios éticos atinentes à atividade.

Em termos gerais, o *compliance officer* assume a posição de garante por delegação, pode-se dizer que ele deverá zelar pelo desenvolvimento e aprimoramento das políticas da empresa e dos controles internos de gestão dos riscos. Ele assume a posição de gestor da *criminal compliance* e possuirá poderes específicos para essa atuação, os quais serão definidos no contexto dos riscos específicos da empresa (SÁNCHEZ RIOS; ANTONIETTO, 2015, p. 349).

Na concepção de Planas, o compliance officer tem papel de destaque no estudo desse novo instituto jurídico:

O fundamento desta responsabilidade reside em que a *organização da empresa em diversos níveis de pessoas não exonera ao órgão diretivo da obrigação de evitar que em tais níveis surjam perigos para os demais*. Mais relevantes que o fundamento desta responsabilidade são as questões relativas à sua concreção. Por um lado, a questão de *quais perigos concretos* derivados da atuação dos empregados são os que se integram na posição de garantia dos órgãos de direção e, por outro, *quais medidas de vigilância e controle são exigíveis* para afirmar seu adequado cumprimento.

[...]

O cumprimento deste dever de garante se produz mediante a adoção de mecanismos de vigilância sobre os cursos ou processos próprios da atividade empresarial que podem implicar perigos para terceiros, incluindo aqueles provocados pelos subordinados. Tal dever incumbe primariamente à direção da empresa – órgão de administração -, ao passo que ao assumir a direção e o controle da empresa se assume também a evitação dos perigos que dela surjam. (PLANAS, 2016, p. 250/251).

Por fim, em relação aos elementos fundamentais para estruturação do *criminal compliance*, permita-se sintetizar o ensinamento de Ulrich Sieber, a saber: (i) definição dos valores e das finalidades a serem observados tanto pela corporação quanto por seus empregados, (ii) procedimentos para evitar a delinquência corporativa, com a criação de seção especializada na empresa (seção de *compliance*) e destinada ao esclarecimento dos empregados; (iii) instalação de um sistema de informação para a descoberta de delitos, estabelecendo o controle interno pessoal e material, deveres de informação, sistema de informante para a recepção de informações anônimas, canal de denúncias etc; (iv) controladores internos e externos,

(v) elucidação de medidas sancionatórias internas, e (vi) criação de estruturas de incentivo de todas as medidas mencionadas (SIEBER, 2013, p. 298).

5.2 A função delimitadora da imputação de responsabilidade criminal decorrente da atuação empresarial

Para evitar esses efeitos tão nefastos aos negócios, é de se ver que um dos maiores problemas relacionados ao risco corporativo decorre muitas vezes da imprecisa descrição do fato típico (*v.g.* crimes omissivos impróprios e crimes de perigo abstrato) e do conseqüente grau de incerteza acerca da responsabilidade empresarial, em especial aos aspectos relacionados ao dever de vigilância no contexto da Organização.

Não há dúvida de que o *criminal compliance*³⁵ pode ser considerado como um importante instrumento de mitigação de riscos no atual cenário econômico, inclusive no tocante aos deveres de supervisão, por meio de mecanismos que possibilitam antecipar eventuais fragilidades, seja em relação aos dirigentes das empresas, seja em relação aos subordinados que irão executar determinada ordem ou que assumem parcela de poder daqueles.

Nesse sentido, ao tratar do *compliance* e da responsabilidade criminal dos dirigentes empresariais, Renato Silveira faz importante colocação destacando a interface entre o novel instituto e o crime omissivo impróprio:

na verdade, a onda que parece ser mais que verificada, verdadeiramente assolando meio mundo acerca da influência da construção do *compliance* junto ao Direito Penal, só pode ser explicada por meio da compreensão da omissão imprópria. Entretanto, a recíproca, hoje, também se mostra verdadeira, em especial em países onde essa previsão é legalmente expressa (SILVEIRA, 2016).

Mir Puig denomina *compliance* como sendo:

[...] *las medidas de prevención a través de las cuales las empresas pretenden asegurar tanto el cumplimiento de las normas aplicables a la misma y a sus trabajadores, como la denuncia y eventual sanción de sus infracciones.* (MIR PUIG, 2014, p. 91).

³⁵ Praticamente todos os escritos fazem menção à origem etimológica da expressão *compliance*, o termo, originário do verbo inglês “*to comply*”, significa cumprir, executar, satisfazer ou realizar algo imposto. Mais recentemente, o entendimento tem sido o de comprometimento com as normas.

Mas além dessas funções, extrai-se um importante conceito utilizado na elaboração do programa de *compliance*, qual seja a análise e gerenciamento de riscos, ferramenta há muito conhecida no ambiente corporativo, que agora, acredite-se, passa a ser de grande valia na seara penal.

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 controle na autorregulação. A partir de então, passa-se à pretensão do sopesamento das questões de responsabilidade pelo eventual *non compliance*, ou seja, pelo não cumprimento dos deveres de vigilância.

Com amparo em estudos técnicos específicos e modelos matemáticos, conhecimentos de estatísticas e probabilidades, é possível conhecer e dimensionar os perigos envolvendo a atividade empresarial e, por conseguinte, possíveis fatores criminógenos.

Do ponto de vista criminal, sabendo que o risco é inerente a qualquer atividade econômica, passa-se a demarcar quais atividades são mais ou menos propensas a riscos, identificando, inclusive, situações nas quais o dirigente (garantidor) precisa adotar medidas adicionais em busca de evitar resultados lesivos aos bens jurídicos penalmente protegidos.

Vale dizer, a questão ganha relevo ao se pretender mitigar riscos tocantes ao Direito Penal Empresarial, pois haverá relação direta com o problema da delegação de poderes e a posição do empresário garantidor frente à necessidade de vigilância sobre seus subordinados.

O problema relativo à autoria é um velho conhecido do Direito Penal. Normalmente a jurisprudência brasileira tem por hábito simplifica-la de maneira dramática e perigosa. Tal perigo é bastante acentuado quando se lida com situações-limite, como a de novas fronteiras penais, como no caso de se saber quem é o responsável pelo cumprimento dos deveres impostos, ou, aqui melhor pontuando, de atribuição de responsabilidades penais individuais pelo não cumprimento de deveres inerentes às empresas, vistos nos *compliance programs* (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015).

Como já acentuado, este tema fica muito mais agudizado quando se trabalha em um âmbito empresarial, já que podem-se verificar distinções, como as efetuadas por Schüneman, entre criminalidade de empresa – cometida em favor da empresa –

e criminalidade na empresa – em relação aos cometidos dentro da empresa por um de seus órgãos contra outros ou contra si mesma, destacando-se, repise-se, a realidade intraempresarial. Esta, por si só, já é bastante complexa, devendo-se recordar das múltiplas facetas das próprias divisões funcionais de trabalho em termos horizontais ou da própria hierarquia, em termos verticais.

Imagine-se a dificuldade de verificação de responsabilidades em um ambiente onde os chefes hierárquicos dão ordens a gerentes intermediários que por sua vez dão comandos à base da estrutura piramidal de poder, que, por sua vez, executa determinada conduta (ação ou omissão).

Segundo Mansdörfer, ao tratar do problema da responsabilidade individual nos grupos, o trabalhador pode perder a sensibilidade para perceber alguns riscos que permeiam a sua atuação. Daí a necessidade de informações para que esteja em condições de atuar de maneira segura. Nesse ponto, sobressai um importante fator criminógeno no campo dos crimes empresariais, o qual pode influenciar a responsabilização criminal individual em grandes estruturas marcadas por uma ampla fragmentação das atividades laborais e uma significativa distribuição de competências entre as diversas camadas de gestão (MANSDÖRFER, 2007).

Desse modo, o modelo de gestão dos negócios e a forma em que é estruturado é fator relevante a ser considerado, sendo certo que estender o poder de decisão a várias pessoas poderá minar o controle de prevenção de riscos.

As situações são de tamanha gama de possibilidades, que, em termos genéricos de Direito Penal Econômico, não existe solução única. Conforme previsto no artigo 29 do Código Penal, há concurso de pessoas quando alguém de qualquer forma, concorre para um crime, incidindo nas penas a este cominadas, cada agente na medida de sua culpabilidade. De forma mais específica, afirma-se que há concurso de pessoas quando houver pluralidade de pessoas e de condutas, relevância causal entre a conduta e o resultado, vínculo psicológico entre os agentes e identidade de crime.

Outra situação, *v.g.*, diz respeito ao garantidor. O Código Penal brasileiro, prevê, em seu art. 13, §2º, que “a omissão é penalmente relevante quanto o omitente devia e podia agir para evitar o resultado”. E mais, esse dispositivo legal estabelece que o dever de agir incumbe a quem tenha por lei a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; ou que com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. A

questão de identificar o garantidor pode se mostrar complexa, notadamente ao se pretender estabelecer uma responsabilidade por fato de terceiro, no âmbito empresarial.

Essa concorrência criminosa, no entanto, e na esfera empresarial, pode gerar dificuldades conceituais de estipulação de responsabilidades. Não se trata, aqui, de uma busca de responsabilidade colateral, cuja resposta poderia ser encontrada ainda que com objeções, em conceitos como o de coautoria ou de autoria mediata.

Acrescenta-se, nessa esteira, que o risco da atividade econômica é duplo. Não somente o risco econômico empresarial deve ser ponderado pelos interessados, há também o risco de se comportar de maneira penalmente relevante e menos previsível do que na esfera do Direito Penal nuclear (Direito Penal clássico). Nos delitos econômicos é mais difícil encontrar medidas eficazes para prevenção de crimes. Logo, a análise dos elementos da responsabilidade penal, de forma antecipada, é um fator indispensável no gerenciamento de riscos (ROTSCH, 2015).

A implicação aqui pretendida visa, especificamente, buscar atribuição de responsabilidade através de um delito especial do dirigente da empresa, que muitas vezes, em sua atuação, acaba por não impedir condutas criminosas de seus subordinados.

A via mais comumente aceita nesses casos é a omissiva, por onde se encontra uma alternativa para a responsabilidade criminal de empresários que não fizeram o que era possível, e exigível, para evitar a execução de um ato lesivo. Tem-se, assim, que os superiores hierárquicos em uma estrutura empresarial podem se encontrar em uma posição de garante, assumindo um dever de vigilância para com os acontecimentos dados naquela dimensão empresarial. A busca de responsabilidade desses sujeitos especialmente obrigados gera diversos problemas práticos (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015).

Evidentemente, não se espera, com isso, que o empresário assuma a obrigação de evitar toda e qualquer ocorrência criminosa na empresa, mas, apenas, o que se entende por delitos vinculados ao estabelecimento. Mesmo assim, situações-limite pareciam de difícil solução.

Acredita-se que a principal utilidade do *criminal compliance* ainda está por vir. Todos os fatores acima são importantes mecanismos de mitigação de riscos, mas o conhecimento denodado da atividade da organização tem ainda outro fator: a delimitação da responsabilidade penal de dirigentes e gestores. Contribuição

importante não só do ponto de vista da dogmática penal, como também do processo penal e, por que não dizer, da política criminal.

Criam-se mecanismos de controle corporativo que permitem mapear o processo decisório interno com a participação de todos os setores e agentes. É justamente saber quem, e em qual situação, está na condição de garante, assumindo o dever de vigilância para com os outros a ele subordinados e tomando as cautelas necessárias no cumprimento dos deveres.

Nesse contexto, emergem as necessárias percepções entre ação e a omissão, e de como o risco há de ser administrado em cada situação. Não se trata aqui de tecer considerações sobre o risco proibido, pois isso implicaria ativamente atuar em uma seara não permitida.

Nesse campo, as dúvidas ou auto indagações do Direito Penal seriam reduzidas. Trata-se, sim, de verificar a zona cinzenta de trabalho com vista à omissão. Gómez-Jara Díez menciona, nesse aspecto, que a tríade sociedade/estado/empresa, na feliz construção de Heine, acaba por gerar uma mínima vinculação entre *know-how* técnico, a consciência do risco e a predisposição à reponsabilidade. “A avaliação, portanto, de que o sucesso empresarial deriva, em sua medida, de um gerenciamento de risco, é fundamental para a construção do que pode ser visto sob a abrangência do Direito Penal” (SILVEIRA, 2016, p. 135).

Corroborando desse entendimento, Carla Rahal Benedetti sustenta que

O *Criminal Compliance* surge como uma ferramenta de prevenção de ilícitos criminais, mas também e principalmente, como instituto de transferência de responsabilidade penal, que possibilita a individualização da conduta praticada de todos os envolvidos na empresa (BENEDETTI, 2014, p. 92).

Nesse sentido, a efetiva adesão ao programa permite aliar a *praxis* empresarial às normas legais (objetivas) e de condutas (subjetivas), o que a referida autora chama de “gerenciamento coletivo”, ou seja, um gerenciamento simultâneo de todas as pessoas atuantes na empresa, “umas em relação às outras, pois o sucesso no cumprimento das responsabilidades de um, em não raras vezes, dependerá da realização adequada das responsabilidades de outro” (BENEDETTI, 2014, p. 126).

Nessa perspectiva, a sistematização do *Criminal Compliance*, juntamente com o aprimoramento dos mecanismos de gerenciamento de risco, permitem dizer que o futuro do Direito Penal repousa na atuação *ex ante*, não só para evitar o fato punível,

mas, sobretudo, na construção de caminhos que permitam aclarar a responsabilidade individual em grandes grupos econômicos, constituindo, ainda, meio de defesa, desde que conte com a participação de especialista, porquanto “*el experto em derecho penal es una pieza esencial para canalizar correctamente la fuerza autorreguladora de la entidad y para que además la empresa no sienta que sus esfuerzos preventivos no sirven de nada*” (FRANCO; SCHEMMELE; BLUMENBERG, 2013, p. 160).

O *Criminal Compliance*, ou programas de *cumplimiento* (SÁNCHEZ, 2013, p. 100) é uma forma de autorregulação, na qual a própria empresa toma, guardada as devidas proporções, a função de prevenção de ilícitos. Esse papel é de maior importância, inclusive quando se pensa nas funções do Direito Penal no contexto do Estado Democrático de Direito.

Todavia, insta lembrar que o *Criminal Compliance* não pode ser visto como uma expansão da persecução penal delegada à empresa. Em verdade, se compreendido e praticado da forma correta, será forma de evitação de resultados danosos. E, em caso de sua ocorrência, uma forma que colabora na delimitação da responsabilidade penal, que até então, no caso das grandes empresas, tem recaído sob o corpo diretivo de forma meramente objetiva.

Assim, ensina Silva Sánchez:

Compliance significa, así, em buena medida, «autovigilancia» (*Selbstüberwachung*). Ello, aunque es obvio que los programas de cumplimiento no se circunscriben a la adopción de medidas de vigilancia (controles, determinación de flujos de información). También se integran con medidas positivas de formación, que tratan no solo de neutralizar factores culturales o dinámicas de grupo favorecedoras de hechos ilícitos sino también de incentivar culturas de grupo de fidelidad al Derecho. (SÁNCHEZ, 2013, p. 100).

E, é nessa medida que se relaciona com as funções preventivas da pena e com a proteção de bens jurídicos, como o próprio Silva Sánchez demonstra:

En esta medida, la cultura del *compliance* se enmarca en la tradición de aquella variante de la prevención general positiva que hunde sus raíces en la doctrina de Welzel sobre el fomento de los valores ético-sociales de la acción como vía de protección indirecta de los bienes jurídicos. (SÁNCHEZ, 2013, p. 100)

Destarte, a partir desse novo cenário, o papel do *Criminal Compliance* como instrumento delimitador da responsabilidade penal do garantidor no âmbito do Direito

Penal Empresarial, fincando raízes na necessidade de se delinear elementos que possam restringir a imputação penal no âmbito de grandes corporações. O pano de fundo é a salvaguarda do princípio da legalidade e da intervenção mínima, tão caros à ordem jurídica democrática, que, *a contrario sensu*, vem sendo costumeiramente vilipendiados em tempos de expansão penal e constante inflação legislativa.

Em última medida, diante da gravidade dos meios que o Estado se utiliza para repreender delitos, normalmente sujeitos a interpretações não tão claras no meio empresarial, torna-se indispensável a existência do *Criminal Compliance* como mecanismo para conter o punitivismo estatal³⁶, visando preservar e respeitar os direitos e garantias individuais.

³⁶ Não se pode esquecer as palavras de Silveira: “Já se disse em outra sede que o *criminal compliance* está a se mostrar como um dos maiores desafios do Direito Penal atual. Isso é uma verdade já sabida. A nova dúvida a ser posta é de outra ordem. Diz respeito, sim, a como pretender setorizar as imputações penais por delitos verificados dentro do âmbito empresarial, em especial quando são estabelecidos novos papéis de garantes. Não mais se trata, simplesmente, de pretender responsabilizações por intuição do operador do Direito, mas, sim, de se estabelecer o papel de responsabilidade de cada qual. Somente assim, poderia se pretender almejar um mínimo de segurança jurídica na construção do que se pretende por um Direito Penal Empresarial” (SILVERA, 2016, p. 245).

6 CONCLUSÃO

O desenvolvimento econômico, especialmente nas últimas décadas, foi acompanhado por um incremento do risco social e pela expansão do Direito Penal, afetando o paradigma tradicional da atividade empresarial que até então dedicava atenção aos riscos econômicos próprios do negócio.

Em face das inovações tecnológicas e da globalização é possível perceber a produção de riscos múltiplos, muitas vezes de difícil identificação. Certo é que condutas perigosas são inerentes à sociedade pós-industrial, tomadas em diversas dimensões da atividade humana.

Desse modo, hodiernamente, ao contexto econômico-empresarial, soma-se agora a noção de riscos decorrentes da responsabilização penal. Afinal, dentre os efeitos da sociedade de riscos, tem-se o surgimento de uma tendência à inflação legislativa. Tudo isso gerou uma indevida descaracterização do Direito Penal como um direito de *ultima ratio*, desrespeitando aspectos básicos ligados aos princípios da legalidade, intervenção mínima, fragmentariedade e responsabilidade penal subjetiva.

Vale dizer, o Direito Penal da sociedade de risco – principalmente no que diz respeito às atividades econômicas – vem se caracterizando pela multiplicação de normas que regulam todos os âmbitos de atuação social, e as empresas passaram a destinatárias de um relevante número dessas normas que, além de muitas vezes complexas, impõem graves consequências penais.

Não obstante a necessidade de uma nova visão dos institutos de Direito Penal, verificou-se que a teoria tradicional do crime, com suas categorias habituais de imputação, apesar de se estruturar a partir da lógica da criminalidade de natureza individual, pode apresentar repostas para o Direito Penal Econômico, desde que respeitadas as garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Não obstante a dificuldade em identificar e individualizar a responsabilidade criminal no âmbito empresarial, não se pode abandonar os requisitos fundamentais do Direito Penal liberal, especialmente a vedação à responsabilidade objetiva, corolário do princípio da culpabilidade.

Todo esse cuidado em não desvincular as bases do Direito Penal à persecução penal no âmbito empresarial serve para evitar que pessoas sejam responsabilizadas criminalmente apenas em função do cargo ocupado, quando deveria se verificar a

conduta praticada. Ora, não se pode tolerar um indevido direito penal do autor ou qualquer flexibilização de garantias em prol do direito penal do inimigo.

O pano de fundo deve ser o garantismo penal, que visa uma aplicação de um direito penal mínimo. Nesse ponto, não se pode confundir direito penal mínimo com abolicionismo ou incentivo à impunidade. Em verdade, o garantismo penal visa uma aplicação racional do Direito Penal, colaborando para evitar que a esfera criminal fracasse e tenha função meramente simbólica.

Importante destacar que a função do Direito Penal, especialmente no contexto das sociedades democráticas contemporâneas, é reduzir e conter o poder punitivo, dentro de limites menos irracionais possíveis.

Decerto, diante da expansão do Direito Penal, é preciso buscar mecanismos que permitam mitigar riscos e possam trazer maior segurança jurídica nas relações econômicas.

Neste contexto, a discussão acerca da adoção de políticas internas de prevenção e de gerenciamento do risco na atividade empresarial, através de sistemas denominados de *compliance*, tem ganhado espaço, a fim de incentivar a adoção e a implementação de regras internas.

Portanto, em meio ao caos dogmático e a instabilidade jurídica no âmbito da atividade empresarial, acredita-se que o *compliance*, mais precisamente o criminal, poderá ser uma luz no fim do túnel no enfrentamento do expansionismo penal e da cultura do encarceramento.

A partir do que se entende por programa de cumprimento, se riscos penais podem ser objetivamente previsíveis, a finalidade da implementação dos programas de integridade perpassa pela criação de mecanismos de controle e reação frente a sua eventual ocorrência.

Mas a grande pergunta é como o *Criminal Compliance* pode auxiliar na dogmática jurídico-penal.

Acredita-se que o presente trabalho demonstra que o *Criminal Compliance*, se não conseguir prevenir um resultado penalmente relevante, terá ainda outras repercussões no âmbito da responsabilização penal. Não como uma forma de expansão do Direito Penal, como pretendem alguns, mas justamente como uma forma de limitação do poder punitivo estatal.

Assim, foram vistas as categorias da dogmática que diretamente são influenciadas pela implantação dos programas de *Criminal Compliance* e que podem

resultar, quando nada, em uma delimitação da responsabilidade. Por isso, compreendeu-se o papel do dolo e da culpa na teoria do delito bem como a responsabilidade penal do garantidor, a responsabilidade penal da empresa e do empresário, a influência do princípio da confiança para esta delimitação, além da compreensão da teoria do domínio do fato, mas acima de tudo sua influência na imputação objetiva.

Não se nega uma possível repercussão do instrumento de *Criminal Compliance* no âmbito inclusive da culpabilidade face a exigibilidade de conduta diversa, ou dirigibilidade, como propõe Roxin, nem mesmo no processo penal como meio de prova da responsabilidade.

Mas para além. Acredita-se que um dos grandes momentos de influência de um programa de *Criminal Compliance* na teoria do delito é, sem dúvida, na imputação objetiva. Afinal, como visto, esta é uma nova forma de avaliar o nexos causal, sendo, na verdade, um nexos de imputação que se faz àquele que criou ou incrementou um risco. Não se pode esquecer também, como ensina Ronan Rocha, do nexos de evitação do resultado, no caso dos crimes omissivos impróprios e o papel do garantidor.

Com efeito, a partir do momento que se admite que o risco é inerente à atividade econômica, incluído nesta o risco penal empresarial, é preciso buscar mecanismos de identificação, classificação e controles para a sua mitigação. Ao assumir a direção de uma empresa se assume, por conseguinte, a obrigação de não criar ou incrementar riscos não permitidos, como também a necessária evitação de perigos que da atividade possam surgir.

Nesse sentido, com a efetiva aplicação e validação dos programas, elaborado por profissional especializado (*compliance officer*), tem-se um maior controle das ações e delegações de responsabilidade. Afinal, um dos maiores fatores de riscos está juntamente na delegação de poderes e funções a quem tem conhecimento e capacidade técnica para executá-las, pois quem delega mal acaba assumindo o risco pelo resultado.

O *compliance officer* atua por delegação do corpo diretivo da empresa, permanecendo os diretores e gestores em geral com uma parcela de suas competências e responsabilidades iniciais. Com isso, os deveres daquelas pessoas em posição de comando passam a ser residuais. Mantendo-se, basicamente, na coordenação e vigilância da atuação dos indivíduos delegados. Vale dizer, o

compliance officer assume a posição de garante assessorio da evitação de delitos no âmbito empresarial. Todavia, qualquer que seja a obrigação e os poderes estatuídos no programa, é imprescindível que cada pessoa expresse livremente a sua aceitação da posição de garante.

Ademais, é preciso criar uma rotina seguindo parâmetros analíticos de riscos a serem seguidos pelo corpo diretivo e colaboradores. Apesar de existir campo fértil para interpretações das mais diversas possíveis, precisamos nos valer de medidas que possam trazer segurança aos dirigentes no exercício de suas atividades. A tarefa de delimitação de responsabilidade criminal em organizações empresariais complexas não é simples e não há uma fórmula exata. Afinal, quanto maior e mais complexa a empresa, mais genéricos se tornam os deveres dos dirigentes.

Em qualquer hipótese, uma análise mais aprofundada para entender quais são as funções e responsabilidades específicas de cada um, o que ser estruturado junto aos programa de cumprimento. Vale dizer, mapear os controles e processos decisórios afetos a cada um dos envolvidos na operação. Esse estudo deve ser interdisciplinar. Para tanto, é necessária análise da estruturação de tomada de decisões internas e da legislação pertinente, relacionando-as ao Direito Penal sempre com o objetivo de demonstrar que todas as condutas estão sendo praticadas de modo a mitigar o risco e no sentido de evitar o resultado lesivo (teoria da evitabilidade).

Em síntese, é preciso demonstrar que tudo aquilo que se espera de um gestor, qualquer que seja seu nível, está sendo feito, ou seja, tentar estabelecer uma correspondência entre o *dever* de agir e o que de fato está sendo realizado no dia a dia da atividade empresarial.

Frise-se, com base no que foi sustentado no trabalho, o *Criminal Compliance* está intimamente relacionado à mecanismos de gestão e gerenciamento de riscos, os quais devem ser classificados e devidamente priorizado. A partir da definição dos riscos, é preciso identificar os *riscos permitidos* e os *riscos penalmente relevantes*. Ora, a imputação objetiva trabalha justamente com a criação e o incremento de riscos penalmente relevantes, não de riscos permitidos.

Nesse sentido, o *Criminal Compliance* pode ser compreendido como um instrumento de prevenção de condutas ilícitas, mas também eficaz na delimitação da responsabilidade penal de gestores no âmbito de grandes corporações.

E ainda que cumpridas todas as diretrizes do programa, ocorrendo o fato típico, o *Criminal Compliance* deve ser visto como um importante papel na dogmática frente a essa nova criminalidade que surge com a sociedade de risco. Logo, esse novel instituto pode repercutir diretamente no âmbito da imputação objetiva como meio de delimitar o nexos de imputação, ou de evitação, do resultado ao agente que de fato, tinha a responsabilidade pela atividade.

No contexto de organizações empresariais complexas, é possível sustentar que aquele que agiu em *compliance*, ao menos em tese, não pode ser responsabilizado por ausência de nexos de imputação, já que não cria nem incrementa um risco não permitido. Poder-se-ia até mesmo dizer que não agiu com dolo ou culpa. Todavia, busca-se utilizar, neste trabalho, o *compliance* como forma de delimitação da responsabilidade penal através do exercício da atividade empresarial como forma de averiguar o nexos de imputação, ou nexos de evitação. Mapeia o processo decisório no âmbito de empresas e tal ato pode contribuir, com certa segurança, para a eficaz delimitação de responsabilidade penal, já que rechaçada na modalidade objetiva.

O diretor ou gestor que respeita e cumpre, fielmente, o programa de *compliance*, estará objetiva e subjetivamente empenhado em não praticar uma conduta lesiva ao bem jurídico. Logo, não poderá ser responsabilizado.

Destarte, diante da inevitável expansão do Direito Penal, aliada aos riscos da atividade econômica, acredita-se, sem pretensão de esgotar o tema, que o *Criminal Compliance* é um instrumento preventivo eficaz para a delimitação da responsabilidade penal de gestores no âmbito de grandes corporações.

A importância do tema salta aos olhos e merece constante estudo para acompanhar sua evolução. Assim, além da importante contribuição que se pretende deixar com a presente dissertação de mestrado, a pesquisa merece continuidade, para que possa oferecer respostas cada vez mais efetivas aos anseios do mundo empresarial, que se encontra em constante evolução.

O *Criminal Compliance* servirá, se não para evitar um resultado penalmente relevante, como forma de contribuir para uma real delimitação de responsabilidade penal, adequada ao Estado Democrático de Direito, e a um Direito Penal que busca efetivar princípios como da Dignidade da Pessoa Humana e da Culpabilidade, base que são para este Direito Penal nas Sociedades Democráticas Contemporâneas.

REFERÊNCIAS

ASÚA, Luis Jiménez de. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo VI. Buenos Aires: Losada, 1962.

AGUSTINA SANLLEHÍ, José R. **Estrategias y límites en la prevención del delito dentro de la empresa: A propósito del control del correo electrónico del trabajador como posible violación de la intimidad (ex artículo 197 CP)**. Revista para el Análisis del Derecho – InDret, Barcelona, v. 2/2009, abr. 2009. Disponível em <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/122213/169333>>. Acesso em: 20 maio. 2016.

ARROYO ZAPATERO, Luis. **A harmonização internacional do direito penal: idéias e processos**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminas. n. 84, v. 18, 2010. p. 49-76.

BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y derecho penal**. Cizur Menor: Arazandi; Thomson Reuters, 2011.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BARATTA, Alessandro. **Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión em la perspectiva de la criminología crítica**. Pena e Estado. Barcelona, n. 1, 1991.

BATISTA, Nilo. **Cem Anos de Reprovação**. in BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (orgs). **Cem Anos de Reprovação**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BAUMAN, Zigmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BAUMAN, Zigmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Trad. Mauros Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Barcelona: Paidós, 1998.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010.

BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismo, respostas à globalização**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal compliance: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal compliance: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal.** Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, v. 59, p. 303-321, jan. 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral.** 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Princípios garantistas e a delinquência do colarinho branco.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 11, 1995.

BOCK, Dennis. **Compliance y deberes de vigilancia em la empresa.** In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (Eds.). Compliance y teoría del derecho penal. Marcial Pons: Madrid, 2013. p. 107-121.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BRANDÃO, Claudio. **Inconsciência de Antijuridicidade – sua visão na dogmática penal e nos tribunais brasileiros.** in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vol. XLI - n.º1. Lisboa: Coimbra, 2000.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime.** 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal. Dos Elementos da Dogmática ao Giro Conceitual do Método Entimemático.** 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2014.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel; Puente ABA, Luz María (coord.). **Nuevos retos del derecho penal em la era de la globalización.** Valência: Tirant lo Blanch, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil,** 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Constituicao>. Acesso em: 18 ago. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro 1940. **Código Penal.** *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, Distrito Federal, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decretolei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 18 ago. 2016.

BRASIL. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro 1998. **Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.** *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, Distrito Federal, 13 fev 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm. Acesso em: 30 ago. 2016.

BRASIL. Lei n. 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, Distrito Federal, 4 mar. 1998.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm>. Acesso em: 30 ago. 2016.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral**. Tomo 2. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1962.

BUSATO, Paulo César. **Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal**. In IBCCRIM Revista Liberdades. Nº 8. 2011.

BUSATO, Paulo César; REINALDET, Tracy Joseph. **Crítica ao uso dogmático do compliance como eixo de discussão de uma culpabilidade de pessoas jurídicas** in GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César. **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J; HORMAZÁBEL, Hérnán. **Lecciones de derecho penal: parte general**. Madrid: Trotta, 2006.

CABRERA, Michelle Girona. **Compliance e imputação objetiva: criação de risco proibido**. Apud: FEIJÓ SÁNCHEZ, Bernardo. *Cuestiones actuales de derecho penal económico*. Buenos Aires: Julio Cesar Faira Editor, 2009, p.210/211. In GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César. *Compliance e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2015.

CALLEGARI, André Luís. **Breves anotações sobre o concurso de pessoas** In: BADARÓ, Gustavo Henrique. **Doutrinas essenciais direito penal e processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CALLEGARI, André Luis. **Compliance no Brasil: a necessidade da quebra de conceitos equivocados acerca da cultura da conformidade**. Disponível em <<http://lecnems.com/novo/compliance-no-brasil-a-necessidade-da-quebra-de-conceitos-equivocados-acerca-da-cultura-da-conformidade/>>. Acesso em: 12 set. 2016.

CAPELLER, Wanda. A transnacionalização do campo penal: reflexões sobre as mutações do crime e do controle. In: MELLO, Celso de Albuquerque (Coord). **Anuário direito e globalização 1: a soberania**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CARRARA, Francesco. **Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito**. Trad. Vicente Romero Girón. Buenos Aires: Rodamillans Srl, 2000.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CEPEDA, Ana Isabel Pérez. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madri: lustel, 2007.

CERVINI, Raúl. **Aspectos de la imputación de responsabilidad penal en el marco de la gestión organizacional flexible**. Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico (CIIDPE), abr. 2012. p. 8. Disponível em: <<http://www.ciidpe.com.ar/area1/cervini%20imputacion.pdf>>. Acesso

em: 27 de julho 2016.

CERVINI, Raúl. ***Derecho penal econômico democrático: hacia una perspectiva integrada***. In: SANCHEZ VILARDI, Celso *et al.* (Coord.). *Dereito penal econômico: análise contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2009, Série GVLaw.

CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. ***El derecho penal de la empresa: desde una visión garantista: metodología, criterios de imputación y tutela del patrimonio social***. Buenos Aires: Julio César Faira, 2005.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal Parte Geral**. 4ª Ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

COCA VILA, Ivó. ***¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?***. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa e Compliance*. Barcelona: Atelier, 2013.

COLEN, Guilherme Coelho. **Dolo eventual e requisitos do tipo**. In ALEIXO, Klelia Canabrava; FONSECA, Pedro H. C. **Perspectivas garantistas para as ciências criminais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

COLEN, Guilherme Coelho. **O dolo no contexto estrutural da tipicidade**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Programa de Pós-Graduação em Direito, Recife.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. ***Responsabilidad penal por omisión del empresario***. Madrid: Iustel, 2009.

DIAS, Augusto Silva. **Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro**. Coimbra: Coimbra, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade Culpa Direito Penal**. 3ª Ed. Coimbra: Coimbra, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **O comportamento criminal e sua definição: o conceito material de crime**. In: *Temas básico da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

ESTELLITA, Heloisa. **Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FARIA, Aléxia Alvim Machado; BRODT, Luís Augusto Sanzo. ***Criminal compliance em lavagem de dinheiro: uma introdução conceitual e regulamentar***. In BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia. *Limites ao Poder Punitivo: diálogos na ciência penal contemporânea*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. **Autoria e participação em organizações empresariais complexas**. Trad. Vania Costa Ramos. Revista Liberdades, n. 9, jan-abr 2012.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. **Sobre a “administrativização do direito penal na sociedade do risco. Notas sobre a política criminal do início do século XXI**. In Revista Liberdades - nº 7 - maio-agosto de 2011. p. 23-61.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Criminalità e Globalizzazione**. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza. Doutrinas Essenciais: direito penal. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1326 e ss.

FISCHER, Douglas. **Delinquência econômica e Estado social e Democrático de Direito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

FLORENCIO FILHO, Marco Aurélio. **A Culpabilidade no Direito Penal: Estruturação Dogmática das Teorias da Culpabilidade e os Limites ao Poder de Punir do Estado**. Revista Acadêmica - Faculdade de Direito do Recife, v. 86, p. 165-244, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

FRANCO, J. A. Gonzales; SCHEMMEL, A.; BLUMENBERG, A. **La función del penalista em la confección, implementación y evaluación de los programas de cumplimiento**. In: El Derecho Penal Económico em la era Compliance, org. Luis Arroyo Zapatero e Andán Nieto Martín, Tirant lo Banch, Valência, 2013.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal, Parte Geral**. 7 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrolo: o que a globalização está fazendo de nós**. Rio de Janeiro: Record, 2003.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Criminal Compliance, Lavagem de Dinheiro e o Processo de Relativização do Nemo Tenetur se Detegere: Cultura do Controle e Política Criminal Atuarial**. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=70fc5f043205720a>>. Acesso em: 15 de set. 2016.

GOMES, Carla Silene Bernardo. **Organizações criminosas: quando o “canto da sereia” nos induz a acreditar que estamos salvos**. In: Caderno de Relações Internacionais, vol. 6, nº 11, jul-dez. 2015, p. 113-145.

GONZÁLEZ FRANCO, J.A.; SCHEMMEL, A.; BLUMENBERG, A. **La función del penalista em la confección, implementación y evaluación de los programas de cumplimiento**. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adan (dir.). *El*

derecho penal económico em la era compliance. Valencia: Tirant lo blanch, 2013.

GRECO, Luís; MARTINS, Antonio. Org. **Direito Penal como crítica da pena.** São Paulo: Marcial Pons, 2012.

GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. Org. **O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. **O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal.** In GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro.** São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. **O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa.** In: GRECO, Luís [et al.]. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro.** São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 81-122.

GRECO, Luís. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato.** Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011, p.44

GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GUARAGNI, Fábio André. **As Teorias da Conduta em Direito Penal.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GUARAGNI, Fábio André. **Princípio da confiança no direito penal como argumento em favor de órgãos empresariais em posição de comando e compliance: relações e possibilidades.** in GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César. **Compliance e direito penal.** São Paulo: Atlas, 2015.

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

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2005.

HASSEMER, Winfried. **Perspectivas de uma moderna política criminal.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 2, n. 8, 1994, p. 41-51.

HASSEMER, Winfried. **Linhas Gerais de uma Teoria Pessoal do Bem Jurídico.** In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **La responsabilidad por el producto em derecho penal.** Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

HIRSCH, Hans Joachim. ***Acerca de los errores y extravíos en la teoría contemporánea de la culpabilidad.*** in Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo LX – MMVII. Madrid: Ministerio de Justicia, 2008.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal, volume I, tomo II: arts. 11 ao 27.** São Paulo: Forense, 1978.

JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal.** Tradução de André Luís Callegari. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

JAKOBS, Günther. **La imputación penal de la acción y de la omisión.** Tradução de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal: parte general.** Granada: Comares, 2002.

JESUS, Damásio E. De. **A teoria do domínio do fato no concurso de pessoas** In: BADARÓ, Gustavo Henrique. **Doutrinas essenciais direito penal e processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

KAISER, Günter. **Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos.** Madrid: Espasa Calpe, 1978.

KANT, Emmanuel. **Introducción a la teoría del derecho.** Madrid: Institutos de Estudios Políticos, 1954.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e Propriedade – função social e abuso de poder econômico.** São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. **A moderna sociedade de risco e o uso político do controle penal ou a alopoiese.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2012, p. 239-272.

MACHADO, Maria Rodriguez de Assis. **Sociedade de risco e Direito Pena: uma avaliação de novas tendências político-criminais.** São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MACHADO, Renato Martins. **Do concurso de pessoas: Delimitação entre coautoria e participação a partir da teoria do domínio do fato.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

MANSDÖRFER, Marco. **Responsabilidad e imputación individual es en la ejecución de tareas en um grupo.** Barcelona. In Indret 2/2007, p. 9. Disponível em http://www.indret.com/pdf/425_es.pdf. Acesso em: 27 de outubro de 2016.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. ***Derecho penal económico e de la empresa. Parte General.*** Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal, volume II, Da Infração Penal.** São Paulo: Saraiva, 1965.

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

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal: parte general.** 9. ed. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2012.

MIR PUIG, Santiago. ***Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal.*** 2014

MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal.** Vol. 1. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. ***Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal: a propósito de la gestión medioambiental.*** Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco. ***Introducción al Derecho Penal.*** Buenos Aires: Editorial B de f, 2007.

NIETO MARTÍN, Adán. ***Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal.*** In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (Eds.). *Compliance y teoría del derecho penal.* Marcial Pons: Madrid, 2013. p. 21-50.

NIETO MARTÍN, Adán. ***Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa.*** *Política Criminal*, Talca, v. 3, n. 5, p. 1-18, 2008.
Disponível em: <http://www.politicacriminal.cl/n_05/A_3_5.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2016.

OLIVEIRA, Ana Carolina de. **Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa.** São Paulo: IBCCRIM, 2013.

PALMA, Maria Fernanda. **Direito Penal – Parte Geral.** Lisboa: Alameda da Universidade, 2013.

PASTOR MUÑOZ, Nuria. ***La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?*** *Revista para el Análisis del Derecho – InDret*, Barcelona, v. 4/2006, n. 380, out. 2006.
Disponível: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/122213/169333>
Acesso em: 10 ago. 2016.

PEREYRA, Nicolás. ***La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento.*** In:

Revista de derecho de la Universidad de Montevideo, ano X, n. 20, p. 47-57, 2011. Disponível em: <<http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/PereyraLa-responsabilidad-penal-del-Oficial-de-Cumplimiento.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

PEREIRA, Henrique Viana. **A função social da empresa e as repercussões sobre a responsabilidade civil e penal dos empresários**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

PEREZ DEL VALLE, Carlos. **Introducción al derecho penal económico**. In: BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal económico*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. **O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade**, *Direito Penal Económico e Europeu. Textos doutrinários. Problemas gerais*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

PIRES, Ariosvaldo de Campos. **Compêndio de direito penal: parte geral**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 1 v.

PLASENCIA, José Ulises Hernández. **Imputación objetiva versus dominio del hecho** In: BADARÓ, Gustavo Henrique. **Doutrinas essenciais direito penal e processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PLANAS, Ricardo Robles. **Estudos de Dogmática Jurídico-Penal: Fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico**. D'Plácido: Belo Horizonte, 2016.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. **El bien jurídico en el derecho penal**. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1974 *apud* SALOMÃO, Heloisa Estellita. **A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico: ordem econômica, relação de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de dinheiro, crime organizado**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PRITTWITZ, Cornelius. **La posición jurídica (em especial, posición de garante) de los Compliance Officers**. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (Eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Marcial Pons: Madrid, 2013. p. 207-218.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ROBLES PLANAS, Ricardo. ***El responsable de cumplimiento (<<Compliance Officer>>) ante el Derecho Penal.*** In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord). Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas. Atelier: Barcelona, 2013. p. 319331.

ROBLES PLANAS, Ricardo. **Estudos de Dogmática Jurídico-Penal: Fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico.** D'Plácido: Belo Horizonte, 2016.

ROBLES PLANAS, Ricardo. ***Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (el ejemplo de la intervención por omisión).*** Revista para el Análisis del Derecho – InDret, Barcelona, v. 2/2012, abr. 2012. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/886.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2015.

ROCHA, Ronan. **A relação de causalidade no direito penal.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

RODRIGUES, Leonardo Monteiro. **A culpabilidade e suas teorias.** In ALEIXO, Klelia Canabrava; FONSECA, Pedro H. C. **Perspectivas garantistas para as ciências criminais.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

ROTSCH, Thomas. ***Sobre las preguntas científicas y prácticas del Criminal Compliance.*** In: Anuario de Derecho Penal Económico y de la empresa. Jun/2015. Peru. 2015.

ROTSCH, Thomas. ***Criminal Compliance.*** Revista para el Análisis del Derecho – InDret, Barcelona, v. 1/2012, jan. 2012. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/%20260786/347968>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

ROTSCH, Thomas. **Tempos modernos: ortodoxia e heterodoxia no direito penal.** In: D'AVILA, Fábio Roberto (org.). Direito penal e política criminal no terceiro milênio: perspectivas e tendências. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

ROXIN, Claus. **A proteção dos bens jurídicos como função do Direito Penal.** 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROXIN, Claus. ***Autoría y dominio del hecho em derecho penal.*** Tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. 7. ed. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2000.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General, Tomo I. Fundamentos. La Estructura de La Teoría del Delito.** Espanha: Thomson Civitas, 2008.

ROXIN, Claus. ***Derecho penal. Parte Geral. Tomo II. Especiales formas de aparición dele delito.*** Traducción de Diego-Manuel Luzón-Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; José Manuel Paredes Castañón; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2014.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal.** 2. ed. Tradução de Luís Greco. Rio de

Janeiro: Renovar, 2008.

ROXIN, Imme. **Responsabilidade do administrador de empresa por omissão imprópria**. RBCCrim. Nº 112, 2015.

SANTANA, Selma Pereira de. **A evolução da moderna teoria da Negligência**. In Revista de Direito Penal. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. 4 ed. rev. ampl. Florianópolis: Conceito Editorial 2010.

SARCEDO, Leandro. **Compliance e reponsabilidade penal jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa**. São Paulo: LiberArs, 2016.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade dos sócios, gerentes, diretores e da pessoa jurídica nos crimes ambientais**. In: ESTELLITA, Heloisa (Coord.). Direito penal empresarial. São Paulo: Dialética, 2001, p. 275-288.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: uma perspectiva do direito brasileiro** In: BADARÓ, Gustavo Henrique. **Doutrinas essenciais direito penal e processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SHECARIA, Sérgio Salomão; ANDRADE, Pedro Luiz Bueno de. **Compliance e o direito penal**. In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 18, nº 222, maio/2011.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa**. Tradução de Daniela Brückner e Juan Antonio Lascurain Sánchez. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Espanha, tomo 41, p. 529-558, fev. 1988. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46331>>. Acesso em: 06 out. 2015.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. **La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo**. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Coord.). El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Tradução de Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991. p. 147-178.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria: possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos**. Tradução de Alaor Leite. In: GRECO, Luís (Coord). Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 159-181.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanente del derecho penal después de milênio**. Madrid: Tecnos, 2002.

SIEBER, Ulrich. «**Programas de Compliance en el derecho penal de la empresa**». In ZAPATERO, Luis Arroyo; NIETO, Adán. *El derecho penal económico en la era Compliance*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.

SIEBER, Ulrich. **Programas de compliance em direito penal empresarial: um novo conceito para o controle de criminalidade econômica**. In: OLIVEIRA, William Terra de (Org.) *Direito Penal Econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013,

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

SILVA, Gustavo Henrique de Souza e. **O princípio da legalidade e o direito penal econômico: análise sob a perspectiva do estado democrático de direito**. Dissertação de mestrado – Faculdade de Direito da UFMG. Orientador: Professor Doutor Luís Augusto Sanzo Brodt. Belo Horizonte, 2011.

SILVA, Luciana Carneiro de. **Perspectivas político-criminais sob o paradigma da sociedade mundial do risco**. In: *Revista Liberdades*. nº 5. setembro-dezembro de 2010, p 84-115.

SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. **Aspectos críticos do direito penal na sociedade de risco**. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 46. 2004. p. 73-93.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Deberes de vigilancia y compliance empresarial**. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (Eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Marcial Pons: Madrid, 2013. p. 79-105.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas e de política criminal**. Traducción de Beatriz Spínola Tartaro y Margarita Valle Mariscal de Gante. Buenos Aires: Fabián J, Di Plácido, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **El delito de omisión: Concepto y sistema**. 2. ed. Montevideo: B de F, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; VARELA, Lorena. **Responsabilidades individuais em estruturas de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo**. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord). *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Atelier: Barcelona, 2013. p. 265-286.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en derecho español**, in: *Fundamentos de um Sistema Europeo del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch Editor, 1995.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Vv. Aa. **La insostenible situación del derecho penal**. Instituto de ciências penales de Frankfurt, Universidad Pompeo Fabra. Granada: Coamres, 2000.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresaria – A omissão do empresário como crime**. D'Plácido: Belo Horizonte, 2016.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**.

SIQUEIRA, Flávia. **O princípio da confiança no direito penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Teoria do domínio do fato e sua aplicação na criminalidade empresarial: aspectos teóricos e práticos** In: BADARÓ, Gustavo Henrique. **Doutrinas essenciais direito penal e processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SOUZA, Luciano Anderson de; FERREIRA, Regina Cirino Alves. **Criminal compliance e as novas feições do direito penal econômico**. In: Revista de direito bancário e do mercado de capitais, vol. 59, p. 281, jan/2013, DTR\2013\2552. Disponível em: www.revistadostribunais.com.br. Acesso em 10 de set. 2016.

SUTHERLAND, Edwin H. **White collar crime**. USA: Foreword by Donald R. Cressey, 1961.

TAVARES, Juarez. **Culpabilidade e Individualização da Pena**. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (orgs). **Cem Anos de Reprovação**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

TAVARES, Juarez. **O Princípio da Responsabilidade**. in Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 19 - nº 229. Dezembro 2011.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TIEDEMANN, Klaus. **Introducción al Derecho Penal Económico y de la Empresa**. Trad. Amélia Mantilha Villegas. Barcelona: Ariel, 1998.

TIEDEMANN, Klaus. **El concepto de derecho economico, de derecho penal economico y de delito economico**. Revista Chilena de Derecho, Santiago, vol. 10, p. 59 – 68, 1983. Disponível em: <http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/05052013/dpdpe-concepto_DPE.pdf>. Acesso em: 30 out. 2015.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VALENTE, Victor Augusto Estevam. **Direito penal de empresa e criminalidade econômica organizada: responsabilidade penal das pessoas jurídicas e de seus representantes face aos crimes corporativos**. Curitiba: Juruá, 2015.

VERÓN, Michel. ***Droit pénal des affaires***. 7. ed. Paris: Dalloz, 2007.

VON LISZT, 2003, Franz. **Tratado de direito penal alemão**. Trad. José Higino Duarte Pereira. São Paulo: Russel, 2003, t. I. p. 139.

WELZEL, Hans. ***El Nuevo Sistema del Derecho Penal***. Buenos Aires: Editorial B de f, 2011.

WELZEL, Hans. ***Teoría de la Acción Finalista***. Buenos Aires: Depalma, 1951.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **O direito penal em tempos sombrios**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 10ª Ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.